

→ Zobel

Allgemeinverbindliche Pflegetarifverträge

Gutachten

erstattet der
Landesarbeitsgemeinschaft der
Freien Wohlfahrtspflege Niedersachsen e.V.

von

Professor Dr. Volker Rieble

im März 2015

A. Sachverhalt und Frage	2
I. Sachverhalt.....	2
II. Fragen	2
B. Gutachten.....	4
I. Sperrwirkung gegenüber Betriebsvereinbarungen.....	4
1. Anforderungen an die Sperrwirkung	4
2. Öffnungsklausel.....	5
II. Rechtsschutz gegen die Allgemeinverbindlicherklärung.....	5
1. Neues Normenkontrollverfahren.....	5
2. Antragsrecht	6
3. Rechtsunsicherheit bis zum Normenkontrollbeschuß.....	7
a) Kein vorläufiger Rechtsschutz	7
b) Aussetzungspflicht in Streitigkeiten aus der Allgemeinverbindlicherklärung.....	8
c) Risiko autonomer Normignoranzen.....	8
III. Mehrgliedriger Tarifvertrag	8
IV. Unterbietende Haustarifverträge	9
1. Allgemeinverbindlichkeit nach § 5 TVG	9
2. Mindestlohn nach §§ 4 Abs. 2, 7a AEntG.....	10
V. Einbezug kirchlicher Träger	10
VI. Öffentliches Interesse an der Allgemeinverbindlicherklärung	11
1. Vor dem Hintergrund des Pflegemindestlohns.....	11
2. »überwiegende Bedeutung«	12
VII.»Abschottungstarifvertrag«?	13
VIII. Tarifvertrag unter der Bedingung seiner AVE.....	15
C. Ergebnisse.....	18

A. Sachverhalt und Frage

I. Sachverhalt

In der Landesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege Niedersachsen e.V. (LAG FW) sind drei Verbände der Arbeiterwohlfahrt, drei Verbände der Caritas, zwei Verbände des DRK, fünf Verbände der Diakonischen Werke, der Landesverband der Jüdischen Gemeinde von Niedersachsen und der Paritätische Wohlfahrtsverband Niedersachsen zusammengeschlossen. Diese haben sich mit der Gewerkschaft ver.di auf einen Tarifvertrag über (einzelne) Ausbildungsbedingungen in der Pflege in Niedersachsen verständigt, für den nach Abschluß eine Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG angestrebt wird. Zudem gibt es bei mehreren Verbänden und der Gewerkschaft ver.di konkrete Überlegungen zu einem weitergehenden »Tarifvertrag Altenpflege Niedersachsen«, der sich zunächst auf Entgeltregelungen und eventuell wenige weitere Gegenstände beschränken soll. Auch dieser soll für allgemeinverbindlich erklärt werden.

II. Fragen

1. Welche Auswirkungen haben Aufnahme und späterer Abschluß von Tarifverhandlungen auf bestehende (bessere) Betriebsvereinbarungen gleichen oder ggf. weitergehenden Inhalts? Ab wann tritt eine eventuelle Sperrwirkung ein? Reicht sie über die Gegenstände der Tarifverhandlung hinaus? Kann eine Sperrwirkung ggf. durch vorherige verbindliche Festlegung der Tarifparteien über die Verhandlungsgegenstände beschränkt werden? Wie weit können Öffnungsklauseln eine Sperrwirkung verhindern? 2
2. Wie können betroffene Außenseiter-Arbeitgeber nach der neuen Rechtslage gegen eine Allgemeinverbindlicherklärung vorgehen? Gibt es einen einstweiligen Rechtsschutz oder eine aufschiebende Wirkung? Ist der Tarifvertrag während eines Rechtsstreits über die Allgemeinverbindlicherklärung von den Außenseitern zunächst zu beachten? Wird eine solche Verpflichtung in dieser Zeit durchgesetzt und ggf. wie? 3
3. Ist für die AVE die Frage von Bedeutung, ob ein einheitlicher oder ein mehrgliederiger gleichlautender Tarifvertrag abgeschlossen wird? (Hinweis: Auch im Falle eines einheitlichen Tarifvertrages ist eine gesonderte Kündbarkeit für und gegen einzelne Vertragspartner vorgesehen, allerdings nur zum Ende des zu beantragenden Zeitraumes der Allgemeinverbindlichkeit) 4
4. Wie kann sichergestellt werden, dass sich Arbeitgeber nicht auf eine Verdrängung des allgemeinverbindlichen Tarifvertrages durch bestehende oder zukünftige niedrigere (Haus-)Tarifverträge berufen? Kann der Spezialitätsgrundsatz durch eine ausdrückliche Kollisionsregelung im Tarifvertrag (Vorrang oder Gleichrang) ausgeschlossen werden? 5

5. Ist die AVE für kirchliche Arbeitgeber verbindlich, wenn diese in den Tarifverhandlungen und ggf. im Verfahren über die AVE nach den jeweiligen kirchenrechtlichen Regelungen verbindlich erklären, im Rahmen der Reichweite des Tarifvertrages auf abweichende, auf dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht beruhende Regelungen zu verzichten? 6
6. Kann ein »öffentliches Interesse« trotz des Pflegemindestlohns bestehen? Spielt dafür eine Rolle, ob der Tarifvertrag über den persönlichen Geltungsbereich der Pflegemindestlohn-VO hinausgeht? Welche Anforderungen sind an die »überwiegende Bedeutung« zu stellen? Spielt die Anzahl der Beschäftigten bei den unmittelbar tarifgebundenen Arbeitgebern für die Repräsentativität weiterhin eine Rolle? Kann eine Repräsentativität gegeben sein, wenn die unmittelbar tarifgebundenen Arbeitgeber ca. 25% der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen einer Branche beschäftigen? 7
7. Bestehen Bedenken, wenn nur ein reiner »Abschottungstarifvertrag« vorliegt, der auf die Arbeitsverhältnisse der unmittelbar Tarifgebundenen aufgrund schon bestehender besserer Bedingungen faktisch keine Auswirkungen hat? Reicht es aus, wenn ein Teil der unmittelbar tarifgebundenen Arbeitsverhältnisse faktisch betroffen ist oder einige Inhalte des Tarifvertrages eine solche Wirkung haben, andere dagegen nicht? 8
8. Kann das In-Kraft-Treten eines Tarifvertrages unter der Bedingung seiner Allgemeinverbindlicherklärung stehen? Wenn nein, können einzelne Teile (Entgelt) später wirksam werden und eine auflösende Bedingung oder ein Sonderkündigungsrecht für den Fall vereinbart werden, daß zwischen dem In-Kraft-Treten und dem Wirksamwerden der späteren Regelungen keine Allgemeinverbindlicherklärung erfolgt? 9

B. Gutachten

I. Sperrwirkung gegenüber Betriebsvereinbarungen

1. Anforderungen an die Sperrwirkung

Nach § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG bewirkt ein Tarifvertrag über Entgelte oder andere Arbeitsbedingungen eine Regelungssperre für die Betriebsvereinbarung. Dafür genügt es, daß diese Arbeitsbedingungen durch Tarifvertrag geregelt sind oder auch nur üblicherweise geregelt werden. Nach herrschender Ansicht will die Vorschrift verhindern, daß die ausgeübte und aktualisierte Tarifautonomie durch Betriebsvereinbarungen ausgehöhlt wird, und sicherstellen, daß die Funktionsfähigkeit der Koalitionen erhalten wird. 10

Zentral BAG Großer Senat vom 3.12.1991 – GS 2/90 – NZA 1992, 749; BAG 30.5.2006 – 1 AZR 111/05 – NZA 2006, 1170; Löwisch/Kaiser, BetrVG, 6. Auflage (2010) § 77 Rn 113 ff.

§ 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG dient so insbesondere dem Schutz der Gewerkschaften vor dem Betriebsrat als »beitragsfreier Ersatzgewerkschaft« und vor der Betriebsvereinbarung als »Ersatztarifvertrag«, indem den Tarifvertragsparteien die Regelungskompetenz durch Tarifvertrag vorbehalten wird. Weil § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG eine **Zuständigkeitsnorm** ist, sind Betriebsvereinbarungen über einen tariflich geregelten oder üblicherweise geregelten Gegenstand selbst dann unwirksam, wenn sie die tarifliche Regelung zugunsten der Arbeitnehmer verbessern oder auch nur den Tarifvertrag inhaltlich wiederholen. 11

Bloße **erstmalige Tarifverhandlungen** in einem bislang tariffreien Bereich lösen keine Regelungssperre aus: Hier fehlt es an der Üblichkeit einer tariflichen Regelung. Solange also ver.di und Wohlfahrtsverbände nur über unregelte Bedingungen verhandeln, sind Betriebsvereinbarungen nicht gefährdet. Mithin erübrigt sich auch eine Beschränkung der Verhandlungsgegenstände. Der Pflegemindestlohn seinerseits ist zwar tarifähnlich, aber kein Tarifvertrag und kann die Regelungssperre nicht auslösen. 12

Auch **Mindestlohntarifverträge** sind Tarifverträge iSv § 77 Abs. 3 BetrVG. Daß sie nur eine allgemeine Lohnuntergrenze ziehen, also besseren Arbeitsbedingungen nicht im Wege stehen sollen, ändert hieran nichts. Die Bezeichnung als Mindestentgelt oder als Lohnuntergrenze bedeutet auch keine konkludente Öffnungsklausel. 13

Die Tarifssperre tritt erstmals ein, wenn die Arbeitsbedingungen durch Tarifvertrag geregelt sind. Damit kommt es auf den **Zeitpunkt des Tarifabschlusses** an, also die Unterzeichnung der Tarifurkunde gemäß § 1 Abs. 2 TVG. Daß der Tarifvertrag erst zu einem späteren Zeitpunkt inkrafttreten soll, also der Eintritt seiner Rechtsfolgen hinausgeschoben ist, ist dagegen unmaßgeblich. 14

Bereits mit Tarifabschluß verdienen die Tarifparteien den Konkurrenzschutz vor der Betriebsvereinbarung.

2. Öffnungsklausel

Die Tarifparteien können auf die Sperrwirkung ihres Tarifvertrages verzichten, indem sie eine Öffnungsklausel nach § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG vereinbaren. Diese ist von der Tariföffnung nach § 4 Abs. 3 Variante 1 TVG zu unterscheiden. Jene befreit von der zwingenden Wirkung des Tarifvertrags, ist also **an einem bestimmten Tarifregelungsinhalt** orientiert und erlaubt verschlechternde abweichende Abmachungen. Demgegenüber befreit die tarifliche Öffnungsklausel des § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG von der Regelungssperre zu Lasten der Betriebsvereinbarung. Sie ist also an einem **Regelungsgegenstand** orientiert, für den die Tarifparteien auf ihren kompetentiellen Sperrvorrang verzichten können. Beide Öffnungsmöglichkeiten – die tarifliche und die betriebsverfassungsrechtliche – stehen unabhängig nebeneinander:

- Die Tarifparteien können die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG belassen und die Tarifinhalte nur dem Arbeitsvertrag öffnen.
- Sie können umgekehrt die Regelungssperre beseitigen, aber auf den Tarifinhalten bestehen, weswegen dann Betriebsvereinbarungen möglich sind, aber die tariflichen Mindestarbeitsbedingungen entsprechend der zwingenden Wirkung (die dem Tarifvorrang des § 87 Einleitungssatz BetrVG entspricht) beachten müssen. Die Betriebsvereinbarung darf dann die tariflichen Arbeitsbedingungen nur »verbessern«
- Sie können »doppelt öffnen« und damit der Betriebsvereinbarung ein Regelungsfeld zur Tarifunterschreitung freigeben.

Hier liegt es nahe, nur verbessernde Betriebsvereinbarungen zuzulassen, schon um die Funktion des Mindestlohntarifs und seine Erstreckungsfähigkeit nach dem AEntG nicht zu gefährden. Die Tarifparteien könnten dabei auch nur solche Betriebsvereinbarungen verschonen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Tarifvertrages schon gegolten haben – um eine verschlechternde Wirkung des Tarifvertrags auf die betriebliche Regulationssituation auszuschließen.

II. Rechtsschutz gegen die Allgemeinverbindlicherklärung

1. Neues Normenkontrollverfahren

Mit dem TASG hat der Gesetzgeber erstmals ein Normenkontrollverfahren für die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5, die Rechtsverordnungen nach §§ 7, 7a AEntG und die Lohnuntergrenzen-Rechtsverordnung nach § 3a AÜG geschaffen. Ihnen ist gemein, daß eine tarifliche Einigung durch staatlichen Normerstreckungsakt auf jene Arbeitnehmer und Arbeitgeber ausgedehnt wird, die nicht autonom tarifgebunden sind. Die Normenkontrolle bezieht sich auf diesen Erstreckungsakt. § 98 Abs. 1 ArbGG orientiert sich an § 47 VwGO

und gibt jedem, der eine potentielle Rechtsverletzung geltend machen kann, ein Antragsrecht. Zugleich wird die bisherige Inzidentkontrolle abgeschafft – durch eine Aussetzungspflicht in § 98 Abs. 6 ArbGG nach dem Vorbild des § 97 Abs. 5 ArbGG.

Zuvor hatte das BVerwG eine besondere Feststellungsklage entwickelt, mit der zwar nicht die Nichtigkeit der Allgemeinverbindlicherklärung oder Rechtsverordnung selbst, wohl aber die durch ihren Normbefehl bewirkte Rechtsverletzung festgestellt werden konnte 18

BVerwG 28.1.2010 – 8 C 19/09 – NZA 2010, 718

– letztlich auf Geheiß des BVerfG, das mit solchen Quasi-Normenkontrollverfahren contra legem die eigene Entlastung befahl.

allg BVerfG 17.1.2006 – 1 BvR 541/02, 1 BvR 542/02 – NVwZ 2006, 922; speziell für die AEntG-Rechtsverordnung BVerfG [Kammer] 10.6.2009 – 1 BvR 1196/09 – juris.

Das BAG hat richtig wegen der unterschiedlichen Streitgegenstände jede Bindungswirkung an verwaltungsgerichtliche Entscheidungen abgelehnt – aber in der Sache ebenso entschieden und die Briefdienstmindestlohnverordnung wegen eines Anhörungsfehlers gekippt. 19

BAG 18.4.2012 – 5 AZR 630/10 – NZA 2012, 978 Rn 22).

Die korrigierende Zuweisung des Normenkontrollverfahrens an die vermeintlich »fachkundigere« Arbeitsgerichtsbarkeit ist sozialpolitisch motiviert: Hier darf mehr sozialpolitisches Wohlwollen für die Allgemeinverbindlicherklärung und weniger politisch neutrale Strenge der Verwaltungsgerichtsbarkeit erwartet werden. Damit wird die die Beanstandungsgefahr für Allgemeinverbindlicherklärungen gemindert. 20

2. Antragsrecht

Das Antragsrecht im Normenkontrollverfahren ist in § 98 Abs. 1 ArbGG definiert: Neben den konkurrierenden Verbänden der Nr. 2, die durch eine Allgemeinverbindlicherklärung in ihrer Tarifautonomie verletzt sein können, sind mit Nr. 1 (»jeder natürlichen oder juristischen Person«) die Arbeitnehmer und Arbeitgeber gemeint, die durch den Staatsbefehl der Allgemeinverbindlicherklärung in ihrer Arbeitsvertragsfreiheit eingeschränkt werden. Das genügt für eine (potentielle) Rechtsverletzung. 21

Verstößt eine Rechtsvorschrift gegen höherrangiges Recht, ist sie nach deutschem Recht nichtig. Jeglicher Verfahrensmangel – insbesondere im Anhörungsverfahren 22

BVerwG 28.1.2010 – 8 C 19/09 – NZA 2010, 718 für die AEntG-Rechtsverordnung über den Briefdienstmindestlohn

und jeder Verstoß gegen höherrangiges Recht führt automatisch zur Nichtigkeit, ebenso die Unwirksamkeit des für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags. Das TVG sieht keine Anfechtungsfrist und keine Heilung vor – wie das für Bebauungspläne in § 215 BauGB vorgesehen ist. Die Korrektur von Verfahrensfehlern kann nur durch erneute Allgemeinverbindlicherklärung in einem neuen Verfahren nach erneutem Antrag erfolgen. Ist der Tarifvertrag unwirksam, bleibt nur der korrigierte Neuabschluß, mit dem dann ein erneutes AVE-Verfahren angestrebt werden kann.

Deshalb kommt es nicht darauf an, ob das formelle oder materielle Recht gerade den Antragsteller schützt. Jeder Arbeitgeber oder Arbeitnehmer hat einen Anspruch darauf, in seiner Arbeitsvertragsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) nur durch eine fehlerfreie Allgemeinverbindlicherklärung oder Rechtsverordnung beschränkt zu werden. 23

3. Rechtsunsicherheit bis zum Normenkontrollbeschluß

a) Kein vorläufiger Rechtsschutz

Damit aber besteht ab Erlass der Allgemeinverbindlicherklärung bis zur gerichtlichen Entscheidung – die nunmehr wie bei jeder Normenkontrolle mit erga-omnes-Wirkung ausgestattet ist, § 98 Abs. 4 Satz 1 ArbGG – Unsicherheit darüber, ob die Allgemeinverbindlicherklärung wirksam ist oder nicht. Eine »vorläufige Verbindlichkeit«, derentwegen sich ein Arbeitgeber an die Allgemeinverbindlicherklärung halten müßte, bis deren Nichtigkeit festgestellt ist, gibt es nicht. Ebenso wenig ist ein Verfahren vorläufigen Rechtsschutzes vorgesehen, mit der die Verbindlichkeit oder Unverbindlichkeit der Allgemeinverbindlicherklärung zeitweise festgestellt werden könnte. Dem Prozeßrecht ist die Feststellungsverfügung grundsätzlich fremd. 24

Im Normenkontrollverfahren gibt es punktuell vorläufigen Rechtsschutz. So kann das BVerfG nach § 32 BVerfGG Normen vorläufig für unanwendbar erklären. 25

Vgl BVerfG 17.10.1990 – 2 BvE 6/90 ua – NJW 1990, 3005 und 17.2.2009 – 1 BvR 2492/08 – NJW 2009, 1481.

Auch für die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle sieht § 47 Abs. 6 VwGO eine einstweilige Anordnung vor, mit der die vorläufige Unanwendbarkeit einer Norm angeordnet werden kann – allerdings praktisch nur in wenigen Ausnahmefällen. 26

§ 98 ArbGG enthält selbst keine eigenständige Regelung über vorläufigen Rechtsschutz. Vor allem aber ist in der Verweisung auf Verfahrensvorschriften in § 98 Abs. 3 Satz 1 ArbGG § 85 ArbGG nicht aufgeführt und damit der vorläufige Rechtsschutz nach dessen Absatz 2 ausgeschlossen. 27

b) Aussetzungspflicht in Streitigkeiten aus der Allgemeinverbindlich-
erklärung

§ 98 Abs. 6 Satz 1 ArbGG schafft eine neue Aussetzungspflicht für Streitigkeiten aus einem allgemeinverbindlichen Tarifvertrag oder aus einer Rechtsverordnung nach dem AEntG. Das heißt für den praktisch wichtigen Fall eines Entgelttarifvertrages: Jeder Arbeitgeber kann die Entgeltzahlung mit Blick auf eine von ihm für möglich gehaltene Nichtigkeit der Allgemeinverbindlicherklärung verweigern; die Entgeltzahlungsklage ist sodann auszusetzen, wenn »begründete Zweifel« an der Wirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärung bestehen. Ebenso kann der Arbeitgeber negative Feststellungsklage erheben. 28

Allerdings schafft das BAG hohe Hürden für diesen Zweifel: Insbesondere für das bisherige 50-Prozent-Quorum sieht es den Arbeitgeber in einer konkreten Darlegungslast: Er müsse mit seinem Tatsachenvortrag konkrete Anhaltspunkte dafür vorlegen, daß das BMAS die Beschäftigtenzahlen unzureichend erhoben habe. Die pauschale Behauptung genüge nicht, schaffe keine Zweifel und führe also nicht in die Aussetzungspflicht. 29

BAG 10.9.2014 – 10 AZR 959/13 – NZA 2014, 1282 Rn 25.

c) Risiko autonomer Normignoranz

Wenn ein Arbeitgeber die Allgemeinverbindlicherklärung für unwirksam hält, geht er damit ein Rechtsrisiko ein: 30

- Im Individualstreit mit dem Arbeitnehmer muß er Verzugszinsen und ggf Prozeßzinsen kalkulieren. Daß ein Rechtsstreit ausgesetzt wird, hemmt den Prozeßzinslauf nicht.
- Für die Lohnforderungen sind ggf Rückstellungen zu bilden, die den Liquiditätsvorteil mindern und womöglich in die Überschuldung münden können.

III. Mehrgliedriger Tarifvertrag

Stehen auf einer Seite des Tarifvertrags mehrere Tarifparteien, so handelt es sich um einen mehrgliedrigen Tarifvertrag. Dieser kann als Einheit geschlossen werden durch eine Tarifgemeinschaft – aber auch als Zusammenfassung mehrerer Tarifverträge getrennter Parteien. 31

Zu den Einzelheiten *Löwisch/Rieble*, TVG, 3. Auflage (2012) § 1 Rn 1289 ff; zur Tarifgemeinschaft § 2 Rn 394 ff.

Schließen sich die beteiligten Verbände hingegen zu einer Spitzenorganisation mit eigener Tariffähigkeit zusammen, so könnte diese als einheitliche Tarifpartei tarifieren. 32

Die gesonderte Kündbarkeit durch einzelne Vertragspartner führt notwendig zur Annahme getrennter Tarifverträge, weil die Vertragsherrschaft getrennt ist. 33

Löwisch/Rieble, TVG, 3. Auflage (2012) § 1 Rn 1293 ff.

Denn auch Änderungsstarifverträge mit der Gewerkschaft sind dann separat möglich. Diese entziehen ihrerseits der Allgemeinverbindlicherklärung die Geltungsgrundlage. Nur die Rechtsverordnung nach dem AEntG ist vom Fortbestand des Tarifvertrags unabhängig.

Für eine Allgemeinverbindlicherklärung hat die Frage drei Folgen:

34

- Erstens kann Gegenstand der Allgemeinverbindlicherklärung nur »ein Tarifvertrag« sein. Separate aber gleichlautende Tarifverträge begründen gesonderte Verfahrensgegenstände; allerdings kann das BMAS die Verfahren verbinden.
- Zweitens muß für jeden Tarifvertrag die »überwiegende Bedeutung« an sich separat festgestellt werden. Doch sollen nunmehr auch arbeitsvertragliche Bezugnahmen und Anschlußtarifverträge mitzählen (noch Rn 48); deswegen steht zu erwarten, daß das BMAS gleichlautende Tarifverträge gemeinsam zählen wird. Rechtlich belastbar ist das nicht. Eine möglichst rechtssichere Allgemeinverbindlicherklärung ist nur durch einheitlichen Tarifvertrag erreichbar – wozu sich die Spitzenorganisation besser eignet, als die Tarifgemeinschaft.
- Drittens ist verfahrensrechtlich nunmehr ein gemeinsamer Antrag der Tarifparteien erforderlich. Beim einheitlichen Tarifvertrag müssen also alle beteiligten Tarifparteien den Antrag zusammen stellen.

IV. Unterbietende Haustarifverträge

1. Allgemeinverbindlichkeit nach § 5 TVG

Der allgemeinverbindliche Tarifvertrag kann in der Tarifkonkurrenz durch jeden autonomen Tarifvertrag, insbesondere durch den spezielleren Haustarifvertrag verdrängt und damit unterboten werden.

35

Löwisch/Rieble, TVG, 3. Auflage (2012) § 4 Rn 275 ff zur Spezialität und Ren 287 ff für den Vorrang des autonomen vor dem staatlich verordneten Tarifvertrag.

Der bisherige Meinungsstreit um die Frage, ob der allgemeinverbindliche dem autonomen Tarifvertrag gleichrangig ist, wurde durch die Neuregelung in § 5 Abs. 1a und 4 Satz 2 TVG entschieden: Selbst dem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag über gemeinsame Einrichtungen kommt kein Verdrängungsvorrang mehr zu, er gilt nur neben dem autonomen Tarifvertrag. Da ein Entgelttarif »nur« nach Abs. 1 für allgemeinverbindlich erklärt werden kann, kann er nicht stärker wirken, als derjenige über gemeinsame Einrichtungen.

36

Das wiederum heißt: Der autonome Haustarif kann den allgemeinverbindlichen Flächentarif immer beiseiteschieben – kraft Spezialität. Zusätzlich besteht die Gefahr, daß einzelne Mitgliedsverbände der Landesarbeitsgemeinschaft aus dem Tarifwerk ausscheiden und für ihre Mitglieder einen

wirtschaftlich verträglicheren Tarifvertrag schließen. Das kann überdies die Allgemeinverbindlicherklärung insgesamt zu Fall bringen.

Der allgemeinverbindliche Tarifvertrag kann sich auch selbst keinen Vorrang vor anderen verschaffen, das wäre zirkulär. Gelegentlich praktiziert wird eine verbandsrechtliche Verpflichtung der Mitglieder des tarifschließenden Arbeitgeberverbands, keine abweichenden Tarifverträge abzuschließen – das ist indes verbandsrechtlich fragwürdig und hilft gegenüber Außenseitern nicht.

2. Mindestlohn nach §§ 4 Abs. 2, 7a AEntG

Das TASG hat seit 16.8.2014 die Allgemeinverbindlicherklärung durch Rechtsverordnung allen Branchen geöffnet. Voraussetzung ist dabei ein Erstreckungsziel nach § 1 AEntG und »insbesondere einem Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten entgegen zu wirken« (§ 4 Abs. 2 AEntG). Ob ein solcher Verdrängungswettbewerb in der Pflege plausibel zu machen ist, ist mir unbekannt. Jedenfalls insoweit müßte der Pflegemindestlohn nach § 11 AEntG mitgelesen werden. 37

Eine Rechtsverordnung nach dem AEntG hat gegenüber der Allgemeinverbindlicherklärung den »Vorteil«, daß sie konkurrierenden Tarifverträgen vorgeht und insbesondere nicht durch Haustarif unterboten werden kann. Das ist in § 8 Abs. 2 AEntG eigens gesagt. 38

Wegen dieser Einschränkung der Tarifautonomie muß das BMAS allerdings prüfen, ob eine Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG nicht das schonendere Mittel ist. 39

V. Einbezug kirchlicher Träger

Jede Allgemeinverbindlicherklärung gegenüber Kirchen oder deren Einrichtungen schränkt das Selbstverwaltungsrecht der Kirchen ein. 40

Allg zur Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts BVerfG 22.10.2014 – 2 BvR 661/12 – juris (Chefarztkündigung).

Sowenig Kirchen unter Streikdruck zum Tarifvertrag gezwungen werden dürfen,

BAG 20.11.2012 – 1 AZR 611/11 »Zweiter Weg« – NZA 2013, 437 »Zweiter Weg« Rn 45: »Entsprechend dem Leitbild der Dienstgemeinschaft sollen damit die Interessenkonflikte zwischen Dienstnehmern und Dienstgebern nicht im Wege wechselseitiger Konfrontation, sondern durch Kooperation unter Wahrung des Gebots der Parität verbindlich zum Ausgleich gebracht werden«. BAG 20.11.2012 – 1 AZR 179/11 »Dritter Weg« – NZA 2013, 448 Rn 1109: »Diese Kampfmöglichkeit widerspricht jedoch dem Grundgedanken der Dienstgemeinschaft. Die damit verbundene Arbeitsniederlegung würde nicht nur den kirchlichen Dienst am Nächsten suspendieren und damit die Erfüllung des Missionsauftrags hindern, sondern aus Sicht der Kirchen auch eine bestehende Gemeinsamkeit von Dienstnehmern und Dienstgebern auflösen«.

sowenig darf der Staat sie mit dem Normbefehl der Allgemeinverbindlicherklärung gegen ihren Willen unter Tariffherrschaft stellen. Damit griffe er unmittelbar in das Selbstverwaltungsrecht ein.

Dieser Eingriff ist jedoch ausgeschlossen, wenn die betroffenen Kirchen oder kirchlichen Einrichtungen in einer Verfahrenserklärung zur Allgemeinverbindlichkeit gegenüber dem verfahrensleitenden Ministerium erklären, den allgemeinverbindlichen Tarifvertrag in ihrer kirchlichen Dienstgemeinschaft anwenden zu wollen. Damit erklären die Kirchen – kirchenrechtlich nach innen verbindlich – die Arbeitsbedingungen an den für die Pflegebranche maßgeblichen allgemeinen Lohnsätzen ausrichten zu wollen. Das ist Ausübung des Selbstbestimmungsrechts und kein Grundrechtsverzicht. 41

Das belegt der Schutz der Kirchen im Rahmen der Festsetzung des Pflegemindestlohnes. In § 12 Abs. 5 Nr. 4 AEntG ist den kirchlichen Arbeitgebern in der zur Festsetzung berufenen Kommission ein Vetorecht verschafft – eben zum Schutz des Selbstbestimmungsrechts. 42

Dazu *Riechert/Stomps*, Die Anwendbarkeit staatlicher Mindestlohnregelungen auf kirchliche Einrichtungen, NZA 2012, 707 ff.

Allerdings kann eine solche Erklärung immer nur statisch auf einen konkret gefundenen Tarifkompromiß bezogen sein. Eine Vorabunterwerfung unter künftige Tarifabschlüsse ist nicht möglich, weil die Kirchen hierdurch ihr Selbstbestimmungsrecht delegieren und ihr Recht zur Regelung der eigenen Dienstgemeinschaft aufgeben würden. 43

VI. Öffentliches Interesse an der Allgemeinverbindlicherklärung

1. Vor dem Hintergrund des Pflegemindestlohns

Das AEntG weicht für die Pflege vom Modell der Tariferstreckung ab und sieht statt dessen eine staatliche Festsetzung vor, vergleichbar derjenigen für Heimarbeiter. Damit nahm der Gesetzgeber gerade Rücksicht darauf, daß die Kirchen bislang überwiegend keine Tarifverträge abschließen, weswegen das Erstreckungsmodell des § 5 TVG wie des § 7 AEntG scheitert. Damit ist **keine Sperrwirkung** verbunden: Wenn in einem Bereich, in dem auch kirchliche Arbeitgeber aktiv sind, Tarifverträge zustandekommen, dann darf den Tarifparteien der Erstreckungsweg der Allgemeinverbindlicherklärung nicht genommen werden. Der Pflegemindestlohn ist »Notlösung« für tariflose Situationen, nimmt den Tarifparteien im Pflegebereich aber nicht die allgemeinen tarifrechtlichen Wege der Geltungserstreckung. 44

Deshalb kommt es auch nicht darauf an, ob ein solcher Tarifvertrag über den persönlichen Geltungsbereich der Pflegemindestlohn-VO hinausgeht. 45

2. »überwiegende Bedeutung«

Grundvoraussetzung der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG ist nach Satz 1 nurmehr das »öffentliche Interesse« an der Geltungserstreckung. Dieses ist nach wie vor in erster Linie am Schutzbedürfnis der tariffreien Arbeitnehmer auszurichten. 46

Löwisch/Rizbke, TVG, 3. Auflage (2012) § 5 Rn 181 ff.

Bislang nicht geklärt ist die Frage, ob diese Generalklausel hinreichend bestimmt ist. Das BVerfG hebt zwar hervor, daß Art. 80 GG für die Tarifierstreckung nicht gelten kann – weil die Tarifinhalte nicht bekannt sind. 47

BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74 – BVerfGE 44, 322; 15.7.1980 – 1 BvR 24/74 – 1 BvR 439/79 – BVerfGE 55, 7.

Das hindert aber Bestimmtheitsanforderungen an die Normerstreckungsvoraussetzungen nicht. Diese Frage ist nicht Gegenstand des Gutachtens.

Das bisherige 50-Prozent-Quorum des § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG aF ist nun in der »überwiegenden Bedeutung« des § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TVG. Aus der Entwurfsbegründung folgt, daß damit nicht bloß wie bisher die Tarifierwendung bei den tarifgebundenen Arbeitgebern berücksichtigt werden soll, sondern darüber hinaus die Tarifierwendung: »Die überwiegende Bedeutung kann sich in erster Linie aus der mitgliedschaftlichen Tarifbindung ergeben. Darüber hinaus sind für die überwiegende Bedeutung des Tarifvertrages nunmehr sämtliche Arbeitsverhältnisse, die tarifgemäß ausgestaltet sind, heranzuziehen. Berücksichtigt werden können damit inhaltsgleiche Anschlussstarifverträge, vertragliche Inbezugnahmen sowie die anderweitige Orientierung des Arbeitsverhältnisses an den tariflichen Regelungen.« 48

Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Tarifautonomie, Bundestags-Drucksache 18/1558, S. 48 f.

Solche Tarifierwendung kann durchaus als Maß der Tarifakzeptanz verstanden werden, die ihrerseits grundsätzliche Voraussetzung für die Allgemeinverbindlicherklärung ist. Die Allgemeinverbindlicherklärung schränkt die Berufsausübungs- und Vertragsfreiheit vor allem der nichtorganisierten Arbeitgeber ein. Das ist nicht mehr hinnehmbar, wenn diese die Mehrheit der Arbeitsverhältnisse stellen und sich damit gegen das Tarifvertragssystem, jedenfalls gegen die Tarifbedingungen des für die Allgemeinverbindlichkeit in Betracht kommenden Tarifvertrages entschieden haben. Hat sich ein Tarifvertrag in seinem Geltungsbereich am Arbeitsmarkt nicht durchgesetzt, belegt das die fehlende Akzeptanz und damit die fehlende Zumutbarkeit seiner Arbeitsbedingungen. Treffend sagt Matthias Jacobs: Die »Fünfzig-Prozent-Schwelle [...] ist in dieser Höhe erforderlich, um die verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeit der in der Allgemeinverbindlicherklärung liegenden Wettbewerbsbeschränkung zu gewährleisten.« 49

Jacobs, Entgeltfindung zwischen Markt und Staat, GedS W. Rainer Walz (2008) 289, 304.

Indes darf das nicht als verfassungsrechtliche Versteinerung verstanden werden. Es genügt, daß der Tarifvertrag in seinem Geltungsbereich mehrheitlich angewandt wird. Eben darauf stellt die »überwiegende Bedeutung« ab, die Anschlußtarifverträge und Bezugnahmen berücksichtigen will, die von Arbeitgebern praktiziert werden, die nicht unmittelbar an den Verbandstarif gebunden sind. Schon das bisherige Mitzählen der tariffreien Arbeitnehmer des tarifgebundenen Arbeitgebers fußt auf der Unterstellung, jene seien kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme auf den Tarifvertrag verpflichtet. Insofern kann sich eine Repräsentativität auch aus dem Anschluß der Kirchen ergeben, wenn diese den allgemeinen Tariflohn für innerkirchlich verbindlich erklären. Das steht einer Bezugnahme gleich. Deshalb ist es ohne weiteres denkbar, daß die Geltungsrepräsentativität dadurch hergestellt wird, daß die unmittelbar tarifgebundenen Arbeitgeber ein Viertel der Arbeitnehmer im Geltungsbereich beschäftigen, und mehr als ein weiteres Viertel aus kirchlichen Arbeitsverhältnissen oder anderen mit einem autonomen Anschluß an den Tarifvertrag

Verfassungsrechtlich überaus bedenklich ist die Konzeption des § 5 Abs. 1 Satz 2 TVG, der das öffentliche Interesse allein aus der Geltungsrepräsentativität ableitet. So formuliert auch der Entwurf: »Hat sich der Tarifvertrag in seinem Geltungsbereich überwiegend durchgesetzt, so überwiegt grundsätzlich das Interesse an der Abstützung der tariflichen Ordnung gegenüber der Arbeitsvertragsfreiheit der Arbeitgeber, die keine Tarifverträge anwenden.«

Bundestags-Drucksache 18/1558, S. 49.

Indes ist der Umstand, daß eine Mehrheit den Tarifvertrag anwendet für sich genommen kein Grund, die Arbeitsvertragsfreiheit der tariffreien Arbeitgeber und Arbeitnehmer einzuschränken. Das läuft implizit auf ein Recht der Tarifparteien hinaus, die Minderheit mit Staatshilfe zwangszubeglücken. Überdies ist so eine Allgemeinverbindlicherklärungs-Automatik programmiert, die dem Erfordernis staatlicher Geltungslegitimation nicht entspricht. Der Staat muß inhaltlich und nicht lediglich formal die Verantwortung für die Normerstreckung übernehmen.

Insofern liegt eine verfassungsfreundliche Reduktion nahe: dahin, daß das öffentliche Interesse in einem Schutzbedürfnis der bei den tariffreien Arbeitgebern beschäftigten Arbeitnehmer zu suchen ist.

VII. »Abschottungstarifvertrag«?

Schon Mindestlohnstarifverträge nach dem AEntG finden in den meisten Arbeitsverhältnissen der tarifgebundenen Arbeitgeber keine Anwendung. Denn sie definieren nur eine, ausnahmsweise zwei Mindestentgeltgruppen,

wohingegen die Mehrzahl der Arbeitnehmer höher eingruppiert ist. Dementsprechend zielen solche Mindestlohntarifverträge in erster Linie auf die Außenseiter – die vom Staat unter Tarifbefehl gestellt werden.

Das verfehlt das Ideal der Tarifierstreckung: Die Außenseiter sollen so gestellt werden wie die Tarifparteien selbst. Nur dann funktioniert auch der tarifliche Verhandlungsmechanismus. Andererseits laufen Gewerkschaften bei umfassender Allgemeinverbindlichkeit von Entgelttarifverträgen Gefahr, ihre Mitglieder einzubüßen. Können doch jene Tarifschutz ohne Beitragszahlung vom Staat erhalten. Insofern liegt es nahe, nicht das gesamte Entgeltgitter für allgemeinverbindlich zu erklären. Solange für die autonom tarifgebundenen Arbeitsverhältnisse höhere Tarifentgelte vereinbart sind, ist das im Kern tarifkonform: Denn der allgemeinverbindliche Mindestlohnsatz gilt sozusagen »erst recht« für autonom Tarifgebundene. Sie erhalten nur ein autonomes Tarifplus. Im Bereich des AEntG büßen die autonom Tarifgebundenen überdies die Möglichkeit ein, solche Mindestlohnsätze durch Sanierungstarif unterschreiten zu können. 55

Überdies birgt ein solcher Tarifvertrag mit primärer Außenseiterwirkung die Gefahr von **Koppelungsgeschäften** mit sich: Arbeitgeberverbände können den den autonomen Tarifabschluß im Hinblick auf die gewollte Außenseiterwirkung von einem Entgegenkommen der Gewerkschaften in anderen Bereichen abhängig machen. Befördert wird das dadurch, daß die Allgemeinverbindlicherklärung sowohl nach dem AEntG wie nach § 5 vom gemeinsamen Antrag der Tarifparteien abhängt. So ist zu beobachten, daß Mindestlohntarifverträge durch Entgeltzurückhaltung im normalen Entgeltbereich »erkauft« werden. Solche autonomen Koppelungsgeschäfte müssen hingenommen werden, denn Kennzeichen der Tarifautonomie ist das freie Aushandeln der Tarifbedingungen vor dem Hintergrund dessen, was insgesamt regelbar ist. Ein Koppelungsverbot wäre eine Zweckkontrolle der Tarifverhandlungen und damit unverhältnismäßig. 56

Ein weiterer Einwand resultiert aus dem Gebot der **Staatsfreiheit der Tarifautonomie**: Mindestlohntarifverträge zielen auf die Bindung der Außenseiter unter Zuhilfenahme des reglementierenden Staates. Ein Konflikt zwischen den Tarifparteien wird mit ihnen nicht gelöst – weil für die Tarifgebundenen ohnehin höhere Tarifbedingungen gelten, der ausgehandelte Mindestlohn also gerade nur für an sich tariffreie »Außenseiter« greifen soll. Dahinter steht das Partikularinteresse, den Unterbietungswettbewerb mit Staatshilfe zu beschneiden. Tarifautonomie ist das nicht, aber politisch gewollte »**tripartistische**« **Arbeitsmarktregulierung**, für die der Staat die Verantwortung trägt. Sie schlägt auf den autonomen tariflichen Einigungsprozeß zurück, weil die Arbeitgeberseite für den autonomen, mitgliederbezogenen Tarifvertrag ein 57

Entgegenkommen durch die Außenseiterbelastung erkaufen kann. Diese Kopplungsmöglichkeit ist mit dem Mindestlohnkonzept des AEntG notwendig verbunden. Gegen Art. 9 Abs. 3 GG verstößt diese Belastung der freien Einigung mit Drittaspekten nicht. Allerdings sind »reine« Mindestlohnverbände, die keine normalen Tarifverträge abschließen wollen, staatsabhängig und damit nicht tariffähig.

Rieble, Der gewerkschaftshörige Arbeitgeberverband, FS Reuter [2010] 805, 812 f.

VIII. Tarifvertrag unter der Bedingung seiner AVE

Wettbewerbsregulierende Tarifverträge setzen die Außenseiterbindung voraus. Deshalb wird mitunter die Tarifgeltung von der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG oder dem AEntG abhängig gemacht. Beispiel ist der »Bundeseinheitliche Tarifvertrag zur Regelung der Mindestbedingungen für Arbeitnehmer in der Fleischwirtschaft der Bundesrepublik Deutschland« vom 13.1.2014, der in seinem § 5 bestimmt: »Dieser Tarifvertrag tritt zum 1. Juli 2014, frühestens jedoch mit seiner Erstreckung gem. § 7 AEntG in Kraft.« Dieser Tarifvertrag wurde mit der »Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen in der Fleischwirtschaft vom 30. Juli 2014« mit Wirkung ab 1.8.2014 für allgemeinverbindlich erklärt.

In dieser Bedingung verbergen sich zwei Rechtsprobleme:

- Tarifrrechtlich setzt der autonome Tarifvertrag einen seinerseits autonomen Tarifabschluß in der Tarifverantwortung nur der Tarifparteien voraus. Jede Bedingung, die von Dritten beeinflußt werden kann – insbesondere Potestativbedingungen – birgt die Gefahr, daß der Dritte über die Geltung des Tarifvertrages entscheidet und die Tarifautonomie usurpiert. Diese Gefahr ist im Fall der von der Allgemeinverbindlicherklärung abhängigen Tarifgeltung greifbar: Das zuständige Ministerium entscheidet so nicht bloß über die Allgemeinverbindlicherklärung, sondern auch über die Geltung des autonomen Tarifvertrags.
- Die Allgemeinverbindlicherklärung ihrerseits setzt sowohl nach § 5 TVG wie nach §§ 4, 7, 7a AEntG einen bereits existierenden, also geltenden Tarifvertrag voraus. Das gilt besonders für die Neufassung des § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TVG, die voraussetzt, daß der Tarifvertrag »in seinem Geltungsbereich für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen überwiegende Bedeutung erlangt hat«. Mit der Wahl des Perfekts zeigt der Gesetzgeber, daß die Allgemeinverbindlicherklärung grundsätzlich erst erfolgen darf, nach dem der Tarifvertrag gegolten hat. Wenn der Tarifvertrag seinerseits erst gelten will, wenn die Allgemeinverbindlicherklärung verfügt ist, kommt es zu einem Geltungszirkel, der kaum aufzulösen ist.

Das erste und tarifrrechtliche Problem schafft keine absolute Grenze. Selbstredend müssen Tarifparteien etwa auf ein erwartetes Gesetz reagieren können und dürfen tarifrrechtliche Regelungen von der Geltung dieses Gesetzes

abhängig machen. Solche tatbestandliche Anknüpfung ist sachgerecht und bedeutet (wie bei der dynamischen Verweisung) keine Delegation von Tarifautonomie. Indes läßt sich so die Allgemeinverbindlicherklärung als Bedingung nicht einfangen. Das Gesetz gilt auch ohne begleitenden Tarifvertrag und der Gesetzgeber trifft seine Entscheidung ohne Bewertung etwaiger anknüpfender Tarifverträge. Das die Allgemeinverbindlicherklärung verfügende Ministerium hingegen entscheidet gerade nur über die Tarifgeltung – in eigener Zuständigkeit über die Normerweiterung gegenüber den Außenseitern und über die tarifliche Bedingung auch über jene gegenüber den autonom Tarifgebundenen. Das Sachgerechtigkeitskriterium läßt sich ausweiten: für den Fall, daß die tarifliche Regelung isoliert gegenüber autonom Tarifgebundenen nicht »funktionieren« kann, sondern von vornherein auf den Einbezug der nur durch Staatsbefehl Tarifgebundenen angewiesen ist – wie das vor allem bei gemeinsamen Einrichtungen mit Blick auf die erforderliche Risikogemeinschaft der Fall sein kann. Ist dem Tarifvertrag in diesem Sinne ein »Alles-oder-Nichts« immanent, dann darf der Tarifvertrag selbst die Entscheidung über das »Alles-oder-Nichts« in die Hände des Ministeriums legen: Nur jenes kann den immanent-erforderlichen Einbezug der nicht autonom Tarifgebundenen durch Staatsbefehl verfügen und über ein Nein dann auch den Tarifparteien und ihren Mitgliedern den Tarifvertrag versagen.

Damit ist Mindestlohntarifverträgen nicht geholfen: Zwar mögen die Tarifparteien hier ebenso ein »Alles-oder-Nichts« favorisieren – insbesondere um nicht die tarifgebundenen Arbeitgeber auf erhöhte Löhne zu verpflichten und sie im Fall ausbleibender Allgemeinverbindlichkeit einem Unterbietungswettbewerb der tariffreien Außenseiter auszuliefern, die aufgrund geringerer Personalkosten zu günstigeren Preisen anbieten und so die tarifgebundenen Pflegeunternehmen vom Markt verdrängen können. Indes läßt sich in diesem Fall von »Immanenz« nicht sprechen. Während der Risikoausgleich bei gemeinsamen Einrichtungen innerer Regelungsgrund ist, findet der nur mögliche und befürchtete Unterbietungswettbewerb außerhalb der Tarifregelung statt – aufgrund autonomer Entschlüsse der tariffreien Arbeitgeber über ihre Lohn- und Preisgestaltung. Das »Alles-oder-Nichts« ist nicht im Tarifvertrag selbst angelegt – sondern in der externen Marktreaktion. 61

Jedenfalls für Mindestlohntarifverträge nach dem AEntG läßt sich gut vertreten, daß die Unterbindung von Außenseiter-Unterbietungswettbewerb nach §§ 1, 4 AEntG von vornherein als Zweck des Mindestlohntarifvertrages zugelassen ist – so daß autonomer Tarifvertrag und heteronome Rechtsverordnung als »gemeinsame« und tripartistische Rechtsetzung angelegt sind. Dann aber geht es nicht um Tarifautonomie, sondern darum, daß die Tarifparteien über eine solche Bedingung ihrerseits an das Vetorecht des Ministeriums anknüpfen. Freilich wirft die Anerkennung solch tripartistischer Rechtsetzungsbefugnisse erhebliche Probleme mit Blick auf das Demokratieprinzip 62

auf: Erlangen doch so die Tarifparteien ein staatliches Rechtsetzungsinitiativrecht wie einst der Reichswirtschaftsrat.

Jedenfalls ließe sich den tarifrechtlichen Problemen dadurch begegnen, daß die Tarifparteien die Geltung ihrer Lohnsätze erstens stufenweise staffeln (um so die Wettbewerbslohndifferenz zu den tariffreien Arbeitgebern langsam wachsen zu lassen und den Außenseiterwettbewerb noch über den Pflege-
mindestlohn zu begrenzen. Zweitens können die Tarifparteien jedenfalls ein Sonderkündigungsrecht für den Fall vereinbaren, daß infolge ausbleibender Allgemeinverbindlichkeit der Wettbewerb zwischen tarifgebundenen und tariffreien Unternehmen verzerrt wird. 63

Hinsichtlich des zweiten Aspektes könnte helfen, daß die Bedingung im Verfahren der Allgemeinverbindlicherklärung selbst geklärt wird, es sich also um eine »innerverfahrensrechtliche Bedingung« handelt, vergleichbar der innerprozessualen Bedingung. Diese aber wird bei bedingten Klagerweiterungen und Widerklagen für zulässig gehalten – aber eben nicht für die Klage selbst. 64

C. Ergebnisse

1. Mindestlohntarifverträge, die für die Allgemeinverbindlicherklärung vorgesehen sind, lösen wie jeder andere Tarifvertrag die Kompetenz-Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG aus. Zu begegnen ist ihr mit einer Öffnungsklausel nach § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG, die entweder besitzstandswahrend bisherige günstigere Betriebsvereinbarungen beläßt oder die Verbesserung der Mindestlöhne allgemein der Betriebsvereinbarung öffnet.
2. Die Allgemeinverbindlicherklärung auch nach dem AEntG kann seit dem TASG nurmehr mit der besonderen Normenkontrolle des § 98 ArbGG angegriffen werden. Antragsberechtigt ist jeder nachteilig betroffene Adressat (also vor allem tariffreie Arbeitgeber), in Betracht kommen aber auch konkurrierende Tarifparteien. Solange die Allgemeinverbindlicherklärung nicht rechtskräftig und mit erga-omnes-Wirkung beschieden ist, solange tragen alle Beteiligten das Risiko der Unwirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärung. Vorläufigen Rechtsschutz gibt es hier nicht. Die Rechtsunsicherheit wird durch die Aussetzungspflicht des § 98 Abs. 6 Satz 1 ArbGG verstärkt, weil der Allgemeinverbindlicherklärung so die gerichtliche Durchsetzung genommen ist, solange an ihrer Rechtswirksamkeit Zweifel bestehen. Allerdings gehen verweigernde Arbeitgeber ein Zins- und Rückstellungsrisiko ein.
3. Für einen einheitlichen Tarifvertrag stehen sowohl die Form der Tarifgemeinschaft wie die Spitzenorganisation zur Verfügung. Bei einer Tarifgemeinschaft muß sauber unterschieden werden zwischen einheitlichen, aber getrennten Tarifverträgen (die dann auch nur isoliert für allgemeinverbindlich erklärt werden können) und dem einheitlichen Tarifvertrag. Zu beachten ist auch das Erfordernis eines gemeinsamen Antrags aller Tarifparteien.
4. Nach § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge können durch speziellere Haustarife grundsätzlich unterboten werden. Der Tarifvertrag kann hieran nichts ändern. Nur die Allgemeinverbindlicherklärung nach dem AEntG, die nunmehr allen Branchen offensteht, ist nach § 8 Abs. 2 AEntG »haustariffest«.
5. Eine Allgemeinverbindlicherklärung gegenüber Kirchen und kirchlichen Einrichtungen greift unmittelbar in deren Selbstverwaltungsrecht ein. Die Kirchen oder ihre Einrichtungen können sich aber – ohne selbst zu tarifieren – mit der konkreten Allgemeinverbindlicherklärung einverstanden erklären. Damit ist das Selbstbestimmungsrecht gewahrt.

6. Der bisherige Pflegemindestlohn sperrt die Allgemeinverbindlicherklärung nicht. Das eigentliche Problem liegt in der »überwiegenden Bedeutung« des § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TVG. Sie kann nicht selbst das öffentliche Interesse erzeugen, weil das auf eine unzulässige AVE-Automatik hinausläuft. Es muß stets um den Schutz der betroffenen Arbeitnehmer gehen.
7. Jeder Mindestlohntarif ist idR ein »Abschottungstarif«, der die autonom Tarifgebundenen nicht erreicht, weil für diese weithin bessere Regeln gelten. Insoweit zielt der Mindestlohn auf die Außenseiterwirkung, was die Rechtsordnung indes hinnimmt.
8. Ob ein Tarifvertrag unter der Bedingung seiner Allgemeinverbindlicherklärung abgeschlossen werden kann, ist nicht geklärt. Tarifrrechtlich liegt das Problem darin, daß die die Allgemeinverbindlicherklärung verfügende Behörde so zugleich über die Wirksamkeit des autonomen Tarifvertrags entscheidet. Das läßt sich im Fall einer sachgerechten Abhängigkeit des Tarifvertrags von der Allgemeinverbindlicherklärung rechtfertigen, vor allem bei gemeinsamen Einrichtungen. Für Mindestlohntarifverträge ist diese Sachgerechtigkeit fraglich, doch kann im AEntG selbst die tarifrrechtliche Zulassung solcher Bedingungen gesehen werden. Zweites Problem ist die Allgemeinverbindlicherklärung selbst, die ihrerseits einen wirksamen Tarifvertrag voraussetzt, weswegen das Verfahren zirkulär gerät. Insoweit könnte helfen, daß die Bedingung im Verfahren der Allgemeinverbindlicherklärung selbst geklärt wird, es sich also um eine »innerverfahrensrechtliche Bedingung« handelt, vergleichbar der innerprozessualen Bedingung.

