

# Sozial- und tarifpolitische Bedeutung der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen im Baugewerbe

GREGOR ASSHOFF

Das Baugewerbe ist der Wirtschaftsbereich mit der größten Zahl von allgemeinverbindlichen Tarifverträgen. Die statistische Übersicht des Tarifregisters beim Bundesarbeitsministerium weist für das Baugewerbe im Jahr 2011 insgesamt 202 gültige allgemeinverbindliche Verträge aus. Die meisten davon betreffen die Bereiche berufliche Bildung, Altersversorgung und andere sozialpolitische Regelungen sowie ihre Durchführung.<sup>1</sup>

Die folgenden Ausführungen sollen die Bedeutung dieser Allgemeinverbindlicherklärungen (AVE) für die Tarifpolitik und die sozialpolitische Regulierung in dieser Branche aus Sicht der Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt (IG BAU) herausarbeiten. Hierfür werden die historische Entwicklung des Flächentarifvertrages im Bausektor wie auch die Besonderheiten dieser Branche kurz skizziert. In einem zweiten Schritt geht es – sozusagen ex negativo – um die daraus resultierende Bedeutung der AVE im Baugewerbe, einschließlich der Situation im Baunebengewerbe. Anschließend stehen die Probleme, mit denen sich das Baugewerbe seit einiger Zeit hinsichtlich der AVE ihrer Tarifverträge konfrontiert sieht, im Zentrum. Im letzten Abschnitt geht es dann um Problemlösungsvorschläge, die derzeit diskutiert werden.

## Der Flächentarifvertrag im Baugewerbe: historische Anfänge

Die Tarifvertragsparteien im Baugewerbe, d. h. der Hauptverband der Deutschen Bauindustrie, der Zentralverband des Deutschen Baugewerbes und die IG BAU, haben im letzten Jahr als Tarifvertragsparteien ein wahrhaftig stolzes Jubiläum, nämlich „100 Jahre Flächentarifvertrag in der Bauwirtschaft“, gefeiert. Auf den wegweisenden ersten bedeutenden Tarifvertrag der Buchdrucker im Jahre 1883, der mittels Streik durchgesetzt wurde, folgte dann schon 1899 der erste Bauarbeitertarifvertrag, der allerdings noch nicht in der Fläche zur Anwendung kam. Damals stand nicht nur der überwiegende Teil der Unternehmer, sondern auch die Mehrheit der Arbeiterbewegung dem Abschluss von Tarifvereinbarungen äußerst zurückhaltend gegenüber. So dauerte es dann auch noch einige Jahre, bis Tarifverträge eine flächendeckende, praktische Bedeutung bekamen. Auch hier war die Bauwirtschaft prägend. Bereits im Jahre 1912 waren 46,8 % der Arbeiter im Baugewerbe von einem Ta-

rifvertrag erfasst; lediglich im Bereich des polygrafischen Gewerbes konnten sich mehr Arbeiter auf Tarifverträge berufen, nämlich 50,8 %. In der chemischen Industrie waren es zu diesem Zeitpunkt nur 4,3 %, in der Textilindustrie 1,9 % der Arbeitnehmer.<sup>2</sup>

Der erste Flächentarifvertrag in der Bauwirtschaft war hart umkämpft. Anders als man heute annehmen könnte, waren es im Frühjahr 1910 nicht die damals noch vier eigenständigen Organisationen der Bauarbeiter, die die Einführung eines Flächentarifvertrages forderten, sondern die Arbeitgeber, die mit allen Mitteln bis hin zu einer fast zweimonatigen Aussperrung den Flächentarifvertrag wollten und dann auch durchsetzten. Einzelheiten hierzu können in dem von *August Winning* verfassten Buch „Der große Kampf im Deutschen Baugewerbe 1910“ nachgelesen werden<sup>3</sup> – übrigens eine äußerst spannende Lektüre, nicht nur für die intimen Kenner der Geschichte des Baugewerbes. Beendet wurde dieser große Kampf damals erst durch den Einsatz von drei Vermittlern, dem Geheimrat *Otto Wiedfeldt* aus dem Reichsamt des Innern, *Otto Beutler*, Oberbürgermeister von Dresden und dem Gerichtsrat *Dr. Hans Prenner*, Vorsitzender des Gewerbe- und Kaufmannsgerichtes in München.<sup>4</sup>

Einmal gesetzte Strukturen sind langlebig: Auch heute noch, nach 100 Jahren, ist bei Streitigkeiten zwischen den Tarifvertragsparteien der Bauwirtschaft, die zu Kampfmaßnahmen führen können, eine Schlichtung vorgeschrieben.<sup>5</sup> ▶

<sup>1</sup> Vgl. WSI-Tarifarchiv (2012): WSI Statistisches Taschenbuch Tarifpolitik 2012, Düsseldorf, Tabelle 1.5.

<sup>2</sup> Vgl. Kittner, M. (2005): Arbeitskampf, Geschichte-Recht-Genwart, München, S. 376.

<sup>3</sup> Vgl. Winning, A. (1910): Der große Kampf im deutschen Baugewerbe, Hamburg. Der Autor war der damalige Chefredakteur der Gewerkschaftszeitung „Der Grundstein“.

<sup>4</sup> Vgl. zu diesem Arbeitskampf auch Bühner, W. (2011): Die Tarifeinigung im Jahr 1910 als Grundstein des Flächentarifvertrags in der Bauwirtschaft, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 28 (12), Beilage, S. 53ff.

<sup>5</sup> Gemäß § 1 Schlichtungsabkommen für das Baugewerbe in der Bundesrepublik Deutschland vom 12.03.1979 in der Fassung vom 26.03.1993.

## Rahmenbedingungen

Schon sehr früh hatte man in der Bauwirtschaft erkannt, dass die Besonderheiten dieses Wirtschaftszweiges, der sich erheblich von allen anderen Wirtschaftszweigen unterscheidet, nur durch möglichst deutschlandweite einheitliche Arbeitsbedingungen in den Griff zu bekommen sind. Die Bauproduktion findet überall statt, außerhalb von stationären Produktionsstätten auf ständig wechselnden Baustellen. Sie ist zudem in der Regel witterungsabhängig und kann in den Wintermonaten oft monatelang nicht ausgeübt werden. Die Bauwirtschaft ist außerdem geprägt von Kleinbetrieben. Durchschnittlich beschäftigen die rund 70.000 Betriebe des Bauhauptgewerbes lediglich zehn Arbeitnehmer. Und diese Arbeitnehmer werden vielfach nicht dauerhaft beschäftigt. Für rund 50 % der in der Baubranche tätigen Arbeitnehmer gilt, dass ihr Arbeitsverhältnis weniger als zwölf Monate Bestand hat, d. h. sie wechseln häufig den Arbeitgeber oder sind zeitweise arbeitslos.

## Bauspezifische Lösungen

Dies alles zwang und zwingt die beiden zentralen für Tarifverträge verantwortlichen Arbeitgeberverbände und die IG BAU dazu, unter Nutzung ihrer Tarifautonomie, jenseits staatlichen Einflusses, Regelungen zu vereinbaren, um diese bauspezifischen Probleme zu lösen. Seit Jahrzehnten hat es sich in der Bauwirtschaft daher bewährt, tarifvertragliche soziale Leistungen über Gemeinsame Einrichtungen im Sinne von § 4 Abs. 2 TVG (Tarifvertragsgesetz) abzuwickeln, deren Träger die Tarifvertragsparteien sind. Die Tarifverträge über Gemeinsame Einrichtungen waren schon immer und sind nach wie vor allgemeinverbindlich. Dies ist auch unverzichtbar, da Gemeinsame Einrichtungen nur funktionieren können, wenn *alle* Arbeitsverhältnisse einer Branche erfasst werden.<sup>6</sup> Dies gilt natürlich in besonderem Maße, wenn die Leistungen der Gemeinsamen Einrichtung – wie es im Baugewerbe angesichts der hohen Fluktuation geregelt ist – abhängig sind von Beschäftigungszeiten der Arbeitnehmer in der Branche insgesamt und nicht etwa im einzelnen Betrieb oder Unternehmen. Die Sinnhaftigkeit dieser Regelung wird am Beispiel der Urlaubsnahme besonders deutlich. Die Arbeitnehmer, die ihren Arbeitgeber innerhalb eines Jahres wechseln (müssen), würden den Urlaubsanspruch jedes Mal abgegolten bekommen, wenn das gesetzliche Urlaubsmodell gelten würde. Einen zusammenhängenden Erholungsurlaub würden sie in diesem Fall nie oder nur selten nehmen können. Deshalb gibt es im Baugewerbe ein Urlaubsansparprinzip auf der Basis der Beschäftigungszeiten in der gesamten Branche. Da der Arbeitgeber, der dann dem gewerblichen Arbeitnehmer den angesparten Urlaub gewährt, aber überfordert wäre, wenn er auch noch den bei anderen Arbeitgebern erarbeiteten Urlaub bezahlen müsste, gibt es eine Ausgleichseinrichtung, an die alle Arbeitgeber einen monatlichen Beitrag von derzeit 14,3 % des Bruttolohns zahlen. Diese Urlaubs- und

Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft erstattet dem Urlaub gewährenden Arbeitgeber die gesamte, von ihm an den Arbeitnehmer zu zahlende Urlaubsvergütung.

Die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse wickelt zudem das Berufsbildungsverfahren im Baugewerbe ab. Auch hier zahlen die Arbeitgeber monatlich einen Beitrag an diese Gemeinsame Einrichtung; das sind derzeit 2,3 % des Bruttolohns. Diese erstattet dann den ausbildenden Betrieben die Ausbildungsvergütung für 17 Monate und die Kosten für die mindestens 30-wöchige Unterrichtung sowie die Unterkunft in den überbetrieblichen Ausbildungszentren. Dieses Verfahren sichert eine hohe Ausbildungsbereitschaft der Betriebe und eine hohe Qualität der Ausbildung, insbesondere auch in den überbetrieblichen Ausbildungszentren, die sich demnächst einer regelmäßigen Qualitätskontrolle durch externe Prüfer unterziehen müssen. Selbstverständlich wird über dieses Berufsbildungsverfahren, dem die Bauarbeitgeberverbände eine sehr hohe Bedeutung zumessen, auch ein Ausgleich hergestellt zwischen nicht oder wenig ausbildenden Betrieben und solchen, die überproportional ausbilden. Niemand soll sich kostenlos an der Ausbildungsleistung anderer bedienen können, indem er deren Gesellen abwirbt.

Auch die tarifvertragliche Zusatzversorgung ist seit 1958 branchenbezogen organisiert. Die Arbeitnehmer erwerben Rentenbeihilfeansprüche, die sich der Höhe nach an den Beschäftigungszeiten in der gesamten Branche bemessen. Ausgeglichen werden sollen mit dieser Rentenbeihilfe insbesondere auch bauspezifische Nachteile der Arbeitnehmer im Hinblick auf ihre spätere Rente. Gemeint sind damit z. B. die witterungsbedingten Ausfallzeiten, aber auch das aufgrund der großen gesundheitlichen Belastungen bedingte vorzeitige Ausscheiden vieler Bauarbeiter aus ihrem Beruf.

## Bedeutung der AVE im Baugewerbe

Die bauspezifischen Bedingungen sind aber auch der Grund dafür, dass die Rahmentarifverträge wie auch alle anderen materiellen Tarifverträge, die über die Gemeinsamen Einrichtungen gewährte Leistungen vorsehen, allgemeinverbindlich sein müssen. Es sind dies u. a. der Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe vom 04.07. 2002 in der Fassung vom 20.08. 2007, der Tarifvertrag über Rentenbeihilfen im Baugewerbe vom 31.10. 2002 in der Fassung vom 05.12. 2007, der Tarifvertrag über die Berufsbildung im Baugewerbe vom 29.01. 1987 in der Fassung vom 06.08. 2010, der Tarifvertrag zur Regelung der Mindestlöhne im Baugewerbe im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland vom 28.04. 2011 und der Tarifvertrag über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe vom 18.12. 2009. Es gibt daneben noch einen allgemeinverbindlichen Urlaubstarifvertrag in

<sup>6</sup> Vgl. u. a. Gamillscheg, F (2006): Ausgewählte Schriften zu Arbeitsrecht und Rechtsvergleichung, Baden-Baden, S. 349ff.; BAG v. 22.09.1993, AP Nr. 2 zu § 1 TVG Tarifverträge: Gerüstbau.

Bayern, der aber aus europarechtlichen Gründen mit den Urlaubsbestimmungen des Bundesrahmentarifvertrages inhaltlich identisch sein muss und ist, und es gibt Verfahrenstarifverträge für die Berliner Sozialkasse.

Die tarifvertraglichen sozialen Leistungssysteme würden in diesen Branchen sofort zusammenbrechen, wenn es möglich wäre, dass einzelne Betriebe der jeweiligen Branche sich nicht mehr an der Finanzierung und Gewährung dieser Ansprüche der Arbeitnehmer beteiligen müssten. Dafür ist der Wettbewerbsdruck in solchen kleinteilig strukturierten Branchen viel zu groß. Zudem wäre vermutlich auch die Bereitschaft, sich „freiwillig“ an Tarifverträge zu halten, gering in einer Branche, die über Jahre hinweg massive Krisen und im letzten Jahrzehnt einen erheblichen Arbeitsplatzabbau von ehemals 1,4 Mio. auf 700.000 Arbeitsplätze durchlebt hat.

Setzen sich die allgemeinverbindlichen Tarifverträge in der Konkurrenz zu anderen, abweichenden Tarifverträgen nicht durch, so sind diese bauspezifischen Tarifvertragssysteme einschließlich der Gemeinsamen Einrichtungen nicht mehr zu retten. Es geht insgesamt um folgende Bereiche:

- umlagefinanziertes Berufsausbildungssystem, das auch in der Baukrise für eine überdurchschnittlich hohe Ausbildungsquote gesorgt hat;
- tarifvertragliche Zusatzrenten, die seit mehr als 50 Jahren bauspezifische Renteneinbußen ausgleichen und die Inanspruchnahme ergänzender staatlicher Sozialleistungen verhindern helfen;
- Urlaubssystem, das es angesichts der großen Zahl unterjähriger Beschäftigungsverhältnisse überhaupt erst ermöglicht, dass die Arbeitnehmer einen zusammenhängenden Erholungsurlaub nehmen können, anstatt ihn immer wieder in Geld abgegolten zu bekommen und so ihre Gesundheit noch mehr zu belasten;
- Winterbauförderungssystem wie das Saison-Kurzarbeitergeld, das erfolgreich verhindert, dass in der Schlechtwetterzeit die Bauarbeiter arbeitslos werden, weil die Unternehmen witterungsbedingt oder wegen der saisonal schlechten Auftragslage nicht arbeiten können.<sup>7</sup>
- Regelungen des allgemeinverbindlichen Bundesrahmentarifvertrages z. B. zur Eingruppierung, zu den Erschwernis- und Überstundenzuschlägen, zur Fälligkeit des Lohnes, zur Fahrtkostenabgeltung, zum Verpflegungszuschuss, zur Auslösung, zu den Kündigungsfristen und zum gewerkschaftlichen Zutrittsrecht zu den Unterkünften und Sozialräumen.

### Vergleichbare Situation im Baunebengewerbe

Dies alles gilt selbstverständlich nicht nur für das Bauhauptgewerbe, sondern auch für folgende Zweige des Baunebengewerbes mit ihren vergleichbaren Tarifvertragsstrukturen und gemeinsamen Einrichtungen:

- Maler- und Lackiererhandwerk,
- Dachdeckerhandwerk,

- Gerüstbauerhandwerk,
- Steinmetzhandwerk,
- Betonsteinindustrie bzw. Steine- und Erden-Industrie (in Nordwestdeutschland und Bayern).

Betroffen davon sind insgesamt mehr als 1,2 Mio. Arbeitnehmer, ihre Familien und – nicht zuletzt – der Staat mit seinen Lohnersatzleistungssystemen.

Ein warnendes Beispiel für die negativen Konsequenzen, die der Wegfall solcher Regelungen haben kann, ist das frühere Schlechtwettergeld, das die Bundesregierung 1996 meinte einsparen zu können. Die Folge war, dass die Betriebe ihre Arbeitnehmer in den Wintermonaten massenhaft entließen – und die Bundesanstalt für Arbeit erheblich mehr für die Zahlung von Arbeitslosengeld als jemals für das Schlechtwettergeld aufbringen musste. Erst 2006 konnte mit dem Saison-Kurzarbeitergeld des Sozialgesetzbuches, Drittes Buch (§ 175 SGB III) eine adäquate und erfolgreiche Ersatzregelung geschaffen werden.

### Problem 1: Die Position der BDA

Die Allgemeinverbindlicherklärung dieser Tarifverträge ist also wahrlich „im öffentlichen Interesse“ wie es § 5 Abs. 1 Nr. 2 TVG verlangt. Das sehen nicht immer alle Beteiligten so. Beginnen wir mit der Bundesvereinigung Deutscher Arbeitgeberverbände (BDA). Der erste mir in meiner beruflichen Laufbahn untergekommene Fall ereignete sich 1997. Nachdem die Tarifparteien des Baugewerbes es durch nachhaltiges Lobbying geschafft hatten, dass der Bundestag im Februar 1996 das Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) verabschiedet hatte und nunmehr die tarifvertraglichen Urlaubsbedingungen und das Urlaubskassenverfahren der Bauwirtschaft auch international zwingend waren, sollte auch ein Mindestlohn als international zwingender unterster tarifvertraglicher Lohn für die gesamte Branche Einzug halten. Der BDA, deren drei Vertreter im Tarifausschuss sozusagen die „Sperrhälfte“ stellen, war dieser Mindestlohn (genauer: diese Mindestlöhne, da für Ost- und für Westdeutschland jeweils ein unterschiedlich hoher Mindestlohn gelten sollte) grundsätzlich zuwider. Begründet wurde dies offiziell damit, dass es für einen solch hohen Mindestlohn kein öffentliches Interesse im Sinne von § 5 Abs. 1 Nr. 2 TVG gäbe.

Erst nachdem die beiden Arbeitgeberverbände des Baugewerbes ihre Mitgliedschaft in der BDA kündigten, gelang es in einem Spitzengespräch zwischen dem BDA-Präsidenten und dem Vorsitzenden der IG BAU im Büro des damaligen Bundesarbeitsministers Blüm unter dessen Vermittlung, einen Kompromiss zu finden. Die BDA, die ►

<sup>7</sup> Zwar handelt es sich dabei um ein gesetzliches System. Das aber ist – wie das Gesetz selber ausweist – angewiesen darauf, dass die Tarifvertragsparteien dieses mit ihren Regelungen, z. B. zur sehr flexibel ausgestaltbaren Arbeitszeit, flankieren.

ohnehin weder dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz noch Mindestlöhnen aufgeschlossen gegenüber stand, war plötzlich indirekt Tarifvertragspartei geworden und zensierte die Tarifabschlüsse der Baubranche.

Die politische „Revanche“ kam unmittelbar nach der Bundestagswahl 1998: In § 1 AEntG (alte Fassung) wurde ab 01.01.1999 die Möglichkeit eröffnet, dass mehr als eine Lohnstufe zum Mindestlohn erklärt werden konnte; darüber hinaus gab es jetzt auch die Option, dass Mindestlohn- und Urlaubs- bzw. Urlaubskassentarifnormen über eine Rechtsverordnung auf die in- und ausländischen Außenseiter erstreckt werden konnten, also ohne Beteiligung des Tarifausschusses und ohne das Erfordernis, dass bei den tarifschließenden Arbeitgebern 50 % der in der Branche Arbeitenden beschäftigt sein müssen.

Das ist der BDA bis heute ein Dorn im Auge. Die FDP ist ihr zu Beginn der zurzeit amtierenden Regierungskoalition zur Seite gesprungen und hat durchgesetzt, dass – entgegen der Systematik und dem Wortlaut des AEntG – der Tarifausschuss auch bei den Erstreckungen per Rechtsverordnung in den „Altbranchen“ Baugewerbe und Gebäudereinigerhandwerk als Sachverständigen-gremium gehört wird. Ohne Zustimmung der BDA im Tarifausschuss gibt es also derzeit wegen der ansonsten folgenden Blockade der FDP-Minister in der Bundesregierung keine Rechtsverordnung nach dem AEntG.

Ihre Zustimmung zu Mindestlohntarifverträgen macht die BDA (und folglich die FDP) heute z. B. davon abhängig, dass der Tarifvertrag nur eine Mindestlohnstufe enthält und keine Laufzeit von mehr als zwei Jahren vorsieht. Das erste Dogma hat gerade das Gebäudereinigerhandwerk zu spüren bekommen, das zweite vor zwei Jahren das Dachdeckerhandwerk. Hier mussten die Tarifvertragsparteien eine neue Rechtsverordnung für die zweite Hälfte des „alten“ Mindestlohntarifvertrages beantragen.

Noch problematischer und wirkmächtiger ist der seit Ende der 1990er Jahre bestehende Grundsatzbeschluss der BDA, keiner AVE von „neuen Tarifmaterien“ mehr zuzustimmen. Das ist der entscheidende Grund, warum die Zahl der allgemeinverbindlichen Tarifverträge von 408 oder 5,4 % aller Tarifverträge (1991) auf 235 oder 1,5 % aller Tarifverträge (2010) gesunken ist. Auch das Baugewerbe hat diesen Grundsatzbeschluss zu spüren bekommen: Der am 15.05. 2001, unmittelbar nach Inkrafttreten der sog. Riester-Reform der betrieblichen Altersversorgung abgeschlossene Tarifvertrag über eine Zusatzrente im Baugewerbe, der die sozialpolitisch sehr sinnvolle, ja dringend notwendige Verbesserung des Renteneinkommens über eine Entgeltumwandlung mit Arbeitgeberzuschüssen regelt, konnte nicht für allgemeinverbindlich erklärt werden. Infolge dessen konnten andere, über den unmittelbaren Geltungsbereich hinausreichende Regionen, die ostdeutschen Bundesländer, von diesen Regelungen nicht profitieren.

## Problem 2: Gerichtliche Überprüfungen der AVE

Aber nicht nur die BDA bereitet der IG BAU Kopfzerbrechen. Zunehmend und mit steigender Intensität wird die AVE der Tarifverträge in Gerichtsprozessen angegriffen. Hier geht es in der Regel um die 50-%-Klausel des § 5 Abs. 1 Nr. 1 TVG, d. h. um den Nachweis, dass 50 % der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages fallenden Arbeitnehmer bei Arbeitgebern beschäftigt sind, die Mitglieder der den Tarifvertrag abschließenden Arbeitgeberverbände sind.

In dieser Frage regiert zunehmend juristisches Chaos, hier wissen die Gerichte mitunter nicht, was sie tun. Divergierende Entscheidungen verschiedener Gerichtszweige mit divergierenden, zunehmend strengeren, manchmal unerfüllbaren Maßstäben für das Vorliegen des 50-%-Quorums und dessen Nachweis prägen zunehmend das Bild. Als Beispiel für diese Verwirrung mag hier das Verwaltungsgericht (VG) Düsseldorf gelten, das in seinem Urteil vom 16.11. 2010 (3 K 8653/08) zur Frage, ob der Entgelttarifvertrag für das Gaststätten- und Hotelgewerbe in Nordrhein-Westfalen vom 19.02. 2008 zu Recht vom nordrhein-westfälischen Arbeitsministerium für allgemeinverbindlich erklärt worden war, weil das 50-%-Quorum des § 5 Abs. 1 Nr. 1 TVG erfüllt sei, ausführte: „Das Beschäftigtenquorum muss im maßgeblichen Zeitpunkt der Allgemeinverbindlicherklärung objektiv vorliegen bzw. vorgelegen haben. Dies bedeutet für die zuständige oberste Bundes- oder Landesbehörde, dass sie diese Voraussetzung von Amts wegen sorgfältig unter genauer Auswertung des statistischen Materials zu prüfen hat. Für die gerichtliche Kontrolle folgt daraus mangels anderweitiger Vorgaben ohne Weiteres, dass sie nicht auf die bloße Überprüfung des von der Behörde ausgewerteten Materials beschränkt ist, sondern auch Zahlen heranziehen darf und muss, die der Behörde im Zeitpunkt ihrer Entscheidung über die Allgemeinverbindlichkeit (noch) nicht vorlagen; dies gilt insbesondere auch für solche (auf den maßgeblichen Zeitpunkt bezogene) Zahlen, die für die Behörde seinerzeit noch gar nicht erreichbar waren.“ (Rn. 32 des Urteils). Maßgeblich sind danach also auch statistische Zahlen, die – wie im vorliegenden Fall – weder den Antragstellern der AVE noch dem für die AVE zuständigen Ministerium zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Allgemeinverbindlicherklärung vorliegen konnten!

Symptomatisch ist auch der seit dem 11. Januar 2007 währende Rechtsstreit der Fachgemeinschaft Bau Berlin-Brandenburg e.V. gegen die Bundesrepublik Deutschland vor dem VG Berlin (4 A 83.07), in dem diese gegen die AVE nahezu aller allgemeinverbindlichen Tarifverträge des Bauhauptgewerbes klagt. Unabhängig davon, dass in einem Zwischenrechtsstreit erst einmal geklärt werden musste, ob die Klage überhaupt zulässig war,<sup>6</sup> füllt der Prozessstoff in-

<sup>6</sup> Vgl. dazu Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) vom 28.01. 2010 – 8 C 38/09.

zwischen eine ganze Reihe von Aktenordnern und dauert bis heute an. Immer wieder muss die Klage umgestellt werden, weil eine Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrages durch eine neue AVE nach einem von den Tarifvertragsparteien abgeschlossenen Änderungsarbeitsvertrag ersetzt wurde. Jedes Mal muss daraufhin neues Tatsachenmaterial insbesondere zur Erfüllung bzw. Nichterfüllung der 50%-Klausel vorgetragen werden. Dem Gericht vorgelegt wurden und werden umfangreiche und weit voneinander abweichende Zahlen der Bundesagentur für Arbeit, der Handwerkskammern, der Industrie- und Handelskammern, des Statistischen Bundesamtes sowie der Sozialkassen des Baugewerbes. Völlig unklar ist,

- welcher Zeitpunkt für die Ermittlung der sog. „Großen Zahl“ (100 % der vom Tarifvertrag erfassten Arbeitnehmer) und der sog. „Kleinen Zahl“ (der von tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigten Arbeitnehmer) maßgeblich ist,
- wie die Zahlen der Bundesagentur für Arbeit, der Kammern und des Statistischen Bundesamtes angesichts der Tatsache, dass deren Definition des Baugewerbes erheblich vom betrieblichen (fachlichen) Geltungsbereich der Baurtarifverträge abweicht, zu bewerten sind,
- welche Rolle die im Baugewerbe erhebliche, aber naturgemäß zahlenmäßig nicht genau bekannte Schwarzarbeit bei der Bewertung der Zahlen spielt,
- ob bei der Ermittlung der sog. Großen Zahl die Betriebe und ihre Arbeitnehmer, die nach den umfangreichen Einschränkungsklauseln der AVE<sup>9</sup> von dieser ausgenommen sind, zu berücksichtigen sind oder nicht.

Nicht umsonst hat der Rechtsstreit bis heute nicht einmal in der ersten Instanz einen Abschluss gefunden. Aber nicht nur das VG Berlin stößt mit dieser Aufgabe an seine Grenzen. Auch das zuständige Bundesministerium ist angesichts dieses Problembereichs nicht mehr in der Lage, zuverlässig zu beantworten, wie es die Voraussetzungen einer AVE gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 TVG prüfen soll. Diese Unsicherheit führt dann dazu, dass das Verfahren zur AVE eines Tarifvertrages sich – beginnend mit der Antragstellung und endend mit der Veröffentlichung der Erklärung im Bundesanzeiger – über einen Zeitraum von mehr als 18 Monaten erstreckt, wie zuletzt am Beispiel der Allgemeinverbindlicherklärung des Änderungsarbeitsvertrages vom 06. August 2010 zum Tarifvertrag über die Berufsbildung im Baugewerbe zu sehen war. Allein das bedeutet letztlich, dass jede Tarifvertragspartei zu der ernstlichen Überlegung gezwungen wird, ob die AVE noch ein sinnvolles Instrument der Tarifpolitik ist.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die Rechtmäßigkeit der Erteilung einer und derselben AVE von verschiedenen Gerichtszweigen geprüft werden kann, ohne dass nach derzeitigem Rechtsstand eine Entscheidung in einem Gerichtszweig rechtlich verbindlich für dieselbe Frage in einem Prozess in einem anderen Gerichtszweig wäre. Entscheidungsrelevant kann die Frage der Rechtmäßigkeit einer AVE nämlich in Verfahren vor den Arbeitsgerichten werden,

sofern dort die Sozialkassen des Baugewerbes auf Erteilung einer tarifvertraglich vorgesehenen Auskunft bzw. Zahlung der Beiträge oder ein Arbeitnehmer auf Erfüllung von Ansprüchen aus einem allgemeinverbindlichen Tarifvertrag klagen. Die Sozialgerichte sind gefragt, sobald die Sozialversicherungsträger auf Beiträge klagen, für deren Berechnung sie nach dem im Sozialversicherungsrecht maßgeblichen Anspruchsprinzip auf allgemeinverbindliche Normen der Baurtarifverträge zurückgreifen; und die Ordentlichen Gerichte sind zuständig, sobald über eine Ordnungswidrigkeit z. B. wegen Nichtzahlung von Urlaubskassenbeiträgen (§ 23 Abs. 1 Nr. 1 AEntG n.F.) oder über eine Strafbarkeit z. B. wegen Betruges gegenüber einer Sozialkasse (§ 263 StGB) verhandelt wird.

### Lösungsansätze

Was ist zu tun? Es ist hoffentlich deutlich geworden, dass das Verfahren der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen wie auch die gerichtliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer AVE dringend einer tief greifenden Reform bedürfen. Andernfalls wird dieses Instrument, das ohnehin in immer weniger Fällen angewandt wird, überhaupt nicht mehr genutzt werden können – mit der Folge, dass bislang durch Tarifverträge branchentypisch geregelte Arbeitsbedingungen und Sozialleistungen nach einer zwischenzeitlichen Phase mit chaotischen Zuständen am Ende (voraussichtlich unzureichend, weil sachfremd) durch den Staat, den Gesetzgeber geregelt werden müssten. Das widerspricht aber zutiefst der Intention des Grundgesetzes (GG), das ausweislich Art. 9 Abs. 3 die Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zunächst und zuerst den Tarifvertragsparteien überantwortet hat.

Notwendig ist eine Reform des Verfahrens der AVE dahin gehend, dass die seitens der BDA im Tarifausschuss ausgeübte Zensur von Tarifverträgen und Blockade von Allgemeinverbindlicherklärungen beendet wird. Das könnte zum einen durch eine Abschaffung des Tarifausschusses selbst geschehen oder dadurch, dass den antragstellenden Tarifvertragsparteien bei der Behandlung ihrer zur AVE anstehenden Tarifverträge Sitz und Stimme im Tarifausschuss verliehen wird. Vorzugswürdig erscheint hier letztgenannte Maßnahme, da durch sie das Ziel mit den schonendsten Mitteln erreicht wird: Das bisherige Verfahren wird beibehalten und die Beratungen des Tarifausschusses werden durch die Teilnahme der besonders sachkundigen Vertreter der antragstellenden Tarifvertragsparteien aufgewertet.

Als zweite Maßnahme ist § 5 Abs. 1 Nr. 1 TVG (50%-Quorum) zu reformieren. Bereits aus den obigen Ausführungen dürfte mehr als deutlich geworden sein, dass es nicht sinnvoll sein kann, das bisherige 50 %-Quorum durch ▶

<sup>9</sup> Vgl. zuletzt Bekanntmachung vom 25. Juni 2010, Bundesanzeiger Nr. 97 vom 2. Juli 2010, S. 2287ff.

ein 40%- oder 30%-Quorum zu ersetzen. Man würde bei der Ermittlung, ob dieses neue Quorum erfüllt wird, wieder nur denselben Schwierigkeiten begegnen wie bei dem bisherigen Quorum. Zudem stellt sich dann auch die Frage, warum das neue Quorum gerade z. B. bei 30 % liegt und nicht bei 25 % oder bei, sagen wir, 37,5 %? Sinnvoller und verfassungsrechtlich zulässig wäre es, das 50%-Quorum ganz aufzugeben und stattdessen die Voraussetzungen, nach denen ein öffentliches Interesse an der AVE eines Tarifvertrages besteht (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 TVG), zu präzisieren. In Anlehnung an § 7 Abs. 2 in Verbindung mit § 1 AEntG sollten dazu die Ziele einer AVE genannt werden. Eine Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrages erschiene dann im öffentlichen Interesse als geboten, wenn sie beiträgt zur

- Wahrung der Tarifautonomie,
- Sicherung angemessener Arbeitsbedingungen und sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung,
- Gewährung fairer und funktionierender Wettbewerbsbedingungen (vgl. zu diesen Kriterien § 1 AEntG, BVerfG vom 11.07. 2006, NJW 2007, 51)
- Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit gemeinsamer Einrichtungen (BVerfGE 44, 322 [325]; BVerfG vom 10.09. 1991, AP Nr. 27 zu § 5 TVG).

⑩ Vgl. im Einzelnen zur Konzentration der gerichtlichen Entscheidung über die Rechtmäßigkeit einer AVE in der Arbeitsgerichtsbarkeit zutreffend: Düwell, F. J. (2011): Die gerichtliche Überprüfung der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 28 (2), Beilage, S. 80ff.

Für den nach Wegfall der 50%-Quote denkbaren Fall, dass in einer Branche konkurrierende Tarifverträge zur Anwendung kommen, ist im Gesetz vorzusehen, dass der Normgeber bei seiner Entscheidung, ob er die AVE eines Tarifvertrages ausspricht, die Repräsentativität der jeweiligen Tarifverträge zu berücksichtigen hat (so auch § 7 Abs. 2 AEntG).

Zuletzt ist es zur Vermeidung divergierender Entscheidungen in verschiedenen Gerichtszweigen und zur Reduzierung unsinniger Mehrfachbelastung des Justizsystems mit derselben Frage (Rechtmäßigkeit der AVE eines bestimmten Tarifvertrages) unabdingbar, dass die Entscheidung über diese Frage in einem Gerichtszweig und in einem bestimmten Verfahren konzentriert wird. Dazu bietet sich als sachnächster Gerichtszweig die Arbeitsgerichtsbarkeit an. Als Vorbild für ein solches Verfahren könnte § 97 Arbeitsgerichtsgesetz dienen, der für die Feststellung der Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit einer Vereinigung ebenfalls ein solches konzentriertes Verfahren vorsieht. <sup>⑩</sup> ■

#### AUTOR

**GREGOR ASSHOFF**, Rechtsanwalt, Bundesvorstandssekretär und Leiter der Hauptabteilung Politik und Grundsatzfragen beim Bundesvorstand der IG Bauen-Agrar-Umwelt.

@ gregor.asshoff@igbau.de