

Kluth, Winfried

Working Paper

Handwerksrechtliche Perspektiven zur Stärkung der Sozialpartnerschaft und (Flächen-)Tarifbindung

HSI-Working Paper, No. 10

Provided in Cooperation with:

Hugo Sinzheimer Institute for Labour and Social Security Law (HSI), Hans Böckler Foundation

Suggested Citation: Kluth, Winfried (2017) : Handwerksrechtliche Perspektiven zur Stärkung der Sozialpartnerschaft und (Flächen-)Tarifbindung, HSI-Working Paper, No. 10, Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht (HSI), Frankfurt a. M.

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/303139>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

HSI-Working Paper Nr. 10



Handwerksrechtliche Perspektiven zur Stärkung der Sozialpartnerschaft und (Flächen-)Tarifbindung

Prof. Dr. Winfried Kluth
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

Oktober 2017

Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht
Wilhelm-Leuschner-Str. 79
60329 Frankfurt am Main
www.hugo-sinzheimer-institut.de

Vorwort

Das vorliegende Rechtsgutachten von Prof. Dr. Winfried Kluth (Universität Halle) wurde im Auftrag des Hugo Sinzheimer Instituts erstellt und befasst sich vor dem Hintergrund der erodierenden Tarifstrukturen im Handwerk mit den Perspektiven zur Stärkung der Sozialpartnerschaft und (Flächen-) Tarifbindung in diesem Bereich. Im Fokus steht dabei die in der Handwerksordnung (HwO) verortete Tarifzuständigkeit öffentlich rechtlicher Innungen und Innungsverbände.

Der Autor setzt sich mit verschiedenen aktuell im Kontext der HwO auf rechtspolitischer Ebene diskutierten Vorschlägen zur Verbesserung der institutionellen Rahmenbedingungen bei den Innungen und Innungsverbänden auseinander, die darauf abzielen den Abschluss von Tarifverträgen im Bereich des Handwerks zu fördern. Diese Reformvorschläge werden vom Gutachter auf ihre rechtliche Tragfähigkeit, insbesondere auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 9 Abs. 3 GG, überprüft.

Wir sind überzeugt, dass dieses Gutachten einen wichtigen Beitrag zu der aktuellen handwerksrechtlichen Diskussion liefern kann.



Dr. Thomas Klebe



Dr. Johannes Heuschmid

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	1
Abkürzungsverzeichnis	4
A. Ausgangsproblematik und Fragestellungen	6
I. Ausgangsproblematik	6
1. <i>Erosion der Tarifbindung im Handwerk</i>	6
2. <i>Die frühe Antwort des Bundesgesetzgebers: die Tariffähigkeit der Handwerksinnungen</i>	7
3. <i>Die praktische Distanzierung der Handwerksinnungen von den Zielvorstellungen des Gesetzgebers</i>	7
II. Fragestellungen der Untersuchung.....	9
B. Die besondere Bedeutung der Tarifautonomie und der Tarifverträge für die Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbeziehungen nach Art. 9 Abs. 3 GG	10
I. Die Tarifautonomie als verfassungsrechtliches Gestaltungsprivileg	10
1. <i>Die Sonderstellung des Art. 9 Abs. 3 GG</i>	10
2. <i>Grundlegende Aussagen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts</i> ...11	
II. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Ausgestaltung und Beschränkung der Tarifautonomie	13
1. <i>Dogmatischer Rahmen</i>	13
2. <i>Die Grundsatzentscheidung zur Tariffähigkeit der Handwerksinnungen gem. § 54 Abs. 3 Nr. 1 HwO</i>	14
a) Die Regelung des § 54 Abs. 3 HwO – deklaratorisch oder konstitutiv für die Tariffähigkeit der Handwerksinnungen?	14
b) Gründe für die Regelung der Tariffähigkeit der Innungen.....	16
III. Reichweite und Rechtfertigung von Förder- und Schutzmaßnahmen	19
IV. Zwischenergebnis	20
C. Die Strategie der Innungen und Innungsverbände zur Vermeidung von Tarifbindungen und die dazu ergangene Rechtsprechung	22
I. Die Einrichtung von OT-Mitgliedschaften und die Reaktion des Bundesverwaltungsgerichts	22
1. <i>Die Etablierung von OT-Mitgliedschaften durch Innungen</i>	22
a) Die Entwicklung der OT-Mitgliedschaft außerhalb des Handwerksbereichs	22
b) Die OT-Mitgliedschaft als Kompromiss zwischen Verbandsmitgliedschaft und Tarifflicht.....	24

c) Die Anforderungen der Rechtsprechung an die rechtliche Ausgestaltung einer OT-Mitgliedschaft.....	25
d) Übernahme des Modells durch Innungen und Innungsverbände	26
2. <i>Entwicklung der Rechtsprechung der Instanzgerichte</i>	27
a) VG Braunschweig	27
b) OVG Lüneburg	29
3. <i>Die klärende Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts</i>	29
a) Organisationsbezogene Argumente.....	29
b) Aufgabenbezogene Argumentation.....	30
II. Neue Strategien.....	31
III. Weiterhin erkennbarer Handlungsbedarf	31

D. Einzelschlüsse zur Verbesserung der institutionellen Rahmenbedingungen zum Abschluss von Tarifverträgen im Handwerk 33

I. Die ordnungspolitische Ausgangslage	33
1. <i>Aussagen im Koalitionsvertrag</i>	33
2. <i>Entschließungsantrag des Bundestages</i>	33
3. <i>Aussagen in der gemeinsamen Erklärung zum Branchendialog Handwerk im BMWI</i>	34
4. <i>Bereits wirksame unterstützende Maßnahmen</i>	34
II. Vorschläge zur Änderung der Handwerksordnung.....	35
1. <i>Vorüberlegungen</i>	35
2. <i>Änderung des § 52 Abs. 1 HwO</i>	36
a) Vorschlag und Begründung	36
b) Rechtliche Würdigung.....	36
3. <i>Änderung des § 53 HwO</i>	36
a) Vorschlag und Begründung	36
b) Rechtliche Würdigung.....	38
4. <i>Änderung des § 55 HwO sowie des § 61 HwO</i>	39
a) Vorschlag und Begründung	39
b) Rechtliche Würdigung.....	40
5. <i>Weitere Änderung des § 61 HwO</i>	41
a) Vorschlag und Begründung	41
b) Rechtliche Würdigung.....	42
6. <i>Änderung des § 87 HwO</i>	42
a) Vorschlag und Begründung	42
b) Rechtliche Würdigung.....	43

E. Zusammenfassung und Ausblick 44

Abkürzungsverzeichnis

AuR	Arbeit und Recht
AVE	Allgemeinverbindlicherklärung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BMWI	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
CSU	Christlich-Soziale Union in Bayern
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
EGRL	Entsorgungsgemeinschaftenrichtlinie
e.V.	eingetragener Verein
GG	Grundgesetz
GewArch	Gewerbearchiv
HSI	Hugo Sinzheimer Institut
HWO	Handwerksordnung
IAB	Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung
i.V.m.	in Verbindung mit
IG Metall	Industriegewerkschaft Metall
KJ	Kritische Justiz
NGG	Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätte
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
OT-Mitgliedschaft	Mitgliedschaft ohne Tarifbindung
OT-Verband	Verband ohne Tarifbindung-
OVG	Oberverwaltungsgericht
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands

TASG	Tarifautonomiestärkungsgesetz
TVG	Tarifvertragsgesetz
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler
WSI	Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut
ZDH	Zentralverband des deutschen Handwerks

A. Ausgangsproblematik und Fragestellungen

I. Ausgangsproblematik

1. *Erosion der Tarifbindung im Handwerk*

Seit Jahren geht trotz einer teilweise steigenden Zahl der abgeschlossenen Tarifverträge der Prozentsatz der von Tarifverträgen erfassten Arbeitsverhältnisse deutlich zurück. Diese auf den ersten Blick widersprüchliche Entwicklung findet ihre Ursache darin, dass immer weniger Flächentarifverträge abgeschlossen werden. Gleichzeitig ist zwar die Zahl der Firmentarifverträge angestiegen. Dies führt aber nicht nur zu einem tarifrechtlichen Flickenteppich, sondern im praktischen Ergebnis auch zu deutlich weniger von Tarifverträgen „geschützten“ Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern.¹

Die Entwicklungen im Bereich des durch kleine und mittlere Betriebsgrößen geprägten Handwerks und in den neuen Bundesländern markieren dabei besonders besorgniserregende Bereiche. Dies kann mit einigen allgemeinen statistischen Vergleichen sowie tarifpolitischen Beobachtungen in wichtigen Branchen des Handwerks veranschaulicht werden.

Im Jahr 2015 arbeiteten rund 51 Prozent der westdeutschen und etwa 37 Prozent der ostdeutschen Beschäftigten in einem Betrieb, der einem Branchentarifvertrag unterlag. Für rund 42 Prozent der westdeutschen und 51 Prozent der ostdeutschen Arbeitnehmer gilt kein Branchentarifvertrag, auch kein Firmentarifvertrag. Da die Bedeutung der Branchentarifverträge mit der Betriebsgröße deutlich zunimmt, verbergen sich hinter den auf die Arbeitnehmer bezogenen Zahlen nur rund 29 Prozent der westdeutschen und 18 Prozent der ostdeutschen Betriebe.²

Während bei Betrieben mit bis zu 9 Beschäftigten 24 Prozent (West) bzw. 14 Prozent (Ost) an einen Branchentarifvertrag gebunden sind, sind es bei Betrieben mit mehr als 200 Beschäftigten 62 Prozent (West) bzw. 46 Prozent (Ost) und bei Betrieben mit mehr als 500 Beschäftigten 72 Prozent (West) bzw. 52 Prozent (Ost).³

¹ Eingehende Darstellung und Analyse bei *Deinert/Walser*, Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber, 2015, 21 ff.

² *Möller/Walwei*, Arbeitsmarkt kompakt, IAB Nr. 363, 79.

³ *Ellguth/Kohaut*, Tarifbindung und betriebliche Interessenvertretung: Ergebnisse aus dem IAB-Betriebspanel 2016, WSI Mitteilungen 4/2017, 281.

Im Bereich des durch kleinere und mittlere Unternehmensgrößen geprägten Handwerks ist die Tarifbindung der Betriebe und der Beschäftigten insgesamt demzufolge am unteren Spektrum angesiedelt.

Exemplarisch können die Erosionen am Bereich des Bäckerhandwerks verdeutlicht werden. Dort wurden die bestehenden Manteltarifverträge im Zeitraum ab 1995 in den Bereichen Brandenburg, Niedersachsen, Sachsen-Anhalt, Sachsen, Thüringen und Baden-Württemberg gekündigt. Die Lohn- und Gehaltstarifverträge wurden im Zeitraum ab 1997 in den Tarifbezirken Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen-Anhalt, Sachsen und Thüringen gekündigt. Das hat zur Folge, dass es im Osten kaum noch Tarifbindungen im Bäckerhandwerk gibt. Das ist vor allem deshalb bemerkenswert, weil im Bäckerhandwerk der Organisationsgrad der Betriebe in Innungen bei 61 Prozent liegt und damit vergleichsweise hoch ist. Es wurden in anderen Bereichen durchweg auch Tarifverträge abgeschlossen, wie die Bestandsaufnahme durch die Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten (NGG) zeigt, die insgesamt 32 Flächentarifverträge und 34 Firmentarifverträge gezählt hat.⁴ Es ist also nicht der Rückgang der Mitglieder in den Innungen alleine, der das Phänomen verursacht. Auch das Verhalten der Innungen spielt eine wesentliche Rolle.

2. Die frühe Antwort des Bundesgesetzgebers: die Tariffähigkeit der Handwerksinnungen

Um im Bereich des Handwerks, das strukturell durch die große Zahl an kleinen und mittleren Betrieben geprägt ist, den Abschluss von Tarifverträgen zu fördern, hat der Bundesgesetzgeber die Innungen und Innungsverbände ausdrücklich zum Abschluss von Tarifverträgen befähigt (§§ 54 Abs. 3 Nr. 1, 82 Nr. 3 HwO). Ohne eine solche Regelung lägen die Voraussetzungen der Tariffähigkeit bei diesen Organisationen nicht vor, da das TVG von privatrechtlichen Vereinigungen ausgeht.

Mit Billigung des Bundesverfassungsgerichts⁵ verfolgt der Gesetzgeber damit das Ziel, durch eine Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG den Abschluss von Tarifverträgen zu fördern und es den Gewerkschaften zu erleichtern, einen Partner für das Aushandeln und den Abschluss von Flächentarifverträgen zu finden.

3. Die praktische Distanzierung der Handwerksinnungen von den Zielvorstellungen des Gesetzgebers

Unbeschadet dieser besonderen Zielsetzung war und ist bei den Innungen und Innungsverbänden seit vielen Jahren ein Bestreben erkennbar, den Abschluss von Tarifverträgen mit

⁴ Mitteilung von NGG an den Verfasser.

⁵ BVerfG 19.10.1966 – 1 BvL 24/65, BVerfGE 20, 312 ff. = AuR 1967, 30.

Wirkung für alle Innungsmitglieder zu vermeiden. Zu diesem Zweck wurden nach dem Vorbild der privatrechtlichen Arbeitgeberverbände sogenannte OT-Mitgliedschaften eingeführt.

Nach einer mehrjährigen gerichtlichen Auseinandersetzung hat das Bundesverwaltungsgericht diese Praxis durch Urteil vom 23.3.2016⁶ für rechtswidrig und damit unzulässig erklärt. Damit ist aber lediglich eine von mehreren strategischen Optionen verschlossen und vor allem noch kein Beitrag geleistet, den Abschluss von Tarifverträgen zu fördern. Wie *Rieble* in seiner kritischen Stellungnahme zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zutreffend ausführt, ist es einer Innung bzw. einem Innungsverband möglich, von der „kann-Aufgabe“ Tarifvertragsabschluss in der Praxis de facto keinen Gebrauch zu machen und damit de facto als OT-Verband zu fungieren. Zudem besteht die Möglichkeit, dass einige Mitglieder einen zweiten Verband gründen, der Tarifverträge verhandelt und ggf. abschließt.⁷

Vor dem Hintergrund dieser Gestaltungsoptionen stellt sich die Frage, ob und durch welche Maßnahmen der Gesetzgeber in der Lage ist, die Rahmenbedingungen für den Abschluss von Tarifverträgen im Bereich des Handwerks weiter zu verbessern.

Entsprechende Maßnahmen betreffen einen durch Art. 9 Abs. 3 GG grundrechtlich geschützten Verhaltensbereich und verlangen deshalb eine dessen Vorgaben beachtende Vorgehensweise.

Das Ziel, den Abschluss von Tarifverträgen und damit gesellschaftliche Selbststeuerung auch im Verhältnis zu staatlicher Steuerung zu fördern, kann zwar selbst als eine besondere Erscheinungsform der ausgestaltenden Gesetzgebung verstanden werden. Eine solche Vorgehensweise muss aber gleichwohl beachten, dass aus Art. 9 Abs. 3 GG auch folgt, dass niemand dazu gezwungen ist, von dieser Gestaltungsoption Gebrauch zu machen (sog. negative Koalitionsfreiheit⁸).

Entsprechende Vorschläge setzen deshalb voraus, dass der Bereich zulässiger „Fördermaßnahmen“ mit Blick auf die negative Seite des Freiheitsrechts genau abgesteckt wird. Daraus ergeben sich die Fragestellungen der Untersuchung.

⁶ BVerwG 23.3.2016 – 10 C 23/14, NZA 2016, 779 ff.; zur Thematik näher *Pieroth/Barczak*, Rechtmäßigkeit einer Mitgliedschaft ohne Tarifbindung in der Satzung einer Handwerksinnung?.

⁷ *Rieble*, in: Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, § 2 Rn. 567 f.

⁸ Zu dieser *Kluth*, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 12/2016, Art. 9 Rn. 178 ff.; *Heuschmid*, KJ 2014, 384 ff.; *ders.*, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, § 1 Rn. 1075.

II. Fragestellungen der Untersuchung

Zu klären ist auf einer ersten grundsätzlichen Frageebene, inwieweit das Grundrecht der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG gesetzgeberische Maßnahmen zulässt, die der Förderung des Abschlusses von Tarifverträgen dienen.

Innerhalb des so ermittelten verfassungsrechtlichen Gestaltungsrahmens sind sodann in einem zweiten Schritt Einzelvorschläge zur Ergänzung bzw. Änderung der Regelungen zu den Innungen und Innungsverbänden in der Handwerksordnung in den Blick zu nehmen, die diesem Ziel dienen können.

Zuvor soll jedoch die Bedeutung der Koalitionsfreiheit als verfassungsrechtliches Gestaltungsprivileg in Erinnerung gerufen werden, da nur vor diesem Hintergrund Vorschläge zur Stärkung der Voraussetzungen für den Abschluss von Tarifverträgen als Bestandteil einer freiheitssichernden ordnungspolitischen Gesetzgebung nachvollziehbar werden.

B. Die besondere Bedeutung der Tarifautonomie und der Tarifverträge für die Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbeziehungen nach Art. 9 Abs. 3 GG

I. Die Tarifautonomie als verfassungsrechtliches Gestaltungsprivileg

1. Die Sonderstellung des Art. 9 Abs. 3 GG

Über seine Stellung als *lex specialis* zur Regelung der Vereinigungsfreiheit in Art. 9 Abs. 1 GG hinausgehend, kommt der Koalitionsfreiheit in der Gesamtsystematik der Grundrechte eine Sonderstellung zu. Diese ist darin zu erblicken, dass hier die gesellschaftliche Selbstregulierung geschützt und zugleich als grundsätzlich vorrangig gegenüber staatlicher Regulierung eingestuft wird. Letzteres hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zu den Lohnabstandsklauseln deutlich gemacht.⁹ Danach kann die in Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Koalitionsfreiheit jedenfalls zum Schutz von Gemeinwohlbelangen eingeschränkt werden, denen gleichermaßen verfassungsrechtlicher Rang gebührt.¹⁰ Dem Gesetzgeber ist es unter dieser Bedingung grundsätzlich nicht verwehrt, Fragen zu regeln, die Gegenstand von Tarifverträgen sein können.¹¹ Dabei ist der Grundrechtsschutz nicht für alle koalitionsmäßigen Betätigungen gleich intensiv. Die Wirkkraft des Grundrechts nimmt vielmehr in dem Maße zu, in dem eine Materie aus Sachgründen am besten von den Tarifvertragsparteien geregelt werden kann, weil sie nach den Vorstellungen des Verfassungsgebers die gegenseitigen Interessen angemessener zum Ausgleich bringen als der Staat. Das gilt vor allem für die Festsetzung der Löhne und anderer materieller Arbeitsbedingungen. Diese Überlegung führt zu der Orientierungsformel des Gerichts: „Je gewichtiger der Schutz ist, den Art. 9 Abs. 3 GG gewährt, desto schwerwiegender müssen die Gründe sein, die einen Eingriff rechtfertigen sollen.“¹²

⁹ BVerfG 27.4.1999 – 1 BvR 2203/93 u.a., BVerfGE 100, 271, 283.

¹⁰ Vgl. BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212, 228 – ständige Rechtsprechung.

¹¹ Vgl. BVerfG 24.4.1996 – 1 BvR 712/86, BVerfGE 24, 268, 284.

¹² BVerfG 27.4.1992 – 1 BvR 2203/93 u.a., BVerfGE 100, 271, 283; unter Verweis auf BVerfG 24.4.1996 – 1 BvR 712/86, BVerfGE, 94, 268, 284 f.

Aus diesen Ausführungen folgt, dass gesetzliche Regelungen der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in den Unternehmen und Betrieben der tarifvertraglichen Ordnung nachgeordnet sind.¹³

Vergleichbar ist diese Funktion des Art. 9 Abs. 3 GG allenfalls mit dem Selbstverwaltungsrecht der Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 135 Abs. 3 WRV.

Das Grundgesetz verleiht demnach ein Gestaltungsprivileg, das deutlich über die in verschiedenen Grundrechten verankerte¹⁴ Privatautonomie als Recht der eigenverantwortlichen Gestaltung von Rechtsbeziehungen hinausgeht.

Das Gestaltungsprivileg setzt zur Entfaltung praktischer Wirksamkeit voraus, dass von ihm Gebrauch gemacht wird. Das mag man als Verfassungserwartung stilisieren, es bedeutet in der Praxis aber vor allem, dass die Tarifparteien sich des Privilegs und der damit verbundenen Vorteile bewusst sind. Daran scheint es derzeit vor allem auf der Arbeitgeberseite im Handwerksbereich zu mangeln.

2. Grundlegende Aussagen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Es erscheint deshalb vor der Auseinandersetzung mit den Einzelfragen hilfreich, sich noch einmal einige Aussagen aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur grundlegenden ordnungsrechtlichen Relevanz der Koalitionsfreiheit vor Augen zu führen.

In ständiger Rechtsprechung hebt das Bundesverfassungsgericht diese Bedeutung des Art. 9 Abs. 3 GG hervor. Danach enthält sich der Staat grundsätzlich einer Einflussnahme und überlässt die autonome Vereinbarung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zum großen Teil den Koalitionen.¹⁵ Dazu gehören insbesondere das Arbeitsentgelt und andere materielle Arbeitsbedingungen. Mit der grundrechtlichen Garantie der Tarifautonomie wird ein Freiraum gewährleistet, in dem Arbeitnehmer und Arbeitgeber ihre Interessengegensätze in eigener Verantwortung austragen können.

Das Gericht betont dabei auch, dass diese Freiheit ihren Grund in der historischen Erfahrung findet, dass auf diese Weise eher Ergebnisse erzielt werden, die den Interessen der widerstreitenden Gruppen und dem Gemeinwohl gerecht werden, als bei einer staatlichen Schlich-

¹³ Dazu auch *Wieland*, VVDStRL 59 (1999), 2000, 13, 39 ff.; *Kluth*, DVBl 1999, 1145 ff. Der Gedanke wurde bereits durch *Hugo Sinzheimer* entwickelt. Siehe dazu *Kempen*, Hugo Sinzheimer: Architekt des kollektiven Arbeitsrechts und Verfassungspolitiker, 2017, 29 ff. und 66 ff.

¹⁴ Dazu *Höfling*, Vertragsfreiheit, 1991.

¹⁵ BVerfG 24.4.1996 – 1 BvR 712/86, BVerfGE 94, 268, 283; 27.4.1999 – 1 BvR 2203/93 u.a., BVerfGE 100, 271, 282; 3.4.2001 – 1 BvL 32/97, BVerfGE 103, 293, 304; 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 219.

tung.¹⁶ Dem Tarifvertrag kommt daher eine Richtigkeitsvermutung zu. Es darf grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass das von den Tarifvertragsparteien erzielte Verhandlungsergebnis richtig ist und die Interessen beider Seiten sachgerecht zum Ausgleich bringt; ein objektiver Maßstab, nach dem sich die Richtigkeit besser beurteilen ließe, existiert nicht.

Im Zentrum der Richtigkeitsvermutung steht, dass mit dem kollektiven Vertragssystem die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer überwunden werden kann.¹⁷ Das Tarifvertragssystem ist darauf angelegt, deren strukturelle Unterlegenheit beim Abschluss von individuellen Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen und damit ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Löhne und Arbeitsbedingungen zu ermöglichen. Funktionsfähig ist die Tarifautonomie folglich nur, solange zwischen den Tarifvertragsparteien ein ungefähres Kräftegleichgewicht - Parität - besteht.¹⁸ Die Vermutung der Richtigkeit des zwischen den Tarifvertragsparteien Ausgehandelten greift also nur unter diesen Voraussetzungen.¹⁹

Zentrale Bedeutung kommt in diesen Aussagen der Richtigkeitsvermutung zu.

Zwei Schwerpunkte dieser Aussage sind hervorzuheben: Erstens in Richtung auf privatvertragliche Individualvereinbarungen und zweitens in Richtung auf gesetzliche Regelungen der Materie. Der Tarifvertrag als Kollektivvertrag trägt in beide Richtungen die Vermutung der besseren und gerechteren Lösung in sich.

Während gesetzgeberische Maßnahmen, die tarifvertragliche Regelungen verdrängen, vornehm sozialstaatlich legitimiert werden und damit im Interesse der Arbeitnehmer getroffen werden,²⁰ bleiben diese Interessen in all den Fällen, in denen es nicht zum Abschluss von Tarifverträgen kommt, tendenziell vernachlässigt. Der Gesetzgeber kann deshalb ein entsprechendes Interesse auch dadurch fördern, dass er die Rahmenbedingungen für den Abschluss von Tarifverträgen verbessert, wo die Praxis defizitär ist.

¹⁶ BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/ 15, NZA 2017, 915, 918, Rn. 146; unter Verweis auf BVerfG 2.3.1993 – 1 BvR 1213/85, BVerfGE 88, 103, 114 f. Siehe dazu das Beispiel bei *Kempfen*, Hugo Sinzheimer: *Architekt des kollektiven Arbeitsrechts und Verfassungspolitiker*, 2017, 118 ff.

¹⁷ BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/ 15, NZA 2017, 916, 918, Rn. 146.

¹⁸ BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86, BVerfGE 92, 365, 395 – ständige Rechtsprechung.

¹⁹ BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/ 15, NZA 2017, 915, 918, Rn. 146.

²⁰ Siehe exemplarisch BVerfG 27.4.1999 – 1 BvR 2203/93 u.a., BVerfGE 100, 271, 283.

II. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Ausgestaltung und Beschränkung der Tarifautonomie

1. Dogmatischer Rahmen

Wie viele andere Grundrechte auch, ist Art. 9 Abs. 3 GG zur Ermöglichung des praktischen Gebrauchs auf eine ausgestaltende Gesetzgebung angewiesen.²¹ Dabei sind die Grenzen zwischen grundrechtsermöglichender Ausgestaltung und grundrechtsbeschränkenden Maßnahmen schwer zu bestimmen.²²

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner aktuellen Entscheidung zum Tarifeinheitsgesetz²³ seine bisherige Rechtsprechung bestätigt, dass gesetzliche Regelungen, die in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG fallen und die Funktionsfähigkeit des Systems der Tarifautonomie herstellen und sichern sollen, einen legitimen Zweck verfolgen.²⁴ Der Gesetzgeber habe eine entsprechende Ausgestaltungsbefugnis.²⁵ Insbesondere wenn das Verhältnis der Tarifvertragsparteien zueinander berührt werde, die beide den Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG genießen, bedürfe die Koalitionsfreiheit der gesetzlichen Ausgestaltung. Der Gesetzgeber habe deshalb die Rechtsinstitute und Normenkomplexe zu setzen, die dem Handeln der Koalitionen und insbesondere der Tarifautonomie Geltung verschaffen.²⁶

Die mögliche Zielrichtung entsprechender gesetzgeberischer Aktivitäten wird durch das Bundesverfassungsgericht ebenfalls in groben Umrissen beschrieben.²⁷ Da Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG den sozialen Schutz der abhängig Beschäftigten im Wege der kollektivierten Privatautonomie garantiere²⁸ und mit Blick auf das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG, komme es dem Gesetzgeber zu, strukturelle Rahmenbedingungen dafür zu schaffen, dass Tarifverhandlungen einen fairen Ausgleich auch tatsächlich ermöglichen.²⁹ Der Gesetzgeber sei deshalb nicht gehindert, Rahmenbedingungen für das Handeln der Koalitionen zu ändern.³⁰

²¹ BVerfG 10.1.1995 – 1 BvF 1/90, BVerfGE 92, 26, 41; *Linsenmaier, in: ErfK, GG Art. 9 Rn 50.*

²² Zur Ausgestaltungsgesetzgebung und den Abgrenzungsproblemen zur Grundrechtsbeschränkung näher *Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005.*

²³ BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/ 15, NZA 2017, 915, 918, Rn. 146.

²⁴ Siehe dazu auch BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212, 225, 228; 2.3.1993 – 1 BvR 1213/85, BVerfGE 88, 103, 114 f.; 4.7.1995 – 1 BvF 2/86, BVerfGE 92, 365, 394 f., 397; 24.4.1996 – 1 BvR 712/86, BVerfGE 94, 268, 284; 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 224.

²⁵ Dazu bereits BVerfG 10.1.1995 – 1 BvF 1/90, BVerfGE 92, 26, 41.

²⁶ BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/ 15, NZA 2017, 915 ff. unter Verweis auf 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, BVerfGE 50, 290, 368; 10.1.1995 – 1 BvF 1/90, BVerfGE 92, 26, 41.

²⁷ BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/ 15, NZA 2017, 915, 919, Rn. 147.

²⁸ So BAG 14.10.1997 - 7 AZR 811/96, NZA 1998, 778, 779, Rn. 16; 23.3.2011 - 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920, 922, Rn. 21.

²⁹ So schon BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 341 f.; 10.1.1995 – 1 BvF 1/90, BVerfGE 92, 26, 41.

³⁰ So schon BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212, 228 f.; 4.7.1995 – 1 BvF 2/86, BVerfGE 92, 365, 394.

Er sei sogar verpflichtet einzugreifen, wenn nachhaltige Störungen der Funktionsfähigkeit des Systems vorliegen.³¹

Diese Ausführungen machen deutlich, dass der Gesetzgeber verpflichtet ist, die Funktionsfähigkeit des Systems im Blick zu halten und aktiv zu werden, wenn es zu Gefährdungen kommt.

Das dürfte aber nicht nur für die Bereiche des Arbeits- und Wirtschaftslebens gelten, in denen ein aktives Tarifgeschehen zu verzeichnen ist. Auch und vielleicht sogar erst recht besteht eine solche Verpflichtung, wenn die institutionellen Bedingungen für den Abschluss von Tarifverträgen notleidend werden.

Dass der Gesetzgeber entsprechende Aktivitäten bereits entfaltet hat und dass diese mit der Verfassung in Einklang stehen, zeigen die Regelungen zur Tariffähigkeit der Innungen und Innungsverbände sowie die dazu ergangene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.

2. Die Grundsatzentscheidung zur Tariffähigkeit der Handwerksinnungen gem. § 54 Abs. 3 Nr. 1 HwO

a) Die Regelung des § 54 Abs. 3 HwO – deklaratorisch oder konstitutiv für die Tariffähigkeit der Handwerksinnungen?

Die Handwerksordnung unterscheidet bei den in § 54 geregelten Aufgaben der Innungen zwischen Pflichtaufgaben (Absatz 1), Sollaufgaben (Absatz 2) und freiwilligen Aufgaben (Absatz 3).

Absatz 3 hat in Bezug auf die freiwilligen Aufgaben den folgenden Wortlaut:

„(3) Die Handwerksinnung kann

1. Tarifverträge abschließen, soweit und solange solche Verträge nicht durch den Innungsverband für den Bereich der Handwerksinnung geschlossen sind,
2. für ihre Mitglieder und deren Angehörige Unterstützungskassen für Fälle der Krankheit, des Todes, der Arbeitsunfähigkeit oder sonstiger Bedürftigkeit errichten,
3. bei Streitigkeiten zwischen den Innungsmitgliedern und ihren Auftraggebern auf Antrag vermitteln.“

Die Regelung in § 54 Abs. 1 Nr. 1 HwO hat zunächst die Funktion, den Handwerksinnungen den Abschluss von Tarifverträgen als „Betätigungsfeld“ überhaupt zu erschließen. Eine mögliche Qualifikation der Innung als Arbeitgeberverband im Sinne des § 2 TVG reicht nämlich alleine nicht aus, um eine Betätigung der Innung als Tarifpartei zu legitimieren.

³¹ So schon BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86, BVerfGE 92, 365, 397.

Dabei ist zu beachten, dass es sich bei einer Handwerksinnung trotz der freiwilligen Mitgliedschaft um eine rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts handelt, deren Betätigungsfeld durch die gesetzliche Aufgabenzuweisung begründet und begrenzt wird. Dies kommt in der dogmatischen Figur der Verbandskompetenz zum Ausdruck.³²

Aus der Angewiesenheit eines Verwaltungsträgers auf eine gesetzliche Aufgabenzuweisung folgt zugleich, dass eine Handwerksinnung nicht unter Rückgriff auf Grundrechte oder allgemeine gesetzliche Regelungen ihr Aufgaben- und Betätigungsfeld begründen oder erweitern kann.

Gleichwohl stellt sich die Frage, ob unabhängig von der Kompetenzeröffnung eine Handwerksinnung unter den Begriff der Tarifpartei im Sinne des § 2 TVG fällt.

Nach allgemeiner Ansicht³³ sind unter einem Arbeitgeberverband nur privatrechtliche Verbände zu verstehen, in denen ausschließlich Arbeitgeber Mitglieder sind. Daraus folgt nach ganz überwiegender Ansicht, dass eine Innung nicht unter den Arbeitgeberverbandsbegriff des § 2 TVG subsumiert werden kann.

Dieses Ergebnis folgt auch aus der grundlegenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Tariffähigkeit von Handwerksinnungen vom 19.10.1966.³⁴ Dort stellte das Gericht zunächst fest, dass der Gesetzgeber die ihm gesetzten Grenzen nicht dadurch überschritten hat, dass er den Innungen und Innungsverbänden die Teilnahme an der Tarifautonomie gestattet, also die Tariffähigkeit verleiht. Das Grundgesetz habe die Voraussetzungen der Tariffähigkeit nicht ein für alle Mal abschließend festgelegt, etwa im Sinne des von ihm vorgefundenen Tarifvertragsgesetzes, sondern dem Gesetzgeber überlassen, sie im Einzelnen zu normieren und der jeweiligen gesellschaftlichen Wirklichkeit so anzupassen, dass die Koalitionen ihre Aufgabe erfüllen können. Daher sei dieser nicht darauf beschränkt, die Tariffähigkeit jedenfalls auf der Seite der Arbeitgeber nur echten arbeitsrechtlichen Vereinigungen zuzuerkennen. Dies ergebe sich schon daraus, dass dem einzelnen Arbeitgeber, also einem Partner, der keine Koalition ist, von jeher³⁵ und auch nach dem geltenden Recht (§ 2 Abs. 1 TVG) die Tariffähigkeit zustehe.³⁶

Durch eine solche Ausdehnung der Tariffähigkeit auf der Arbeitgeberseite wolle das Gesetz es den Koalitionen der Arbeitnehmer erleichtern, einen Tarifpartner zu finden und mit ihm durch den Abschluss eines Tarifvertrags die Arbeitsbedingungen zu regeln. Die Ausdehnung

³² Dazu *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht II, § 81 Rn. 97.

³³ *Peter*, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, § 2 Rn. 123 ff.; *Wöhner*, Innungen und Innungsverbände als Tarifvertragsparteien, 60 ff. jeweils mw.N.

³⁴ BVerfG 19.10.1966 – 1 BvL 24/65, AuR 1967, 30 = BVerfGE 20, 312 ff.

³⁵ Siehe bereits § 1 Abs. 1 S. 1 der Verordnung über Tarifverträge, Arbeiter- und Angestelltenausschüsse und Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten v. 23.12.1918 - RGBl. S. 1456.

³⁶ BVerfG 19.10.1966 – 1 BvL 24/65, BVerfGE 20, 312, 318.

begünstige also unmittelbar den Abschluss von Tarifverträgen und damit mittelbar auch die Realisierung der Koalitionsfreiheit.³⁷

Die Verleihung der Tariffähigkeit an die Innungen und die Innungsverbände sei vor diesem Hintergrund geeignet, der Tarifautonomie zu dienen. Erfahrungsgemäß gelinge es schwer, die zahlreichen kleinen Handwerker mit nur einem oder wenigen Arbeitnehmern zum Beitritt zu einem besonderen Arbeitgeberverband zu bewegen. Da dann ein den Gewerkschaften gegenüberstehender umfassender Tarifpartner nicht vorhanden wäre, würden die Ordnung der Arbeitsbedingungen und die Befriedung des Arbeitslebens im Bereich des Handwerks unvollständig bleiben. Einer Innung beizutreten, sei dagegen auch der kleine Handwerker wegen der damit verbundenen sonstigen Vorteile, insbesondere der beruflichen Förderung, eher geneigt. Die Ausdehnung der Tariffähigkeit auf die Innungen und Innungsverbände begünstige also das Zustandekommen einer umfassenden tariflichen Ordnung.³⁸

Auch die Gewerkschaften haben dadurch, dass sie in der Praxis die Innungen und Innungsverbände als geeignete Tarifpartner angesehen haben, zum Ausdruck gebracht, dass die zur Prüfung gestellte Regelung jedenfalls mit ihrer eigenen Koalitionsfreiheit nicht in Widerspruch steht.

Schließlich widerlege die gesellschaftliche Wirklichkeit die Ansicht, die Tariffähigkeit der Innungen sei mit der Koalitionsfreiheit unvereinbar. Die Innungen seien in der Zeit bis 1933, obgleich sie Zwangscharakter hatten, als tariffähig angesehen worden und betätigen sich seit 1953 wiederum als Tarifvertragsparteien; dadurch sei die den Koalitionen obliegende Aufgabe der Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens nie behindert worden.³⁹

Die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts macht deutlich, dass die Tariffähigkeit der Handwerksinnungen weder aus Art. 9 Abs. 3 GG folgt, noch aus § 2 Abs. 1 TVG, sondern konstitutiv aus § 54 Abs. 3 Nr. 1 HwO.

b) Gründe für die Regelung der Tariffähigkeit der Innungen

Allerdings kann der Gesetzgeber eine solche Regelung nicht beliebig treffen. Vielmehr müssen die Organisationen, denen die Tariffähigkeit jenseits des originären Anwendungsbereichs von Art. 9 Abs. 3 GG und § 2 TVG verliehen wird, dafür geeignet sein und es müssen gewisse verfassungsrechtliche Grenzen eingehalten werden. Beide Orientierungen finden sich in der thematisch einschlägigen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.

Die Koalitionsfreiheit ist nach Ansicht des Gerichts nur dann sinnvoll, wenn die Rechtsordnung den Koalitionen auch die Erreichung ihres in Art. 9 Abs. 3 GG bezeichneten Zweckes,

³⁷ BVerfG 19.10.1966 – 1 BvL 24/65, BVerfGE 20, 312, 318.

³⁸ BVerfG 19.10.1966 – 1 BvL 24/65, BVerfGE 20, 312, 318.

³⁹ BVerfG 19.10.1966 – 1 BvL 24/65, BVerfGE 20, 312, 318.

nämlich die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder zu wahren und zu fördern, gewährleistet. Es muss also die praktische Möglichkeit geben, diesen Zweck durch spezifische koalitionsgemäße Betätigung, also durch Tarifverträge, zu verwirklichen.⁴⁰ Daher sei es dem Gesetzgeber verwehrt, die Tariffähigkeit der Koalitionen dadurch auszuhöhlen, dass er die ihnen vom Grundgesetz zugesprochenen Aufgaben andersartigen Zusammenschlüssen zuweist. Diese Grenze werde durch die Verleihung der Tariffähigkeit an die Innungen jedoch noch nicht überschritten. Denn rechtlich bleiben die Bildung und die Betätigung von Arbeitgeberverbänden im Bereich des Handwerks frei. Auch der einzelne Handwerker sei rechtlich auch auf Grund der negativen Koalitionsfreiheit nicht gehindert, der Innung fernzubleiben und sich einem Arbeitgeberverband anzuschließen.⁴¹

Auch die tatsächliche Wirkung, die die Tariffähigkeit der Innungen für sich allein auf die Möglichkeit der Bildung und Betätigung auch das Handwerk umfassender Arbeitgeberverbände ausübt, habe bei richtiger Würdigung der Gesamtheit der rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhänge nicht die Bedeutung, dass „im Bereich des Handwerks den Innungen ein Tarifmonopol gewährt“ werde. Die Tariffähigkeit bedeute lediglich eine rechtliche Möglichkeit, aber keinen rechtlichen Zwang zum Abschluss eines Tarifvertrages. Der Innung sei nicht etwa die Verpflichtung auferlegt, für ihren Handwerkszweig den Abschluss eines Tarifvertrages anzustreben.⁴²

Ob eine Innung von ihrer Tariffähigkeit durch den Abschluss von Tarifverträgen tatsächlich Gebrauch macht oder nicht, hänge – abgesehen von der Bereitschaft der zuständigen Gewerkschaft, mit der Innung und nicht mit einem etwaigen besonderen Arbeitgeberverband einen Tarifvertrag für die bei den Innungsmitgliedern beschäftigten Arbeitnehmer abzuschließen – allein von der Entschließung ihrer Organe, letztlich ihrer Mitglieder ab.⁴³

Vor diesem Hintergrund ist es auch verständlich, dass sich das Gericht mit den Auswirkungen der gesetzlich begründeten Tariffähigkeit der Innungen auf die Koalitionsfreiheit der Innungsmitglieder beschäftigt.

Die dazu getroffenen Feststellungen sind weiterhin gültig. Denn die Koalitionsfreiheit des einzelnen Handwerkers ist durch die Tariffähigkeit der Innungen weder rechtlich noch in einem ins Gewicht fallenden Umfange tatsächlich eingeengt. Der einzelne Handwerker ist weder rechtlich noch faktisch gezwungen, der Innung beizutreten oder in ihr zu verbleiben (§ 52 Abs. 1 S. 1 HwO). Die Mitglieder der Innung, die den Abschluss eines Tarifvertrages durch die Innung für nicht wünschenswert erachten, behalten die Möglichkeit, einen besonderen

⁴⁰ Dazu bereits BVerfG 6.5.1964 – 1 BvR 79/62, NJW 1964, 1267 = BVerfGE 18, 26 ff.

⁴¹ BVerfG 19.10.1966 – 1 BvL 24/65, BVerfGE 20, 312, 319 f.

⁴² BVerfG 19.10.1966 – 1 BvL 24/65, BVerfGE 20, 312, 320.

⁴³ BVerfG 19.10.1966 – 1 BvL 24/65, BVerfGE 20, 312, 320.

Arbeitgeberverband zu bilden oder sich einem bestehenden anzuschließen und durch ihn einen Tarifvertrag abzuschließen.

Ein besonders markantes Beispiel für die Etablierung einer parallelen Organisationsstruktur findet sich bei der Tarifgemeinschaft des hessischen Kraftfahrzeuggewerbes e.V. Dort ist in § 1 Abs. 4 der Satzung vorgesehen, dass „der Verein bei der Verfolgung seiner satzungsgemäßen Ziele die Interessen des Landesverbands Hessen des Kraftfahrzeuggewerbes (Landesinnungsverband des Kraftfahrzeughandwerks) zu berücksichtigen und sich mit den zuständigen Gremien des genannten Verbandes abzustimmen [hat], ohne jedoch an die Willensbindung des Verbandes gebunden zu sein.“ Zudem kann nach § 2 Abs. 2 der Satzung ordentliches Mitglied nur werden, wer „Mitglied einer Kfz-Mitgliedsinnung des Landesverbandes Hessen des Kfz-Gewerbes (LIV) oder Mitglied des Landesverbandes des Kfz-Gewerbes Hessen e.V. ist“. Dadurch wird eine enge personelle und „politische“ Bindung der Tarifgemeinschaft an den Landesinnungsverband und seine Mitglieder erzeugt.⁴⁴

Für einen Abschluss von Tarifverträgen durch die Innung bzw. den Landesinnungsverband bleibt bei einem solchen Modell in der Praxis kein Raum mehr.

Das Bundesverfassungsgericht hat aber auch nicht verkannt, dass die Tariffähigkeit der Innungen auf die Koalitionsfreiheit des einzelnen Handwerkers einwirkt. Die Tariffähigkeit der Innungen habe für den einzelnen Handwerker die Bedeutung, dass seine Zugehörigkeit zu einem tariffähigen Zusammenschluss aufs engste verbunden ist mit der Teilnahme an den allgemeinen öffentlichen Aufgaben der Innung, insbesondere auch an der Förderung der gemeinsamen beruflichen Interessen. Der einzelne Handwerker, der sich der Tariffmacht der Innung entziehe, etwa einem besonderen Arbeitgeberverband beitrete oder überhaupt nicht sozialpolitisch organisiert sein wolle, müsse zugleich auf die allgemeinen, durch die Handwerksordnung gewährten Vorteile der Zugehörigkeit zur Innung verzichten. Diese in der Handwerksordnung angelegte Koppelung der Zugehörigkeit zu einem tariffähigen Verband mit den Vorteilen einer öffentlich-rechtlichen Berufsorganisation könne für den einzelnen Handwerker einen gewissen Druck bedeuten, die Tariffmacht der Innung anzunehmen und von dem Beitritt zu einer besonderen Arbeitgeberorganisation abzusehen. Dies dürfe jedoch nicht überbewertet werden. Auch sonst seien der Freiheit des Einzelnen, einen Arbeitgeberverband zu bilden oder ihm beizutreten, enge Grenzen gesetzt. Anders als auf Arbeitnehmerseite kenne die Rechtswirklichkeit von jeher in der Regel für den einzelnen Wirtschaftszweig nicht mehrere, auf abweichenden sozialpolitischen oder weltanschaulichen Auffassungen beruhende Arbeitgeberverbände, die miteinander in einem gewissen Wettbewerb stehen, sondern nur einen Arbeitgeberverband. Der einzelne Arbeitgeber, der an dem sozialpolitischen Leben teilnehmen will, habe also in der Regel nur die eine praktische Möglichkeit,

⁴⁴ Eine abschließende rechtliche Würdigung dieser, die Vorgaben des Bundesverwaltungsrechts umgehenden, Rechtsgestaltung kann an dieser Stelle nicht vorgenommen werden.

sich diesem einen Arbeitgeberverband anzuschließen und sich dem Willen der Mehrheit seiner Berufsgenossen unterzuordnen. Eine echte Möglichkeit, mit anderen Arbeitgebern einen konkurrierenden Arbeitgeberverband, etwa der Minderheit, zu bilden, bestehe daher kaum.⁴⁵

Das Bundesverfassungsgericht lässt damit zu, dass der Gesetzgeber zur Förderung des Tarifvertragswesens in Gestalt der Innungen bzw. Landesinnungsverbände eine organisatorisch privilegierte Tarifpartei schafft und sieht darin so lange keinen unzulässigen Eingriff in die Koalitionsfreiheit, wie es nicht ausgeschlossen ist, konkurrierende Arbeitgeberverbände zu schaffen. Dabei spielt die Freiwilligkeit der Innungsmitgliedschaft⁴⁶ eine tragende Rolle. Durch sie bleibt jederzeit und ohne erhebliche Hürde die Möglichkeit der Gründung oder Mitgliedschaft in einem anderen Arbeitgeberverband⁴⁷ sowie der Abschluss von Tarifverträgen nur für den eigenen Betrieb eröffnet, so dass eine Beeinträchtigung der positiven Koalitionsfreiheit nicht ersichtlich ist.

III. Reichweite und Rechtfertigung von Förder- und Schutzmaßnahmen

Das Bundesverfassungsgericht betont in seiner Rechtsprechung, dass dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Art. 9 Abs. 3 GG ein weiter Gestaltungsspielraum zukommt. In der aktuellen Entscheidung zur Tarifeinheit betont das Bundesverfassungsgericht erneut, dass der Gesetzgeber bei der Regelung der Strukturbedingungen der Tarifautonomie über eine Einschätzungsprärogative und einen weiten Handlungsspielraum verfügt. Das Grundgesetz schreibe ihm nicht vor, wie Grundrechtspositionen im Einzelnen abzugrenzen sind. Es verlange auch keine Optimierung der Kampfbedingungen. Grundsätzlich sei es den Tarifvertragsparteien selbst überlassen, ihr Handeln den sich wandelnden Umständen anzupassen, um ausgewogene Tarifabschlüsse zu erzielen. Doch sei der Gesetzgeber auch nicht gehindert, die Rahmenbedingungen der Tarifautonomie zu ändern, sei es aus Gründen des Gemeinwohls, sei es, um gestörte Paritäten wieder herzustellen, sei es zur Sicherung eines fairen Ausgleichs auf nur einer Seite der sich gegenüberstehenden Koalitionen.⁴⁸

Auch wenn sich die angeführten Beispiele auf den Gebrauch der Tarifautonomie beziehen, kann aus systematischen Gründen für die Sicherung der Rahmenbedingungen jedenfalls kein strengerer Maßstab angelegt werden.

⁴⁵ BVerfG 19.10.1966 – 1 BvL 24/65, BVerfGE 20, 312, 321 f.

⁴⁶ Zum verfassungsrechtlichen Rahmen im Falle der Einführung einer Pflichtmitgliedschaft in den Innungen näher *Detterbeck/Will*, Die Handwerksinnungen in der staatlichen dualen Ordnung des Handwerks, 62 ff.

⁴⁷ In Betracht kommen vor allem die in den meisten Handwerksbereichen bestehenden privatrechtlichen Fachverbände.

⁴⁸ BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/ 15, NZA 2017, 915, 918, Rn. 149.

In seiner frühen Entscheidung zur gesetzlichen Begründung der Tariffähigkeit der Innungen hat sich das Bundesverfassungsgericht nur mit den Auswirkungen dieser Regelung auf die „echten“ Tarifparteien auf der Arbeitgeberseite beschäftigt, weil nur dazu Anlass bestand.

Allerdings hat das Gericht auch die Interessenlage der Gewerkschaften in seine Überlegungen einbezogen, wenn es darauf hinweist, dass die Verleihung der Tariffähigkeit an die Innungen und die Innungsverbände geeignet ist, der Tarifautonomie zu dienen. Erfahrungsgemäß gelinge es schwer, die zahlreichen kleinen Handwerker mit nur einem oder wenigen Arbeitnehmern zum Beitritt zu einem besonderen Arbeitgeberverband zu bewegen. Da dann ein den Gewerkschaften entsprechender umfassender Tarifpartner nicht vorhanden wäre, würden die Ordnung der Arbeitsbedingungen und die Befriedung des Arbeitslebens im Bereich des Handwerks unvollständig bleiben. Die Ausdehnung der Tariffähigkeit auf die Innungen und Innungsverbände begünstige also das Zustandekommen einer umfassenden tariflichen Ordnung. Auch die Gewerkschaften hätten dadurch, dass sie in der Praxis die Innungen und Innungsverbände als geeignete Tarifpartner angesehen hätten, zum Ausdruck gebracht, dass die zur Prüfung gestellte Regelung jedenfalls mit ihrer eigenen Koalitionsfreiheit nicht in Widerspruch stehe.⁴⁹ Daran hat sich nichts geändert.

Daran wird deutlich, dass die gesetzgeberische Maßnahme sich in legitimer Weise daran orientieren durfte, die strukturellen Voraussetzungen für den Abschluss von Tarifverträgen zu fördern.

Fragt man vor diesem Hintergrund nach den Grenzen einer entsprechenden gesetzlichen Regelung, so wird vor allem deutlich, dass durch sie alternative Verhaltensweisen mit Bezug auf die Ausübung der Tarifautonomie nicht behindert werden dürfen. Das bedeutet konkret, dass die Gründung und Mitgliedschaft in anderen Arbeitgeberverbänden ebenso wie die Weigerung, Tarifverträge abzuschließen, als solche für jeden einzelnen Betrieb erhalten bleiben muss. Das ist aber bereits deshalb gewährleistet, weil die Mitgliedschaft in den Innungen freiwillig ist.

IV. Zwischenergebnis

Die Förderung des Tarifvertragswesens und der strukturellen Rahmenbedingungen für den Abschluss von Tarifverträgen ist somit als legitimes Anliegen und Ziel gesetzgeberischer Maßnahmen anerkannt. Dazu sind auch Maßnahmen möglich, die sich auf den Bereich der Berufsorganisation der Arbeitgeberseite beziehen, namentlich das Innungswesen.

⁴⁹ BVerfG 19.10.1966 – 1 BvL 24/65, BVerfGE 20, 312, 318 f.

Festzuhalten ist weiter, dass der Gesetzgeber besonders dann zum Handeln verpflichtet sein kann, wenn Funktionsstörungen erkennbar werden. Diese Handlungspflicht ist nicht nur auf die Bereiche zu beziehen, in denen Tarifverträge abgeschlossen werden, sondern bezieht auch die Bereiche ein, in denen es an einem aktiven Tarifgeschehen fehlt.

Ihre verfassungsrechtliche Grenze finden entsprechende gesetzgeberische Maßnahmen insbesondere darin, dass es den einzelnen Arbeitgebern ohne große Hürde möglich sein muss, von ihrer Tarifautonomie anderweitig Gebrauch zu machen, also einem anderen Verband beizutreten oder keinem Tarifverträge abschließenden Verband anzugehören. Beides ist durch die freiwillige Mitgliedschaft in den Innungen grundsätzlich gewährleistet.

C. Die Strategie der Innungen und Innungsverbände zur Vermeidung von Tarifbindungen und die dazu ergangene Rechtsprechung

I. Die Einrichtung von OT-Mitgliedschaften und die Reaktion des Bundesverwaltungsgerichts

1. Die Etablierung von OT-Mitgliedschaften durch Innungen

a) Die Entwicklung der OT-Mitgliedschaft außerhalb des Handwerksbereichs

Die *praktische Bedeutung* des Tarifvertragsrechts hat in Deutschland in den letzten Jahren nachgelassen. Das zeigt eine überschlägige Betrachtung der faktischen Bedeutung der Tarifverträge für die Arbeitsbedingungen in den Unternehmen.

Bezogen auf den Zeitraum seit 1996⁵⁰ ist für Deutschland ein stetiger Rückgang der Zahl der Tarifverträge und ihrer sachlichen Reichweite in Verbindung mit der Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) nach § 5 TVG zu verzeichnen.⁵¹

Hinsichtlich der Beschäftigten hat sich der prozentuale Anteil der Tarifbindung auf Grund von Flächentarifverträgen in Westdeutschland von 70 Prozent im Jahr 1996 auf 51 Prozent im Jahr 2015 reduziert. Für die neuen Bundesländer ist im gleichen Zeitraum ein Rückgang von 56 Prozent auf 37 Prozent zu verzeichnen.⁵²

Eine vergleichbare Entwicklung ist bei der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen bezogen auf den Zeitraum 1991 bis 2010 zu verzeichnen. Waren es 1991 noch 408 Tarifverträge und damit 5,4 Prozent aller abgeschlossenen Tarifverträge, die für allgemeinverbindlich erklärt wurden, so sind dies im Jahr 2010 nur noch 235 und damit 1,5 Prozent gewesen.⁵³ Die mögliche Veränderung dieser Entwicklung durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz ist statistisch noch nicht erfassbar.

⁵⁰ Das Bezugsjahr wurde gewählt, weil sich die ausgewerteten Untersuchungen darauf beziehen.

⁵¹ Siehe dazu auch *Lakies*, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, § 5 Rn. 24 ff. mit einer Auflistung der Zahl der allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge.

⁵² *Möller/Walwei*, Arbeitsmarkt kompakt, IAB 363, 2017, 78. Siehe zu früheren Entwicklungen *Bispinck/Schulten*, Das Tarifsysteem stabilisieren – wie soll das gehen?, 27, 28.

⁵³ *Bispinck/Schulten*, Das Tarifsysteem stabilisieren – wie soll das gehen?, 27.

Die schrumpfende Bedeutung der Flächentarifverträge ging einher mit einem Mitglieder-schwund sowohl bei den Gewerkschaften als auch bei den Arbeitgeberverbänden, wobei sich letzterer nicht auf den Abschluss von Firmentarifverträgen auswirkte.⁵⁴

Wie ein internationaler Vergleich⁵⁵ zeigt, stehen der Organisationsgrad und die Zahl und Bedeutung der Tarifverträge nicht in einer direkten Wechselwirkung. So lässt sich feststellen, dass auch in Ländern mit einem vergleichbaren oder noch geringeren gewerkschaftlichen Organisationsgrad die Bedeutung der Tarifverträge deutlich höher ist. Das gilt namentlich für Österreich (28 Prozent gewerkschaftlicher Organisationsgrad und 99 Prozent Tarifbindung), Frankreich (8 Prozent gewerkschaftlicher Organisationsgrad und 90 Prozent Tarifbindung) und die Niederlande (19 Prozent gewerkschaftlicher Organisationsgrad und 82 Prozent Tarifbindung). Eine hohe gewerkschaftliche Organisation geht in Schweden und Finnland mit einer hohen Tarifvertragsbindung einher (69 und 91 Prozent bzw. 70 und 90 Prozent). Großbritannien weist schließlich trotz eines höheren gewerkschaftlichen Organisationsgrades als Deutschland (28 Prozent) mit nur 33 Prozent eine deutlich niedrigere Tarifbindung auf.

Forscht man nach den Ursachen, so zeigt sich, dass vor allem dort, wo bei einem vergleichsweise geringen gewerkschaftlichen Organisationsgrad die Tarifbindung sehr hoch ist, andere Faktoren einen dominanten Einfluss ausüben. Es handelt sich dabei um einen z.T. sehr hohen Organisationsgrad der Arbeitgeber (so u.a. in Österreich), vor allem aber um staatliche Einflussnahme in Gestalt der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen (so etwa die Situation in Belgien, Finnland, Frankreich und den Niederlanden).⁵⁶

Diese Beispiele machen deutlich, dass die Bedeutung des Tarifvertragsrechts für die Wirtschafts- und Sozialordnung, namentlich die Löhne und die weiteren Beschäftigungsbedingungen, maßgeblich auch von rechtlichen Rahmenbedingungen abhängt, auf die die Tarifparteien selbst nur indirekt Einfluss nehmen können.

Eine zurückgehende Geltungsweite und Bedeutung des Tarifvertragsrechts hat Folgen für Arbeitnehmer und deren Verbände einerseits sowie für den Staat andererseits.

Für die Arbeitnehmer bedeutet die Geltung von Tarifvertragsrecht in aller Regel, dass sie in Bezug auf die Entlohnung und die übrigen Beschäftigungsbedingungen bessergestellt sind. Das ist zwar keine zwingende, aber eine in aller Regel zutreffende Beschreibung, da der Flucht aus dem Tarifvertrag, wie er in Deutschland in den letzten Jahrzehnten zu beobachten ist, vor allem mit den damit verbundenen höheren Kosten begründet wird.

Als damit verbundene „Vorteile“ werden in der Regel die höhere internationale Wettbewerbsfähigkeit sowie als Folge davon der Erhalt von inländischen Arbeitsplätzen angeführt. Unab-

⁵⁴ Zum „Krisenszenario“ (am Beispiel der Bauwirtschaft) *Dieterich*, NZA-Beil. 2011, 84 ff.

⁵⁵ *Bispinck/Schulten*, Das Tarifsysteem stabilisieren – wie soll das gehen?, 27, 28.

⁵⁶ *Bispinck/Schulten*, Das Tarifsysteem stabilisieren – wie soll das gehen?, 27, 29.

hängig davon, ob dies grundsätzlich oder in Einzelfällen zutrifft, ist aber darüber hinaus zu beachten, dass in einer solchen weitgehend tariffreien Arbeitsmarktsituation die Anforderungen an den Staat bzw. Gesetzgeber, „gerechte“ Arbeitsbedingungen zu gewährleisten, zu nehmen. Der „Verzicht“ auf kollektive Selbstregulierung verstärkt damit den Ruf nach staatlicher Korrektur und Normsetzung; ist also in systemische Zusammenhänge eingebunden.

b) Die OT-Mitgliedschaft als Kompromiss zwischen Verbandsmitgliedschaft und Tarifflicht

Für die Arbeitgeberverbände⁵⁷ ist der Rückgang der Bedeutung von Tarifverträgen auch mit einer Funktionsminderung verbunden, gehört doch die Rolle des Tarifpartners zusammen mit der Interessenvertretung und Mitgliederberatung zu den Kernaufgaben dieser Verbände.⁵⁸ Um die ökonomischen und politischen Folgen einer Abwanderung von Mitgliedern mit dem Ziel, einer Bindung an die vom Verband abgeschlossenen Tarifverträge zu entgehen, abzumildern bzw. abzuwenden, haben viele Verbände deshalb das Modell einer geteilten oder gestuften Mitgliedschaft eingeführt.

Das Bundesverfassungsgericht hat diese Vorgehensweise in einem thematisch einschlägigen Kammerbeschluss vom 1.12.2010⁵⁹ bezogen auf den zugrunde liegenden typischen Fall anschaulich folgendermaßen umschrieben:

„Der Arbeitgeberverband R... (im Folgenden: Arbeitgeberverband) schuf 1999 in seiner Satzung die Möglichkeit einer OT-Mitgliedschaft. Er richtete sogenannte Fachgruppen ein. Die Mitglieder des Verbands, die sich nicht einer der Fachgruppen anschlossen, sollten nicht an Verbandstarifverträge gebunden sein. Der Zweck der Fachgruppen sollte sein, die Arbeitsbedingungen in den angeschlossenen Betrieben durch Abschluss von Tarifverträgen zu regeln. Über Fragen der Tarifpolitik sollte der Tarifbeirat der jeweiligen Fachgruppe entscheiden. Außerdem regelte die Satzung einen sogenannten Unterstützungsfonds, der dazu diente, die Verbandsmitglieder in die Lage zu versetzen, Arbeitsstreitigkeiten im Interesse des im Verband zusammengeschlossenen Berufsstands durchzuführen. Die Beschwerdeführerin, ein Maschinenbauunternehmen mit über 100 Mitarbeitern, gehörte der Fachgruppe Metall an. Diese Fachgruppe ist Mitglied des Verbands der Metall- und Elektroindustrie Nordrhein-Westfalen e.V. (im Folgenden: Gesamtverband Metall NRW), der als Dachverband Tarifverträge für seine Mitglieder abschließt.

⁵⁷ Wenn im Folgenden von Arbeitgeberverbänden gesprochen wird, sind grundsätzlich nur die privaten Verbände gemeint und nicht die Kammern, insbesondere nicht die Industrie- und Handelskammern sowie die Handwerkskammern. Die Handwerksinnungen werden jeweils als solche bezeichnet und ebenfalls nicht pauschal unter den Begriff des Arbeitgeberverbandes subsumiert.

⁵⁸ Zu Stellung und Aufgaben der Verbände näher *Horn*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. III, § 41 Rn. 24 ff.

⁵⁹ BVerfG(K), 1.12.2010 – 1 BvR 2593/09, NZA 2011, 60 f.

Die Beschwerdeführerin kündigte ihre Mitgliedschaft in der Fachgruppe Metall des Arbeitgeberverbands zum 30. Juni 2005 und wurde im Verband fortan als OT-Mitglied geführt. Am 16. Dezember 2005 vereinbarte sie mit dem Kläger des Ausgangsverfahrens (im Folgenden: Kläger), der seit 1991 bei ihr beschäftigt ist, eine Erhöhung der wöchentlichen Arbeitszeit auf 40 Stunden ohne Lohnausgleich. Der Kläger trat später der Industriegewerkschaft Metall (IG Metall) bei und verlangte von der Beschwerdeführerin eine Abrechnung des Arbeitsverhältnisses auf der Grundlage von Tarifverträgen, die die IG Metall in den Jahren 2001 und 2004 mit dem Gesamtverband Metall NRW geschlossen hatte. Er klagte auf Bezahlung von 129 Arbeitsstunden, die sich aus der Differenz zwischen der im Manteltarifvertrag geregelten 35-Stunden-Woche und der einzelvertraglich vereinbarten 40-Stunden-Woche im Zeitraum November 2006 bis April 2007 ergaben.⁶⁰

Verfolgt wird demnach eine Strategie, bei der die „tarifwilligen“ Mitglieder, die auch als Vollmitglieder bezeichnet werden, zusätzliche Funktionen im Verband wahrnehmen, von denen die übrigen, sogenannten OT-Mitglieder, ausgeschlossen sind. Dadurch kann der Verband eine Abwanderung von Mitgliedern, die eine Tarifbindung nicht (mehr) wünschen, verhindern, ohne seine Rolle als Tarifpartei vollständig aufgeben zu müssen.⁶¹

c) Die Anforderungen der Rechtsprechung an die rechtliche Ausgestaltung einer OT-Mitgliedschaft

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat diese Vorgehensweise in einer Grundsatzentscheidung grundsätzlich gebilligt⁶², jedoch an eine Reihe von Anforderungen geknüpft, die das Bundesverfassungsgericht in dem bereits zitierten Kammerbeschluss gebilligt hat.

Verlangt wird von der Rechtsprechung für die Einrichtung einer OT-Mitgliedschaft eine strikte und transparente Trennung von Einfluss und Betroffenheit für den Bereich der Tarifbindung und den Bereich derjenigen Mitglieder, die eine solche Tarifbindung ausschließen. Es muss gewährleistet sein, dass kein Mitglied, das eine Tarifbindung ausschließt, auf Beschlussfassungen und Maßnahmen einwirken kann, die den Bereich der Tarifbindung betreffen, sich also auf alle Maßnahmen im Zusammenhang mit dem Abschluss und der Durchführung eines Tarifvertrags beziehen, Arbeitskämpfmaßnahmen eingeschlossen.⁶³

⁶⁰ BVerfG, a.a.O.

⁶¹ Zu Einzelheiten der Zielsetzung und Gestaltung *Otto*, NZA 1996, 624 ff.

⁶² Grundsatzurteil: BAG 18.07.2006 – 1 ABR 36/05, NZA 2006, 1225 ff.

⁶³ Zusammenfassend und zu weiteren Entscheidungen des BAG *Peter*, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, § 2 Rn. 141 ff.

d) Übernahme des Modells durch Innungen und Innungsverbände

Das Handwerk gehört mit seiner mittelständischen und klein(st)unternehmerischen Struktur zu den Bereichen des Wirtschafts- und Arbeitslebens, das durch eine eher geringe Tarifbindung geprägt ist.⁶⁴

Die wirtschaftliche Lage des sehr weiten Spektrums der einzelnen Handwerkszweige ist sehr unübersichtlich. Neben hochpreisigen Bereichen mit einem ebenfalls hohen Lohnniveau sind andere Bereiche, wie z.B. das Friseurhandwerk oder die Gebäudereinigung, durch eher niedrige Lohnniveaus gekennzeichnet. Daraus wurde z.T. durch den Erlass von Mindestlohn-tarifverträgen⁶⁵ und die Einbeziehung in das Entsendegesetz reagiert.

Ein Jahr nach dem Inkrafttreten der Handwerksordnung am 01.01.1953 betrug die Zahl der Handwerksinnungen in Westdeutschland einschließlich West-Berlins 9.715.⁶⁶ Vor der Wiedervereinigung im Jahr 1989 betrug die Zahl der Innungen noch 6.117.⁶⁷ Derzeit gibt es im wiedervereinigten Deutschland noch ca. 5.000 Handwerksinnungen.⁶⁸ Hinzu kommen die Landesinnungsverbände und Bundesinnungsverbände.

Neben diesem deutlichen Rückgang der Innungen als solcher ist in vielen, wenn auch nicht allen Bereichen, zudem ein deutlicher Rückgang des Organisationsgrades und der Mitgliederzahlen zu verzeichnen⁶⁹ gewesen mit der Folge, dass die für die Aufsicht über die Handwerksinnungen gem. § 75 HwO zuständigen Handwerkskammern vielfach Auflösungen nach § 76 HwO vornehmen mussten.

Der Überlebenskampf vieler Innungen hat unter anderem zu der Überlegung geführt, die (freiwillige) „Doppelmitgliedschaft“ in Handwerkskammern und Innungen durch einen Beitragsbonus auf den Handwerkskammerbeitrag für Innungsmitglieder attraktiver zu machen.⁷⁰ Das Bundesverwaltungsgericht hat indes festgestellt, dass ein solcher Bonus mit dem geltenden Recht nicht zu vereinbaren ist.⁷¹

Diese Entwicklung lässt erkennen, dass der Fortbestand von Innungen in vielen Handwerks-sparten und Regionen gefährdet ist und die Innungen deshalb auch nach Modellen suchen, die sie für eine Mitgliedschaft attraktiver machen.

⁶⁴ *Bispinck/Schulten*, Das Tarifsystern stabilisieren – wie soll das gehen?, 27, 28.

⁶⁵ Zu diesem Bereich *Kluth*, *GewArch* 2009, 329 ff.

⁶⁶ *Statistisches Bundesamt*, Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 1954, 133.

⁶⁷ *Will*, *Selbstverwaltung der Wirtschaft*, 2010, 633.

⁶⁸ *Will*, a.a.O.

⁶⁹ Einen hohen Organisationsgrad weisen nach wie vor die Gesundheitshandwerke und der Bereich der Gebäudereinigung auf. Besonders schwierig ist die Lage dort, wo sich der Tätigkeitsbereich auf Grund von technischen Entwicklungen erheblich verändert hat.

⁷⁰ Für die Zulässigkeit *Detterbeck*, *GewArch* 2005, 271 ff. Ablehnend: *Badura/Kormann*, *GewArch* 2005, 99 ff.; *Kluth*, *GewArch* 2008, 377 ff.

⁷¹ BVerwG 26.4.2006 – 6 C 19/05, *GewArch* 2006, 341 ff.

Vor diesem Hintergrund hat sich auch bei den Handwerksinnungen punktuell ein Interesse herausgebildet, das bei den Arbeitgeberverbänden praktizierte und vom BAG grundsätzlich gebilligte Modell einer OT-Mitgliedschaft einzuführen. Angesichts der Flucht vieler Handwerksbetriebe aus der Tarifbindung könnte auf diese Weise ein Weg eröffnet werden, das Interesse auch jener Betriebe an einer Innungsmitgliedschaft zu erhöhen oder neu zu beleben, die eine Tarifbindung vermeiden wollen bzw. ablehnen.

Da es sich bei den Handwerksinnungen nicht um „normale“ Arbeitgeberverbände handelt, sondern um gesetzlich in Bezug auf Organisation und Aufgaben erheblich vorstrukturierte (Personal-) Körperschaften des öffentlichen Rechts, ist eine unvermittelte Übernahme des Modells der OT-Mitgliedschaft, wie sie bei den Arbeitgeberverbänden praktiziert wird, nicht möglich.

Ob die Adaption des Modells überhaupt möglich ist, war in den vergangenen Jahren Gegenstand der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung.

2. *Entwicklung der Rechtsprechung der Instanzgerichte*

a) VG Braunschweig

Mit einem entsprechenden Versuch einer Innung, durch eine an der Rechtsprechung des BAG orientierten Satzungsänderung eine OT-Mitgliedschaft einzuführen, hatte sich nach der Ablehnung der Genehmigung dieser Satzungsänderung durch die zuständige Handwerkskammer das Verwaltungsgericht Braunschweig zu befassen. Es kommt in seinem Urteil vom 17.03.2010 zu dem Ergebnis, dass die Handwerksordnung eine solche Modifikation der Innungsmitgliedschaft nicht zulässt und dass dies auch mit der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG vereinbar ist.

Die Tariffähigkeit der Innungen hat für den einzelnen Handwerker nach Ansicht des Gerichts zur Folge, dass seine Zugehörigkeit zu einem tariffähigen Zusammenschluss aufs engste mit der Teilnahme an den allgemeinen öffentlichen Aufgaben der Innung, insbesondere auch an der Förderung der gemeinsamen beruflichen Interessen, verbunden ist. Der Tarifbindung könne sich der einzelne Handwerker nur durch einen Austritt aus der Innung entziehen. Diese in der Handwerksordnung angelegte Koppelung der Zugehörigkeit zu einem tariffähigen Verband mit den Vorteilen einer öffentlich-rechtlichen Berufsorganisation habe das Bundesverfassungsgericht nicht beanstandet. Der hierdurch für den einzelnen Handwerker entstehende Druck, seiner Innung beizutreten, beeinträchtigt diesen nicht in verfassungswidriger Weise in seiner negativen Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG. Der einzelne Handwerker, der sich der Tariffmacht der Innung entziehen wolle, müsse zwar zugleich auf die allgemeinen, durch die Handwerksordnung gewährten Vorteile der Zugehörigkeit zur Innung verzichten. Dies dürfe jedoch nicht überbewertet werden. Auch ansonsten seien der Freiheit des

Einzelnen, einen Arbeitgeberverband zu bilden oder ihm beizutreten, enge Grenzen gesetzt. Anders als auf Arbeitnehmerseite kenne die Rechtswirklichkeit von jeher in der Regel für den einzelnen Wirtschaftszweig nicht mehrere, auf abweichenden sozialpolitischen oder weltanschaulichen Auffassungen beruhende Arbeitgeberverbände, die miteinander in einem gewissen Wettbewerb stünden, sondern nur einen Arbeitgeberverband. Der einzelne Arbeitgeber, der an dem sozialpolitischen Leben teilnehmen wolle, habe also in der Regel nur die eine praktische Möglichkeit, sich diesem einen Arbeitgeberverband anzuschließen und sich dem Willen der Mehrheit seiner Berufsgenossen unterzuordnen. Daran hat sich bis heute nichts geändert. Das Gericht hält die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts deshalb auch zum Zeitpunkt seiner Entscheidung für zutreffend und schließt sich ihr an.⁷²

Diese Entscheidung wurde unter anderem mit dem Argument kritisiert, dass die in Bezug genommene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts der heutigen Sichtweise nicht mehr entspreche und deshalb nicht tragfähig sei. Die Anforderungen an die Beachtung der negativen Koalitionsfreiheit seien inzwischen deutlich gestiegen, weshalb die mit der Auslegung des VG Braunschweig verbundenen Einschränkungen der satzungrechtlichen Gestaltungsfreiheit nicht zu überzeugen vermögen.

In einer weiteren zentralen Passage der Urteilsbegründung macht das Gericht deutlich, dass Innungen Körperschaften des öffentlichen Rechts (§ 53 HwO) und Teil der mittelbaren Staatsverwaltung sind und deshalb – auch bei der Wahrnehmung ihrer freiwilligen Aufgaben nach § 54 Abs. 2 und Abs. 3 HwO – der Rechtsaufsicht der Handwerkskammer unterliegen (§ 75 HwO). Hierdurch unterscheiden sie sich maßgeblich von den unabhängigen Arbeitgeberverbänden. Als Träger mittelbarer Staatsverwaltung seien sie grundsätzlich nicht grundrechtsfähig. Etwas anderes gelte nur bei der Wahrnehmung ihrer freiwilligen Aufgaben, wozu auch der Abschluss von Tarifverträgen nach § 54 Abs. 3 Nr. 1 HwO zählt. Bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben als Tarifpartner seien sie wie Koalitionen zu behandeln und könnten sich insoweit auch auf die in Art 9 Abs. 3 S. 1 GG geschützte Koalitionsfreiheit berufen.⁷³ Mit der beabsichtigten Satzungsänderung werde die Innung jedoch nicht in ihrer Eigenschaft als Tarifpartnerin tätig, sondern nimmt die ihr in § 55 HwO zugewiesene, öffentlich-rechtliche Aufgabe wahr, ihr Organisationsstatut innerhalb eines gesetzlich vorgegebenen Rahmens durch Satzung zu regeln. Ihre Satzungsautonomie leite sie dabei aus § 55 Abs. 1 HwO und nicht wie die Arbeitgeberverbände aus Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG ab. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Zulässigkeit von OT-Mitgliedschaften in Arbeitgeberverbänden könne deshalb nicht auf Handwerksinnungen übertragen werden.⁷⁴

⁷² VG Braunschweig 17.3.2010 – 1 A 272/08, GewArch 2010, 314 ff.

⁷³ BAG 06.05.2003 – 1 AZR 241/02, NZA 2004, 562 ff.

⁷⁴ VG Braunschweig 17.3.2010 – 1 A 272/08, GewArch 2010, 314 ff.; sowie 19.12.2013 – 1 A 58/13, GewArch 2014, 361 ff.

b) OVG Lüneburg

Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberverwaltungsgericht mit dem am 20.10.2014 berichtigten Urteil vom 25.09.2014 das erstinstanzliche Urteil geändert und die Beklagte zur Genehmigung der Satzungsänderung verpflichtet.⁷⁵ Die Satzungsbestimmungen hielten sich im Rahmen der gesetzlichen Regelungsermächtigung zur Ausgestaltung der Rechte und Pflichten der Mitglieder. Die Regelungen über die Voraussetzungen einer Vollmitgliedschaft sprächen nicht dagegen, eine Differenzierung zwischen Gruppen ordentlicher Mitglieder mit verschiedenen Rechten und Pflichten einzuführen. Es sei zulässig, die Willens- und Entscheidungsbildung über Tarifverträge und damit zusammenhängende Maßnahmen auf einen Ausschuss zu übertragen. Die Innung sei auch nicht verpflichtet, für alle ordentlichen Mitglieder der Tarifverträge abzuschließen.

3. Die klärende Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich in seiner Entscheidung vom 23.03.2016 im Ergebnis der Auffassung der Handwerkskammer angeschlossen und der Etablierung einer besonderen OT-Mitgliedschaft eine Absage erteilt. Dieses Ergebnis stützt das Gericht auf mehrere Gedankengänge: eine stärker organisationsrechtliche Argumentation und eine stärker aufgabenbezogene Argumentation, bei der auch Art. 9 Abs. 3 GG eine wichtige Rolle spielt.

a) Organisationsbezogene Argumente

Die Innungen sind als Körperschaften des Öffentlichen Rechts hinsichtlich ihrer Organe sowie der näheren Ausgestaltung der Binnenverfassung in besonderer Weise an die gesetzlichen Vorgaben gebunden. Deshalb kann eine Innung auch nicht beliebig neue „Substrukturen“ für die Wahrnehmung ihrer Aufgaben erzeugen. Das ist vor allem dann nicht möglich, wenn dies zugleich Auswirkungen auf die Rechtsstellung der Mitglieder hat.⁷⁶

Das Bundesverwaltungsgericht zieht daraus mehrere Schlüsse. Zwar dürfe die Innungsversammlung besondere Ausschüsse zur Vorbereitung einzelner Angelegenheiten einsetzen (§ 61 Abs. 2 Nr. 5 HwO) und darüber hinaus fakultative Ausschüsse zur Wahrnehmung, d.h. vollständigen Erledigung einzelner Angelegenheiten, bilden (§ 67 Abs. 1 HwO). Eine Übertragung einer gesetzlichen Aufgabe von nicht lediglich untergeordneter Bedeutung auf einen solchen Ausschuss überschreite jedoch den in § 67 Abs. 1 HwO gezogenen Rahmen einer "einzelnen Angelegenheit". Durch die Befugnis, zur Erledigung einzelner Angelegenheiten einen Ausschuss einzusetzen, solle die Innungsversammlung von Einzelfallentscheidungen

⁷⁵ OVG Lüneburg 25.09.2014 – 8 LC 23/14, GewArch 2015, 36 ff.

⁷⁶ Dazu näher *Kluth*, GewArch 2013, 377, 380 ff. Ob die Einführung von faktisch parallelen Strukturen zulässig ist, indem ohne Mitwirkung der Innung bzw. des Innungsverbandes weitgehend personenidentische Strukturen in einer Tarifgemeinschaft geschaffen werden, kann an dieser Stelle nicht abschließend beurteilt werden.

entlastet werden können, welche die Grundlinien der Aufgabenerfüllung der Innung nicht berühren und deshalb nicht die Mitwirkung aller Mitglieder erfordern. Die Innungsversammlung trage als Hauptorgan die wesentliche Verantwortung für die Wahrnehmung der Pflicht-, Soll- und Kann-Aufgaben der Innung. Die Zuständigkeit eines fakultativ eingerichteten Ausschusses müsse sich daher auf Einzelentscheidungen von untergeordneter Bedeutung gegenüber den Grundlinien der Innungstätigkeit beschränken.

Danach sei eine Verlagerung tarifpolitischer Entscheidungen im Ganzen auf einen Ausschuss, dem zudem nur bestimmte (nämlich tarifgebundene) Mitglieder angehören dürfen, nicht zulässig. Auch wenn die Innung nach § 54 Abs. 3 Nr. 1 HwO über den Gebrauch ihrer Tarifbefugnis disponieren dürfe, habe der Abschluss von Tarifverträgen nicht lediglich eine untergeordnete Bedeutung für die Innungsmitglieder. Das folge schon daraus, dass er die Innung im Außenverhältnis zum jeweiligen Tarifpartner rechtlich bindet. Die in der Handwerksordnung vorgesehene Organisation der Willensbildung in einer Innung schließe es somit aus, tarifpolitische Angelegenheiten insgesamt der Mitwirkung der Innungsmitglieder in der Innungsversammlung zu entziehen und lediglich einer bestimmten Gruppe von Vollmitgliedern vorzubehalten.

b) Aufgabenbezogene Argumentation

Das Gericht sieht zudem einen weiteren Rechtsverstoß, der sich auf die wahrgenommene Aufgabe und die insoweit maßgeblichen Vorgaben des Grundrechts aus Art. 9 Abs. 3 GG ergibt. Es fehle an einem ausreichenden Schutz der in Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie, weil die Satzung eine unmittelbare Einflussnahme tarifungebundener Mitglieder auf tarifpolitische Entscheidungen der Innung nicht vollständig ausschließe.

Nach der Satzung werde der unter anderem mit der Führung von Tarifverhandlungen betraute sozialpolitische Ausschuss von der Innungsversammlung errichtet. Damit seien auch die tarifungebundenen Innungsmitglieder in der Innungsversammlung an der Auswahl der drei Mitglieder beteiligt, aus denen der sozialpolitische Ausschuss bestehe. Im Hinblick auf die verfassungsrechtlich geschützte Tarifautonomie müssten jedoch die Befugnisse von Mitgliedern mit und solchen ohne Tarifgebundenheit klar und eindeutig voneinander getrennt werden. Jegliche, nach der Satzung auch nur möglichen, unmittelbaren Einflussnahmen von OT-Mitgliedern auf tarifpolitische Entscheidungen des Verbandes müssen ausgeschlossen werden, um einen Gleichlauf von Verantwortlichkeit und Betroffenheit hinsichtlich tarifpolitischer Entscheidungen zu gewährleisten.

Obwohl damit der rechtliche Gestaltungsrahmen höchstrichterlich geklärt ist, bedeutet das für die Praxis aber keineswegs, dass die zuletzt verfolgten Strategien damit hinfällig und die Rahmenbedingungen für den Abschluss von Tarifverträgen im Handwerk verbessert wären. Das ergibt sich aus den folgenden Beobachtungen und Überlegungen.

II. Neue Strategien

Wie *Rieble* in seinem kritischen Kommentar zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zutreffend bemerkt, beziehen sich die Ausführungen des Gerichts nicht auf die sogenannte zwei Verbände Lösung.⁷⁷ Es ist deshalb für die Innungen und Innungsverbände bzw. die Mitglieder weiterhin möglich, eine zweigleisige Strategie zu verfolgen, indem die Innungen darauf „verzichten“ mit Wirkung für ihre Mitglieder Tarifverträge abzuschließen („kann-Regelung“) und diejenigen in der Minderheit befindlichen Mitglieder, die Tarifverträge abschließen wollen, zu diesem Zweck einen eigenständigen Verband gründen.

De lege lata ist gegen eine solche Vorgehensweise nichts zu erinnern, denn die Gründung eines solchen Verbandes muss auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts möglich bleiben. Es besteht deshalb kaum eine gesetzgeberische Möglichkeit, an dieser Stelle einzuwirken.

Das gleiche gilt für die Umwandlung der „kann“-Aufgabe in eine pflichtige Aufgabe und zwar schon deshalb, weil der Abschluss von Tarifverträgen nicht in der alleinigen Einflussosphäre der Innungen und Innungsverbände liegt und auch in den zuständigen Organen eine Mehrheit nicht erzwungen werden kann.

Die Entwicklung in der Praxis ist allerdings auch durch Rechtsgestaltungen geprägt, bei denen die Mitgliedschaft in formal von der Innung unabhängigen Arbeitgeberverbänden die Mitgliedschaft in der Innung voraussetzt. Insoweit ist auf das bereits beschriebene⁷⁸ Vorgehen der Tarifgemeinschaft des hessischen Kraftfahrzeuggewerbes e.V. zu verweisen, bei dem ganz offen parallelisierte Strukturen ohne förmliche Mitwirkung des Landesinnungsverbandes geschaffen wurden.

III. Weiterhin erkennbarer Handlungsbedarf

Betrachtet man die Lage in den Innungen etwas genauer, so gibt es jedoch Anhaltspunkte für die Annahme, dass die Bereitschaft und das Interesse der Mitgliedsbetriebe zum Abschluss von Tarifverträgen deutlich von der Betriebsgröße abhängt und dass bei Betrieben mit einer höheren Zahl an Beschäftigten die Bereitschaft bzw. das Interesse deutlich höher ist als bei Klein- und Kleinstbetrieben. Diese und weitere Beobachtungen lassen eine diffe-

⁷⁷ *Rieble*, in: Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, § 2 Rn. 567.

⁷⁸ Siehe oben S. 25.

renzierende Betrachtung erforderlich erscheinen, um den Interessen der Betriebe insgesamt besser gerecht zu werden und den Abschluss von Tarifverträgen zu fördern.

Über die Beobachtungen im Bereich der Innungen hinaus ist aber auch in anderen Teilen der Organisation des Handwerks ein Verhalten zu beobachten, das auf die Schwächung der Rechte und Interessen der Arbeitnehmer ausgerichtet ist. Dies betrifft unter anderem den Bereich der Kreishandwerkerschaften. Immer mehr öffentlich-rechtliche Kreishandwerkerschaften tragen durch Gründung eigener Leiharbeitsfirmen zusätzlich zur Spaltung des Arbeitsmarktes im Handwerk bei und erhöhen somit den Druck auf die Einkommen der Beschäftigten im Handwerk. So nutzen beispielsweise im Malerhandwerk mittlerweile ca. 60 Prozent der Betriebe das Instrument Leiharbeit, insgesamt wird nach Schätzung von Branchenkennern ca. 30 Prozent der Arbeitsleistung von Leiharbeitnehmern erbracht.⁷⁹

Im Sinne einer konsistenten und kohärenten Umsetzung von gesetzgeberischen Zielen im Bereich der Handwerksorganisation stellt es ein widersprüchliches Verhalten dar, wenn im Bereich der Handwerksinnungen das Ziel verfolgt wird, den Abschluss von Tarifverträgen zu fördern, und zugleich im Bereich der Kreishandwerkerschaften, deren gesetzliche Pflichtmitglieder die Handwerksinnungen sind, Praktiken an zu nehmen, die das Gegenteil bewirken.

⁷⁹ Auskunft der IG Metall gegenüber dem Verfasser.

D. Einzelvorschläge zur Verbesserung der institutionellen Rahmenbedingungen zum Abschluss von Tarifverträgen im Handwerk

I. Die ordnungspolitische Ausgangslage

Vor dem Hintergrund der geschilderten Entwicklungen haben sich in den letzten Jahren die regierungstragenden Parteien im Koalitionsvertrag 2013, der Deutsche Bundestag in einem Entschließungsantrag sowie die Teilnehmer des Spitzengesprächs zum Branchendialog besorgt zu der skizzierten Entwicklung geäußert.

1. Aussagen im Koalitionsvertrag

Im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD: Deutschlands Zukunft gestalten zur 18. Legislaturperiode wird auf Seite 22 ausgeführt:

„Die Tarifautonomie macht einen großen Teil der Erfolgsgeschichte des Handwerks aus. Damit das Handwerk zukunftsfähig bleibt, wollen wir die Sozialpartnerschaft und die Tarifbindung stärken. Wir appellieren an die Innungen als Körperschaften des öffentlichen Rechts, die wichtige gesellschaftliche Aufgabe und Verantwortung zu übernehmen, als Tarifpartner zur Verfügung zu stehen.“

Dieser klaren Zielsetzung sind in der abgelaufenen Legislaturperiode jedoch keine spezifischen Maßnahmen auf der Ebene der Gesetzgebung gefolgt.

2. Entschließungsantrag des Bundestages

Der 18. Deutsche Bundestag hat am 25.11.2014⁸⁰ mehrheitlich einem Entschließungsantrag zugestimmt, der u.a. die folgende Aufforderung enthält:

“II. Der Deutsche Bundestag fordert die Bundesregierung im Rahmen der zur Verfügung stehenden Haushaltsmittel auf,

7. die Sozialpartnerschaft und die Tarifbindung zu stärken, damit das Handwerk zukunftsfähig bleibt. Die Tarifautonomie macht einen großen Teil der Erfolgsgeschichte des Handwerks aus. Um im Wettbewerb mit anderen Branchen Fachkräfte – und somit die zukünftigen Meister und Betriebsnachfolger – gewinnen und langfristig halten zu können, ist es notwendig, im Handwerk gute

⁸⁰ BT-Drs. 18/3317, 6.

Arbeitsbedingungen, gute Bezahlung sowie gute Übernahme- und Aufstiegschancen in allen Gewerken für alle Auszubildenden und Beschäftigten umzusetzen“.

Offen bleibt dabei, welche Maßnahmen zur Zielerreichung geeignet sind.

3. Aussagen in der gemeinsamen Erklärung zum Branchendialog Handwerk im BMWI

Ein ähnlich klares Bekenntnis zur Bedeutung der Beteiligung von Handwerksinnungen am Abschluss von Tarifverträgen findet sich in der Gemeinsamen Erklärung von BMWI, ZDH und DGB beim Spitzengespräch zum Branchendialog Handwerk am 07.07.2015 in Berlin⁸¹ unter Gliederungspunkt 4:

„4. Sozialpartnerschaft und Tarifautonomie

Das Handwerk zeichnet sich in besonderer Weise durch ein hohes Maß an Verantwortung gegenüber den Beschäftigten aus. Die Sozialpartnerschaft ist die Basis für den Erfolg im Wettbewerb und die Gewinnung qualifizierter Fachkräfte.

Wir sind uns daher einig, dass Tarifautonomie und -bindung weiter gestärkt werden müssen, und werben gemeinsam für eine lebendige Sozial- und Tarifpartnerschaft im Handwerk. Passgenaue Tarifverträge spielen bei der Schaffung guter Ausbildungs-, Einkommens- und Arbeitsbedingungen eine gewichtige Rolle. Nur die gelebte starke und vertrauensvolle Tarifpartnerschaft ermöglicht das Bewältigen der Herausforderungen der Zukunft im Handwerk.

Dazu gehören durchsetzungsstarke Tarifpartner auf beiden Seiten: mitgliederstarke Gewerkschaften ebenso wie mitgliederstarke Innungen. Handwerksbetriebe, die Mitglied einer tarifgebundenen Innung sind, gehen mit gutem Beispiel voran. Über ihre Innung oder ihren Fachverband können die Unternehmen unmittelbar auf die tarifpolitischen Aktivitäten Einfluss nehmen und damit entscheidend zu ihrer Wettbewerbsfähigkeit beitragen. Deshalb ist uns die Mitgliedschaft in Innungen mit Tarifbindung ein gemeinsames wichtiges Anliegen. Wir werden gemeinsam dafür eintreten.“

Auch hier sind über das Bekenntnis hinausgehende Maßnahmen kaum zu verzeichnen.

4. Bereits wirksame unterstützende Maßnahmen

Bereits wirksam ist dagegen eine wichtige gesetzgeberische Maßnahme, durch die die Reichweite von abgeschlossenen Flächentarifverträgen verbessert wurde. Durch das Tarif-

⁸¹ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Gemeinsame Erklärung Handwerk Spitzengespräch zum Branchendialog, 4.

autonomiestärkungsgesetz vom 11.08.2014 (TASG)⁸² wurden durch eine Änderung von § 5 TVG die Voraussetzungen für die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen abgesenkt.⁸³ Das bis dahin geltende starre 50 Prozent-Quorum für die Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrages wurde gestrichen. An seine Stelle trat ein konkretisiertes öffentliches Interesse. Durch das Erfordernis eines gemeinsamen Antrags der Tarifvertragsparteien wurde sichergestellt, dass die Sozialpartner eine Abstützung der tariflichen Ordnung für notwendig erachten. Gesondert geregelt wurde zudem die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen⁸⁴ zur Sicherung ihrer Funktionsfähigkeit. Ihr kommt eine verdrängende Wirkung gegenüber anderen Tarifverträgen zu.

Auch mit dieser Regelung reagierte der Gesetzgeber auf den Rückgang der Tarifbindung und folgt dem französischen Beispiel, durch geringere Anforderungen an die Allgemeinverbindlicherklärung die Gestaltungswirkung von Tarifverträgen zu erhöhen. Das setzt jedoch voraus, dass entsprechende Regelungen getroffen wurden und setzt damit eine Stufe später als die hier zu behandelnde Thematik an.

II. Vorschläge zur Änderung der Handwerksordnung

1. Vorüberlegungen

Sollen die ordnungspolitischen Bekenntnisse nicht als bloße Statements wirkungslos verhalten, so müssen sie durch konkrete gesetzgeberische Maßnahmen unterstützt werden, wie sie auf der nachfolgenden Stufe der AVE bereits vorliegen. Wohl wissend, dass die Steuerungswirkung verbindlichen Rechts in Bezug auf das Ziel, den Abschluss von Tarifverträgen zu fördern, engen Grenzen unterliegt, weil es immer um die Ausgestaltung eines Freiheitsrechts gehen muss, ist nach Möglichkeiten Ausschau zu halten, innerhalb des vom Bundesverfassungsgericht umrissenen Rahmens für die Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit zusätzliche Impulse zu normieren. Dafür bieten sich die Regelungen in der Handwerksordnung zu den Handwerksinnungen an.

Im Folgenden werden deshalb Möglichkeiten für eine entsprechende Gesetzgebung, die gegenwärtig auf rechtspolitischer Ebene diskutiert werden, aufgezeigt und auf ihre Tragfähigkeit hin untersucht.

⁸² BGBl. I S. 1348.

⁸³ Dazu eingehend *Preis/Povedano Peramato*, Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung im Tarifautonomiestärkungsgesetz, 2017.

⁸⁴ Zum Begriff: *Heuschmid*, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, § 1 Rn. 1124 ff.

2. Änderung des § 52 Abs. 1 HwO

a) Vorschlag und Begründung

In § 52 regelt die Handwerksordnung die Bildung von Handwerksinnungen und umschreibt dabei auch allgemein die Aufgaben der Innungen. Dabei steht die Förderung der gemeinsamen gewerblichen Interessen der Mitgliedsbetriebe im Vordergrund.

Um die Bedeutung des Abschlusses von Tarifverträgen stärker hervorzuheben, wird die Einfügung eines neuen Satzteils zu Satz 1 vorgeschlagen:

§ 52 HwO (Neu)

„(1) Inhaber von Betrieben des gleichen zulassungspflichtigen Handwerks oder des gleichen zulassungsfreien Handwerks oder des gleichen handwerksähnlichen Gewerbes oder solcher Handwerke oder handwerksähnlicher Gewerbe, die sich fachlich oder wirtschaftlich nahe stehen, können zur Förderung ihrer gemeinsamen gewerblichen Interessen *sowie des Abschlusses von Tarifverträgen zur Ordnung der Arbeitsbedingungen und der Befriedung des Arbeitslebens im Bereich des Handwerks* innerhalb eines bestimmten Bezirks zu einer Handwerksinnung zusammentreten. (...)“

Durch diese Ergänzung soll die Aufgabe der Innungen im Bereich des Tarifgeschehens stärker als bisher betont und das entsprechende Bewusstsein der Mitglieder und Organe verbessert werden.

b) Rechtliche Würdigung

Die Ergänzung führt weder zu einer Erweiterung des Aufgabenbereichs der Innungen noch zu einer zwingenden Verpflichtung der Handwerksinnungen, Tarifverträge abzuschließen. Sie ist deshalb rechtlich unbedenklich. Der Gesetzgeber würde dadurch seine Erwartung an das Handeln der Innungen verdeutlichen.

In der praktischen Wirkung ist zu beachten, dass durch die Regelung auch das Verhalten der Vertreter der einzelnen Innungen in den Landesinnungsverbänden und den Bundesinnungsverbänden entsprechend gesteuert wird.

3. Änderung des § 53 HwO

a) Vorschlag und Begründung

Die Gründung einer Innung führt nach bisheriger Rechtslage mit Genehmigung der Satzung nach § 53 HwO zur Entstehung einer rechtsfähigen Körperschaft des öffentlichen Rechts. Die Erfüllung der Gründungsvoraussetzungen wird vom Gesetzgeber als hinreichendes Indiz

für die ausreichende Leistungsfähigkeit der Innung angesehen. Eine besondere Prüfung der Leistungsfähigkeit einer Innung sieht die HwO dagegen an zwei anderen Stellen vor:

Erstens im Rahmen des § 33 Abs. 1 S. 3 HwO, wenn eine Handwerkskammer erwägt, die Aufgabe der Gesellenprüfung auf eine Handwerksinnung zu übertragen. In diesem Fall muss geprüft werden, ob die Leistungsfähigkeit der Innung und die ordnungsgemäße Durchführung der Prüfung sichergestellt ist.

Zweitens im Rahmen des § 76 HwO, der die Auflösung einer Handwerksinnung durch die Handwerkskammer regelt. Dabei ist vor allem der Rückgang der Mitgliederzahl ein zentrales Kriterium.

Vorgeschlagen wird nunmehr, den Erwerb und den Fortbestand des Körperschaftsstatus als solchen vom Nachweise einer zugleich spezifischer beschriebenen Leistungsfähigkeit abhängig zu machen. Zu diesem Zweck wird die folgende Neufassung der Regelung vorgeschlagen:

„HwO § 53 (Neu)

(1) Die Handwerksinnung ist nach Prüfung und Feststellung der Leistungsfähigkeit eine Körperschaft des öffentlichen Rechts. Die Leistungsfähigkeit der Handwerksinnung ist von folgenden Kriterien abhängig, die erfüllt sein müssen, wenn die Handwerkskammer insbesondere von der Ermächtigung nach § 33 Abs. 1 Satz 3 HwO oder Übertragung anderer hoheitlicher Aufgaben Gebrauch machen will:

- a) die ordnungsgemäße Bildung eines Gesellenausschusses;
- b) die Möglichkeit einer ordnungsgemäßen Besetzung des Gesellenprüfungsausschusses;
- c) die kontinuierliche Abnahme und ordnungsgemäße fachliche Durchführung von Zwischen- und Gesellenprüfungen;
- d) die finanzielle Leistungsfähigkeit der Innung zur Übernahme der durch die Prüfung entstehenden Kosten;
- e) Wahrnehmung der sozialpartnerschaftlichen Verantwortung im Bereich der Tarifautonomie und –bindung durch die Innung, den zuständigen Landesinnungs- oder Bundesinnungsverband. Die Handwerksinnung wird mit Genehmigung der Satzung rechtsfähig. Die Prüfung der Leistungsfähigkeit durch die zuständige Handwerkskammer erfolgt regelmäßig, spätestens alle 5 Jahre.

(2) Der Körperschaftsstatus entfällt, wenn die Leistungsfähigkeit gemäß Abs. 1 nicht mehr gegeben ist. Wird der Wegfall der Leistungsfähigkeit durch die Rechtsaufsicht festgestellt, so ändert diese von Amts wegen die Satzung entsprechend. Die Innung wird mit Änderung der Satzung zu einer juristischen Person des privaten Rechts.

Führt die Innung den Nachweis, dass die Leistungsfähigkeit wieder besteht, so wird auf Antrag über die erneute Verleihung des Körperschaftsstatus durch Änderung der Satzung entschieden. Der Antrag kann frühestens ein Jahr nach Entzug des Körperschaftsstatus gestellt werden.“

Hintergrund dieses Regelungsvorschlags ist eine Praxis, bei der Innungen weitgehend durch die Übertragung des Prüfungswesens wirtschaftlich leistungsfähig gehalten werden, wobei dies auch vergleichsweise hohe Prüfungsgebühren zur Folge hat. Es soll gesichert werden, dass die Leistungsfähigkeit der Handwerksinnung unabhängig von dieser Aufgabenübertragung besteht, wie es das Gesetz verlangt. Als Sanktion ist nicht die vollständige Auflösung der Innung mit entsprechenden Abwicklungserfordernissen, sondern *nur* der Wegfall des Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts und die Zuweisung des Status einer juristischen Person privaten Rechts vorgesehen, wie ihn auch die Landes- und Bundesinnungsverbände nach § 80 HwO und § 85 HwO besitzen. Das hätte auch zur Folge, dass von den betroffenen Innungen keine Prüfungen mehr durchgeführt werden können. Die Prüfungsabnahme ist weiterhin sichergestellt, da die Prüfungshoheit in diesem Fall automatisch bei der nach § 33 HwO zuständigen Handwerkskammer liegt.

b) Rechtliche Würdigung

Die Erhöhung der Voraussetzungen für den Erwerb und das Behalten des Körperschaftsstatus stehen in Bezug auf neu zu gründende Handwerksinnungen grundsätzlich im Ermessen des Gesetzgebers.

Die Regelung entzieht einer Handwerksinnung, die nicht mehr die gesetzgeberischen Erwartungen erfüllt, die mit dem Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts verbundene besondere Anerkennung ihrer Gemeinwohldienlichkeit.

Da mit der Sanktionsmaßnahme „nur“ der Übergang in den Status einer juristischen Person des privaten Rechts und nicht die vollständige Auflösung der Organisation verbunden ist, entstehen keine unverhältnismäßigen bürokratischen und wirtschaftlichen Folgen, wie sie im Falle einer Auflösung durch die Übertragung der Immobilien und wirtschaftlichen Güter auf andere Rechtsträger sowie die etwaige Gründung einer neuen privatrechtlichen Organisation entstehen würden. Zugleich wird für die Mitglieder die Möglichkeit eröffnet, in Zukunft durch eine entsprechende Verhaltensänderung den öffentlich-rechtlichen Status erneut zu erlangen.

Die Aberkennung des öffentlich-rechtlichen Status kann verwaltungsgerichtlich überprüft werden.

4. Änderung des § 55 HwO sowie des § 61 HwO

a) Vorschlag und Begründung

Die Beobachtungen in der Praxis der Handwerksinnungen führten zu der Erkenntnis, dass es eine unterschiedliche Interessenlage in Bezug auf die Bereitschaft zum Abschluss von Tarifverträgen in Abhängigkeit von der Betriebsgröße und der Zahl der Beschäftigten gibt.⁸⁵ In der Tendenz ist festzustellen, dass Betriebe mit mehr Beschäftigten eher dazu tendieren, Tarifverträge abzuschließen. Vor diesem Hintergrund könnte eine Maßnahme der Förderung des Abschlusses von Tarifverträgen darin bestehen, den Einfluss der Betriebe auf das Tarifwesen betreffende Beschlüsse der Handwerksinnung von ihrer Größe abhängig zu machen, um damit mittelbar auch den Interessen der Beschäftigten ein größeres Gewicht zu verleihen.

Erforderlich wäre dazu eine Änderung in § 55 HwO und in § 61 HwO. Sie könnten folgendermaßen ausfallen:

„§ 55 HwO (Neu)

(1) Die Aufgaben der Handwerksinnung, ihre Verwaltung und die Rechtsverhältnisse ihrer Mitglieder sind, soweit gesetzlich nichts darüber bestimmt ist, durch die Satzung zu regeln.

(2) Die Satzung muß Bestimmungen enthalten über
(...)

5. die Einberufung der Innungsversammlung, *das Stimmrecht entsprechend der Betriebsgrößen* in ihr und die Art der Beschlußfassung“

„§ 61 HwO (Neu)

(1) Die Innungsversammlung beschließt über alle Angelegenheiten der Handwerksinnung, soweit sie nicht vom Vorstand oder den Ausschüssen wahrzunehmen sind. Die Innungsversammlung besteht aus den Mitgliedern der Handwerksinnung. *Jedes Mitglied hat eine Stimme. Bei der Beschlussfassung über Angelegenheiten des Tarifwesens haben die Mitglieder eine bis fünf Stimmen. Die Satzung bestimmt für diesen Bereich, welche Zahl an Stimmen den Mitgliedsbetrieben entsprechend der Zahl ihrer Beschäftigten (alternativ: der Zahl der Betriebsstätten) zuerkannt werden.* Die Satzung kann bestimmen, daß die Innungsversammlung aus Vertretern besteht, die von den Mitgliedern der Handwerksinnung aus ihrer Mitte gewählt werden (Vertreterversammlung); es kann auch bestimmt werden, daß nur einzelne Obliegenheiten der Innungsversammlung durch eine Vertreterversammlung wahrgenommen werden.“

⁸⁵ Siehe dazu die Ausführungen oben S. 26.

Durch diese Änderungen sollen die Handwerksinnungen verpflichtet (!) werden, unter Berücksichtigung der Betriebsstrukturen ihrer Mitglieder eine Differenzierung bei den Stimmenzahlen vorzunehmen.

b) Rechtliche Würdigung

Eine Differenzierung beim Stimmrecht in Körperschaften des öffentlichen Rechts ist zwar gelegentlich anzutreffen⁸⁶, muss aber im jeweiligen Kontext überprüft werden. Maßgeblich ist dabei vor allem, welche Rolle dem demokratischen Prinzip aus Art. 20 Abs. 2 GG zukommt, das grundsätzlich gleiche Rechte verlangt.

Im Bereich der Vollversammlungen der Handwerkskammern (§ 103 HwO) sind unterschiedliche Stimmgewichtungen nicht vorgesehen. Wie auch bei anderen Personalkörperschaften folgt aus dem gleichen Status der Mitglieder auch das gleichgewichtige Stimmrecht. Wo es an abweichenden Regelungen fehlt, ist dies der Regelbefund.

Daraus folgt, dass eine Abweichung vom Regelbefund des gleichen Stimmrechts einer ausreichenden sachlichen Rechtfertigung bedarf. Diese kann sich aus dem Gedanken der Funktionsgerechtigkeit ergeben, der besagt, dass die Organstrukturen den Anforderungen der zugewiesenen Aufgaben entsprechen müssen.⁸⁷ So hat das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf eine Pluralität von Interessen in den Industrie- und Handelskammern verlangt, dass die Binnenorganisation den Interessenstrukturen entspricht.⁸⁸

Daraus ergibt sich als erstes, dass eine auf *alle* Aufgabenbereiche bezogene Einräumung unterschiedlicher Stimmrechte problematisch ist, da für die sonstigen Aufgabenfelder ein direkter Zusammenhang zwischen der Betriebsgröße und dem „Interesse“ an der jeweiligen Aufgabe nicht dargelegt ist. Deshalb ist der Vorschlag sachlich auf Entscheidungen zum Tarifwesen begrenzt.

Reduziert man den Anwendungsbereich der differenzierenden Stimmrechte auf den Bereich des Tarifgeschehens (Abschluss und Kündigung von Tarifverträgen sowie alle damit zusammenhängenden Fragen), so reicht es als Rechtfertigungsgrund nicht aus, auf ein faktisch größeres Interesse der Betriebe mit einer größeren Zahl an Beschäftigten am Abschluss von Tarifverträgen abzustellen. Hinzu kommen muss, dass die damit verbundene Minderung des Einflusses der übrigen Mitglieder verhältnismäßig bleibt. Es muss insbesondere vermieden werden, dass ein Mitglied mit vielen Beschäftigten oder wenige Mitglieder mit vielen Beschäftigten die Beschlussfassung einseitig beherrschen können. Im Ergebnis ist deshalb eine moderate Abstufung geboten, die eine Umsetzung unter Berücksichtigung der jeweiligen Mitgliederstrukturen vorsieht.

⁸⁶ Etwa bei den Zweckverbänden sowie den Wasser- und Bodenverbänden.

⁸⁷ Dazu *Kluth*, *VerwArch* 102 (2011), 525 ff.

⁸⁸ BVerfG 12.7.2017 - 1 BvR 2222/12, NVwZ 2017, 1282, Leitsatz 1.

Das Interesse des Gesetzgebers, den Abschluss von Tarifverträgen im Handwerksbereich zu fördern, ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein legitimes Interesse, das sich sowohl auf die Arbeitgeber als auch die Arbeitnehmer bezieht, da beide Seiten insoweit von Regelungen mit einer höheren „Richtigkeitsgewähr“ profitieren.

Zugleich darf aber auch das Interesse der Betriebe mit weniger Beschäftigten nicht aus dem Blick verloren werden, denn auch diese Betriebe sind im Endeffekt an einen Tarifvertrag gebunden, wenn die Innungsversammlung mit Mehrheit ein entsprechendes Vorhaben beschließt.

Im obigen Regelungsvorschlag wird als Arbeitsvorschlag eine Höchstzahl von fünf Stimmen vorgeschlagen. Für eine abschließende Abwägung dürfte ausschlaggebend sein, dass dem Gesetzgeber hinsichtlich der Maßnahmen zur Ausgestaltung und Förderung der Tarifautonomie ein Gestaltungsspielraum zusteht, den er durch die vorgeschlagene Neuregelung eines nach Betriebsgrößen differenzierenden Stimmrechts jedenfalls dann nicht überschritten hat, wenn das differenzierte Stimmrecht auf diesen Sachbereich begrenzt bleibt und nicht wie im Änderungsvorschlag allgemein für alle Abstimmungen in den Handwerksinnungen gelten soll.

5. Weitere Änderung des § 61 HwO

a) Vorschlag und Begründung

In der Praxis werden Tarifverträge häufig durch die Innungsverbände abgeschlossen. Es stellt sich dabei die Frage, wie weit das Mandat der dort die Innung repräsentierenden Obermeister reicht, dem Abschluss eines Tarifvertrags zuzustimmen oder einen Ausstieg aus einem Tarifvertrag zu beschließen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seiner Entscheidung zur OT-Mitgliedschaft betont, dass die Entscheidung über Tarifverträge zu den wesentlichen Rechten der Mitglieder gehört und deshalb nicht auf einen Ausschuss verlagert werden kann. An diesen Gedanken anknüpfend erscheint es sinnvoll, Grundsatzentscheidungen auf der Ebene der Innungsverbände, die zu einem Ausstieg aus bestehenden Tarifverträgen führen, dem Vorbehalt der Zustimmung durch die Innungsversammlungen der betroffenen Innungen zu unterwerfen. Zu diesem Zweck könnte in § 61 Abs. 2 HwO, der die Aufgaben der Innungsversammlung normiert, die folgende Regelung ergänzt werden:

„§ 61 Abs. 2 HwO (Neu)

10. die Beschlussfassung über die Kündigung von bestehenden Tarifverträgen und über die Zustimmung des Obermeisters oder des sonstigen Vertreters der Innung zur

Kündigung eines bestehenden Tarifvertrags des Landesinnungsverbandes oder des Bundesinnungsverbandes.“

Durch diese Regelung würde die Entscheidung über den „Ausstieg“, nicht aber über den Abschluss von Tarifverträgen einem Vorbehalt zugunsten der Mitgliederversammlung unterworfen, da dadurch entgegen der gesetzgeberischen Vorgaben in § 53 HwO gehandelt würde.

b) Rechtliche Würdigung

Durch die Regelung werden die zwingenden Zuständigkeiten der Innungsversammlung erweitert und zugleich die Entscheidungsbefugnisse des Obermeisters bzw. des sonstigen entsandten Vertreters in den Organen der Innungsverbände an das Votum der Innungsversammlung gebunden. Die Handlungsfähigkeit und die Handlungsspielräume der Innungen und Innungsverbände beim Aushandeln und beim Abschluss von Tarifverträgen werden dadurch nicht geschmälert. Es wird aber eine Verhaltensweise erschwert, die sich als Abkehr von der gesetzgeberischen Erwartung darstellt, dass Innungen und Innungsverbände sich für den Abschluss von Tarifverträgen einsetzen.

Im Falle eines Verstoßes steht zudem allen Mitgliedern der Innungsversammlung ein Klage-recht vor dem Verwaltungsgericht in der verfahrensrechtlichen Gestalt eines Innenrechtsstreits zu, so dass eine wirksame gerichtliche Kontrolle eröffnet wird.

Rechtliche Bedenken bestehen insoweit in Bezug auf Art. 9 Abs. 3 GG nicht, da lediglich die Zuständigkeit für die zutreffenden Entscheidungen präzisiert wird.

6. Änderung des § 87 HwO

a) Vorschlag und Begründung

Die Kreishandwerkerschaften stellen neben den Handwerkskammern und den Handwerksin-nungen die dritte öffentlich-rechtliche Säule der Organisation des Handwerks dar. Wie bei den Handwerkskammern handelt es sich um eine Pflichtorganisation, der alle Handwerksin-nungen des jeweiligen Bezirks angehören (§ 86 HwO).

Es ist zu beobachten, dass immer mehr öffentlich-rechtliche Kreishandwerkerschaften durch Gründung eigener Leiharbeitsfirmen zusätzlich zur Spaltung des Arbeitsmarktes im Hand-werk beitragen und somit den Druck auf die Einkommen der Beschäftigten im Handwerk erhöhen, weil die Leiharbeitsfirmen geringere Entgelte bezahlen. So nutzen beispielsweise im Malerhandwerk mittlerweile ca. 60 Prozent der Betriebe das Instrument Leiharbeit, insge-samt wird nach Schätzung von Branchenkennern ca. 30 Prozent der Arbeitsleistung von Leiharbeitnehmern erbracht.

Dementsprechend wird eine Beschränkung des Betätigungsbereichs der Kreishandwerkerschaften vorgeschlagen:

„§ 87 HwO (Neu)

Die Kreishandwerkerschaft hat die Aufgabe,

1. (...)

3. Einrichtungen zur Förderung und Vertretung der gewerblichen, wirtschaftlichen und sozialen Interessen der Mitglieder der Handwerksinnungen zu schaffen oder zu unterstützen, ausgeschlossen ist eine wirtschaftliche Betätigung im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung.

b) Rechtliche Würdigung

Durch die Änderung wird ein Verbot der wirtschaftlichen Betätigung durch die Kreishandwerkerschaften im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung erreicht. Dieses ist effektiv und in seiner Reichweite auf das eigentliche Problem beschränkt. Es entspricht in seiner Wertung der Regelung in § 1b AÜG für den Bereich des Baugewerbes und steht überdies in Einklang mit den Wertungen der unionsrechtlichen Leiharbeitsrichtlinie.⁸⁹ Daran wird deutlich, dass ein legitimer Zweck verfolgt wird. Verfassungsrechtlich ist die Regelung auch im Übrigen unproblematisch, da die Kreishandwerkerschaften sich nicht auf Grundrechte berufen können, die eine entsprechende Gestaltungsfreiheit absichern könnten.

⁸⁹ Richtlinie 2008/104/EG über Leiharbeit v. 19.11.2008, ABl. EG Nr. L 327, 9. Dazu *Heuschmid*, AuR 2015, 280 ff.

E. Zusammenfassung und Ausblick

Die Bestandsaufnahme zur Tarifbindung im Handwerk hat gezeigt, dass selbst in den Bereichen mit einem hohen Organisationsgrad, wie z.B. im Bäckerhandwerk, der Bestand und Neuabschluss von Flächentarifverträgen in erheblichem Umfang rückläufig ist. Dieser Rückgang wurde und wird durch die gestiegene Zahl an Firmentarifverträgen nicht ausgeglichen.

Mit dem „Verzicht“ auf den Abschluss von Flächentarifverträgen gefährden vor allem die Arbeitgeber das durch Art. 9 Abs. 3 GG eingeräumte Gestaltungsprivileg und überlassen im Falle einer bedenklichen Entwicklung im Bereich der Arbeits- und Wirtschaftsbeziehungen das Feld dem Gesetzgeber.

Dieser ist aber zugleich befugt und ggfs. verpflichtet, entsprechende Maßnahmen zu ergreifen, um den Abschluss von Tarifverträgen zu fördern. Das ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts seit langem anerkannt und jüngst durch die Entscheidung zum Tarifeinheitsgesetz bestätigt worden.

Anknüpfungspunkt für entsprechende gesetzgeberische Maßnahmen können und sollten die Innungen und Innungsverbände sein. Ihnen hat der Gesetzgeber ausdrücklich die Berechtigung zum Abschluss von Tarifverträgen verliehen und die korrespondierende Aufgabe zugewiesen.

Obwohl die Entscheidung über den Abschluss von einzelnen Tarifverträgen eine freie ist, geht das Gesetz von der Erwartung aus, dass die Innungen und Innungsverbände von diesem Recht auch Gebrauch machen.

In diesem Zusammenhang hat das Bundesverwaltungsgericht zutreffend die Zulässigkeit der Einrichtung von sogenannten OT-Mitgliedschaften in den Innungen für unzulässig erklärt.

Dieses Verdikt bezieht sich jedoch nur auf bestimmte interne Gestaltungsformen der Innung und hindert die Innungsmitglieder nicht, den Abschluss von Tarifverträgen auf eine gesonderte Tarifgemeinschaft auszulagern (Zwei Verbände Lösung). Entsprechende Entwicklungen sind in der Praxis zu beobachten. Sie gehen teilweise so weit, dass nur Innungsmitglieder Mitglied einer Tarifgemeinschaft werden können.

Vor diesem Hintergrund sollten die Regelungen zum Innungswesen in der Handwerksordnung in mehrerer Hinsicht angepasst werden.

Der gemeinwohllaffine Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts sollte einer Innung nur zuerkannt werden bzw. fortbestehen, wenn sie ausreichend leistungsfähig ist. Dazu sollte auch die Wahrnehmung der Aufgaben im Bereich des Abschlusses von Tarifverträgen

gehören. Innungen, die sich dieser Aufgabe systematisch entziehen, sollten zu juristischen Personen des Privatrechts werden (Änderung der §§ 52, 53 HwO).

Da in der Praxis die mitgliederstarken Betriebe deutlich stärker am Abschluss von Tarifverträgen interessiert sind, sollte bei der Beschlussfassung über entsprechende Anträge diesen Betrieben in Abhängigkeit von der Zahl der Beschäftigten oder der Betriebstätten eine höhere Stimmenzahl zuerkannt werden (Änderung §§ 55, 61 HwO).

Damit der Ausstieg aus Tarifverträgen nicht ohne Mitwirkung der Innungsversammlungen möglich ist, sollte die entsprechende Beschlussfassungszuständigkeit ausdrücklich im Gesetz verankert werden (Neufassung § 61 Abs. 2 HwO).

Im Bereich der Kreishandwerkerschaften sollte schließlich die Gründung von Leiharbeitsfirmen untersagt werden, da auch diese Vorgehensweise dazu führt, dass bestehende tarifliche Bindungen unterlaufen werden können.

Alle diese Vorschläge bewegen sich innerhalb des verfassungsrechtlichen Gestaltungsrahmens, den das Bundesverfassungsgericht anerkannt hat. Sie können den Abschluss von Tarifverträgen naturgemäß nicht erzwingen, aber durch deutlichere Impulse einen zusätzlichen Anreiz dazu vermitteln.