

# Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	15
Abbildungsverzeichnis	37
<b>Kapitel 1 – Einführung und Gang der Untersuchung</b>	<b>39</b>
A. Rückblick: Die Forderung eines Solidaritätsbeitrages in den 1960-iger Jahren	39
I. Trittbrettfahrerproblem der Gewerkschaften in der Nachkriegszeit	39
II. Erfolgloser Versuch der Gegensteuerung durch die IG BSE mit Hilfe des „Solidaritätsbeitrages“ im deutschen Recht	41
B. Aktualität des Trittbrettfahrerproblems angesichts abnehmender Schutzwirkung von Tarifverträgen in jüngerer Vergangenheit	42
I. Stetig sinkende Mitgliedszahlen in Gewerkschaften und sinkende Tarifbindung	43
II. Gesetzgeber im Spannungsfeld zwischen gesetzgeberischer Ausgestaltungspflicht und staatlichem Neutralitätsgebot	44
III. Verschärfung der Lage durch Handlungspflichten aus Europa und die Ankündigung eines Paradigmenwechsel durch das BMAS	47
C. Renaissance des Solidaritätsbeitrages – die Lösung?	52
D. Gang der Untersuchung	53
<b>Kapitel 2 – Pathologischer Zustand der Tarifautonomie? – Bestandsaufnahme, Ursachenanalyse und Lösungsansatz</b>	<b>57</b>
A. Die Problematik abnehmender Organisationsgrade im Lichte rechtlicher Erwägungen	57
I. Funktionales Verständnis der Tarifautonomie als Ausgangspunkt der Untersuchung	57

II. Parität, Angemessenheitsvermutung und Rücknahme staatlicher Kontrolle – Überblick über die Sonderstellung der Tarifverträge in der Privatrechtsordnung	77
III. Korrelation von gewerkschaftlicher Mitgliederstärke und Sonderstellung der Tarifverträge	84
IV. Korrelation von Geltungsgrund und Schutzwirkung der Tarifverträge	90
V. Schlussfolgerungen und deren Bedeutung für den weiteren Fortgang der Untersuchung	99
B. Die Problematik abnehmender Organisationsgrade in Gewerkschaften im Lichte aktueller Zahlen	102
I. Deutsche Gewerkschaftslandschaft im Überblick	102
II. Schieflage im Verhältnis von Gewerkschaftsmitgliedern und Außenseiter-Arbeitnehmern	107
III. Exkurs: Bedenkliche Mitgliederentwicklung in Arbeitgeberverbänden	117
IV. Zwischenergebnis und Folgefrage	121
V. Geltung von Tarifverträgen in Deutschland	122
VI. Schlussfolgerungen und deren Bedeutung für den Fortgang der Untersuchung	133
C. Die Partizipation der Außenseiter-Arbeitnehmer an Tarifverträgen im Spiegel organisationspolitischer Interessen der Gewerkschaften	134
I. Rechtliche Rahmenbedingungen	135
II. Rechtliche Ausdrucksformen des gewerkschaftlichen Einbeziehungswillens im Überblick	143
III. Erfolglose Versuche der Gewerkschaften zur Einschränkung der kostenlosen Partizipation der Außenseiter-Arbeitnehmer	151
IV. Schlussfolgerungen und deren Bedeutung für den Fortgang der Untersuchung	191
D. Die Partizipation der Außenseiter-Arbeitnehmer an Tarifverträgen aus rechtsökonomischer Perspektive	193
I. Tarifverträge als Kollektivgüter im Sinne der Wirtschaftswissenschaft	193

II. Erforderlichkeit von selektiven Anreizen bei der Produktion von Kollektivgütern durch große Gruppen nach <i>Mancur Olson</i>	194
III. Fehlen selektiver Anreize für die Produktion von Tarifverträgen in Deutschland	197
IV. Schlussfolgerungen und deren Bedeutung für den Fortgang der Untersuchung	230
E. Zusammenfassung	231
F. Ausblick: Das Potential des Nutzungsentgelts für Außenseiter-Arbeitnehmer als Instrument zur Stärkung der Tarifautonomie	233
I. Zielsetzung der Maßnahme	233
II. Umfang der Maßnahme	241
III. Adressaten der Maßnahme	245
IV. Folgen der Maßnahme	246
V. Nutzungsentgelt statt Solidaritätsbeitrag – zur Begrifflichkeit	251
<b>Kapitel 3 – Umsetzbarkeit eines Nutzungsentgelts für Außenseiter-Arbeitnehmer in Deutschland <i>de lege lata</i></b>	257
A. Einführung eines Nutzungsentgelts für Außenseiter-Arbeitnehmer mit Hilfe eines Tarifvertrages	257
I. Nutzungsentgelt-Klausel im normativen Teil eines einfachen Tarifvertrages	258
II. Nutzungsentgelt-Klausel im Tarifvertrag über eine gemeinsame Einrichtung n. § 4 Abs. 2 TVG – zum Vorschlag der IG BSE	276
III. Nutzungsentgelt-Klausel im schuldrechtlichen Teil eines einfachen Tarifvertrages	302
IV. Ergebnis	315
B. Einführung eines Nutzungsentgelts für Außenseiter-Arbeitnehmer durch Anspruchsgrundlagen außerhalb eines Tarifvertrages	316
I. Zahlungspflicht für Außenseiter-Arbeitnehmer aus nichttariflichem Koalitionsvertrag	316
II. Zahlungspflicht der Außenseiter-Arbeitnehmer aus der „Natur der Sache“	320

III. Zahlungspflicht der Außenseiter-Arbeitnehmer aus vertraglichem Schuldverhältnis mit der Gewerkschaft	332
IV. Zahlungspflicht der Außenseiter-Arbeitnehmer aus gesetzlichem Schuldverhältnis mit der Gewerkschaft nach den Vorschriften zur GoA (§§ 677 ff. BGB)	336
V. Zwischenergebnis	344
VI. Zahlungspflicht der Außenseiter-Arbeitnehmer in Ansehung eines Urheberrechts am Tarifvertrag	344
C. Zusammenfassung der Erkenntnisse und deren Bedeutung für den Fortgang der Untersuchung	375
<b>Kapitel 4 – Umsetzbarkeit eines Nutzungsentgelts für Außenseiter-Arbeitnehmer in Deutschland <i>de lege ferenda</i></b>	379
A. Modell 1: Erweiterung der Normsetzungsbefugnis zur Ermöglichung einer Zahlungspflicht aus einfachem Tarifvertrag	380
I. Gestaltungsoption zur Erweiterung der Normsetzungsbefugnis	380
II. Bewertung der Gestaltungsoption zur Erweiterung der Normsetzungsbefugnis	382
III. Ergebnis	386
B. Modell 2: Schaffung eines Anschlusses an den Tarifvertrag nach Schweizer Vorbild	387
I. Präliminarien zum weiteren Vorgehen	388
II. Rahmenbedingungen des Tarifwesens in der Schweiz	389
III. Möglichkeiten zur Partizipation der Außenseiter am Gesamtarbeitsvertrag außerhalb des formellen Anschlusses n. Art. 356b OR	410
IV. Möglichkeit zur Partizipation der Außenseiter am Gesamtarbeitsvertrag durch formellen Anschluss n. Art. 356b OR	425
V. Solidaritätsbeitrag als Bedingung eines Anschlusses n. Art. 356b Abs. 2 OR	430
VI. Verbreitung des Solidaritätsbeitrages als Bedingung für den formellen Anschluss und sein Erfolg als Werbemittel	449

VII. Erkenntnisse aus der Betrachtung der Schweizer Verhältnisse für die Gestaltung eines Nutzungsentgelts als „Anschlussbedingung“ im deutschen Recht	452
VIII. Ergebnis	463
C. Modell 3: Einführung einer Zahlungspflicht für Außenseiter- Arbeitnehmer im TVG	464
I. Plädoyer für die direkte Regelung der Zahlungspflicht im Gesetz	464
II. Maßgaben für die Höhe des Nutzungsentgelts	465
III. Durchführung der Entgeltabführung	468
IV. Kontrolle der Entgeltabführung und Folgefragen	483
V. Verwendungsfreiheit der von den Gewerkschaften eingewonnenen Nutzungsentgelte	497
D. Ergebnis der konzeptionellen Überlegungen	507
<b>Kapitel 5 – Verfassungsmäßigkeit eines Nutzungsentgelts für Außenseiter-Arbeitnehmer in Deutschland <i>de lege ferenda</i></b>	509
A. Klärung des Prüfungsmaßstabes	509
I. Kontrollmaßstab bei der Überprüfung von Rechtsakten im Kontext des Unionsrechts	509
II. Kontrollmaßstab für ein Gesetz zur Einführung eines Nutzungsentgeltes für Außenseiter-Arbeitnehmer	510
III. Ergebnis	517
B. Nutzungsentgelt-Regelungen und negative Koalitionsfreiheit der Außenseiter-Arbeitnehmer	517
I. Eingriff in das Fernbleiberecht der Außenseiter- Arbeitnehmer durch Nutzungsentgelte	518
II. Rechtfertigung des Eingriffs – formelle Verfassungsmäßigkeit	524
III. Rechtfertigung des Eingriffs – materielle Verfassungsmäßigkeit	525
C. Nutzungsentgelt-Regelungen und die positive Koalitionsfreiheit	554
D. Nutzungsentgelt-Regelungen und die Arbeitsvertragsfreiheit	556
E. Nutzungsentgelt-Regelungen und Eigentumsfreiheit	556
F. Nutzungsentgelt-Regelungen und die Meinungsfreiheit	557

## *Inhaltsübersicht*

G. Nutzungsentgelt-Regelungen und allgemeine Handlungsfreiheit	559
I. Allgemeine Handlungsfreiheit der Außenseiter-Arbeitnehmer	560
II. Allgemeine Handlungsfreiheit der organisierten Arbeitnehmer	560
H. Nutzungsentgelt-Regelungen und allgemeiner Gleichheitssatz	562
I. Ungleichbehandlung der zur Zahlung des Nutzungsentgelts herangezogenen Arbeitnehmer	562
II. Rechtfertigung der Ungleichbehandlung	563
I. Gesamtergebnis und Ausblick	564
<b>Kapitel 6 – Zusammenfassung der Ergebnisse</b>	<b>567</b>
<b>Anhang</b>	<b>581</b>
<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>587</b>

# Inhaltsverzeichnis

Abbildungsverzeichnis	37
<b>Kapitel 1 – Einführung und Gang der Untersuchung</b>	<b>39</b>
A. Rückblick: Die Forderung eines Solidaritätsbeitrages in den 1960-iger Jahren	39
I. Trittbrettfahrerproblem der Gewerkschaften in der Nachkriegszeit	39
II. Erfolgloser Versuch der Gegensteuerung durch die IG BSE mit Hilfe des „Solidaritätsbeitrages“ im deutschen Recht	41
B. Aktualität des Trittbrettfahrerproblems angesichts abnehmender Schutzwirkung von Tarifverträgen in jüngerer Vergangenheit	42
I. Stetig sinkende Mitgliedszahlen in Gewerkschaften und sinkende Tarifbindung	43
II. Gesetzgeber im Spannungsfeld zwischen gesetzgeberischer Ausgestaltungspflicht und staatlichem Neutralitätsgebot	44
III. Verschärfung der Lage durch Handlungspflichten aus Europa und die Ankündigung eines Paradigmenwechsel durch das BMAS	47
C. Renaissance des Solidaritätsbeitrages – die Lösung?	52
D. Gang der Untersuchung	53
<b>Kapitel 2 – Pathologischer Zustand der Tarifautonomie? – Bestandsaufnahme, Ursachenanalyse und Lösungsansatz</b>	<b>57</b>
A. Die Problematik abnehmender Organisationsgrade im Lichte rechtlicher Erwägungen	57
I. Funktionales Verständnis der Tarifautonomie als Ausgangspunkt der Untersuchung	57
1. Private Rechtsetzung als dreigliedriger Prozess (Grundsätze)	57

2. Problematik der strukturellen Unterlegenheit von Arbeitnehmern und daraus resultierende Einschränkungen der privaten Rechtsetzung durch den Gesetzgeber	62
3. Effektive Ausübung der Privatautonomie im Kollektiv als wesentliches Ziel der Tarifautonomie	66
a) Unmittelbare und zwingende Wirkung des Tarifvertrages durch staatliche Rechtsanerkennung	67
b) Überwindung der Delegationstheorie und Rückbesinnung auf den vorwiegend privatrechtlichen Charakter der Tarifnormsetzung	70
II. Parität, Angemessenheitsvermutung und Rücknahme staatlicher Kontrolle – Überblick über die Sonderstellung der Tarifverträge in der Privatrechtsordnung	77
III. Korrelation von gewerkschaftlicher Mitgliederstärke und Sonderstellung der Tarifverträge	84
1. Abhängigkeit der gewerkschaftlichen Durchsetzungsstärke von Mitgliederzahlen	84
a) Soziale Mächtigkeit	84
b) Umfang der Ordnungs- und Befriedungswirkung	85
c) Finanzielle Ausstattung	87
2. Notwendiger Gleichlauf von Verantwortung und Betroffenheit als „internes Kontrollelement“ gewerkschaftlicher Agitation	88
IV. Korrelation von Geltungsgrund und Schutzwirkung der Tarifverträge	90
1. Hoher Schutzstandard bei mitgliedschaftlich veranlasster normativer Tarifgeltung	91
2. Nachteile einer nur schuldrechtlichen Tarifgeltung	92
3. Unklarer Schutzstandard bei „Tariforientierungen“	97
4. Zwischenergebnis	99
V. Schlussfolgerungen und deren Bedeutung für den weiteren Fortgang der Untersuchung	99
B. Die Problematik abnehmender Organisationsgrade in Gewerkschaften im Lichte aktueller Zahlen	102
I. Deutsche Gewerkschaftslandschaft im Überblick	102



II. Schieflage im Verhältnis von Gewerkschaftsmitgliedern und Außenseiter-Arbeitnehmern	107
1. Allgemeiner Rückgang des Organisationsgrades in deutschen Gewerkschaften	107
2. Erkennbare Problemschwerpunkte der gewerkschaftlichen Mitgliederentwicklung	110
III. Exkurs: Bedenkliche Mitgliederentwicklung in Arbeitgeberverbänden	117
IV. Zwischenergebnis und Folgefrage	121
V. Geltung von Tarifverträgen in Deutschland	122
1. Umfang und Verteilung der normativen Tarifgeltung in Deutschland	123
a) Verteilung West – Ost	124
b) Verteilung nach Branche	126
c) Verteilung nach Betriebsgröße	127
d) Zwischenergebnis	128
e) Aussagekraft zum Rückgang mitgliedschaftlich verursachter Tarifgeltung?	128
2. Umfang und Verteilung der schuldrechtlichen Tarifgeltung in Deutschland	131
VI. Schlussfolgerungen und deren Bedeutung für den Fortgang der Untersuchung	133
C. Die Partizipation der Außenseiter-Arbeitnehmer an Tarifverträgen im Spiegel organisationspolitischer Interessen der Gewerkschaften	134
I. Rechtliche Rahmenbedingungen	135
1. Beschränkung der normativen Tarifgeltung auf Verbandsmitglieder und Arbeitgeber in der TVVO	135
2. Erfolglose Versuche der Außenseitereinbeziehung im Wege der „Beteiligung am Tarifvertrag“	136
a) „Beteiligung“ im Entwurf des Arbeitsrechtsausschusses für ein Arbeitstarifgesetz	137
b) „Beteiligung“ in <i>Nipperdeys</i> Abänderungsvorschlägen zum Entwurf eines Arbeitstarifgesetzes	140
3. Nachsehen der „Beteiligung durch Tarifbeitritt“ gegenüber der Wiedereinführung der AVE bei Schaffung des TVG	141

II. Rechtliche Ausdrucksformen des gewerkschaftlichen Einbeziehungswillens im Überblick	143
1. Außenseiterklauseln als tarifvertraglich angeordnete Gleichstellung und ihre Umsetzung mittels individualvertraglicher Bezugnahmen	144
2. Antrag auf AVE zur Vermeidung potenzieller Unterbietungskonkurrenz durch Außenseiter-Arbeitnehmer	147
3. Rechtsnormen über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen n. § 3 Abs. 2 TVG	148
4. Zwischenergebnis	150
III. Erfolgreiche Versuche der Gewerkschaften zur Einschränkung der kostenlosen Partizipation der Außenseiter-Arbeitnehmer	151
1. Tarifvertragliche Absperrklauseln und ihre Bewertung im Überblick	152
2. Tarifausschlussklauseln und ihre Bewertung im Überblick	153
3. Tarifvertragliche Solidaritätsbeitrags-Klausel und ihre Bewertung im Überblick	155
a) Organisationspolitischer Hintergrund der Forderung der IG BSE nach einem Solidaritätsbeitrag	155
b) Konzept der IG BSE zur Einführung des Solidaritätsbeitrags	157
aa) Zielsetzung	157
bb) Umsetzungsvorschlag	159
c) Scheitern des Solidaritätsbeitrags und die Ebnung des Weges für die Differenzierungsklausel	163
4. Differenzierungsklauseln und ihre Bewertung durch die Rechtsprechung	166
a) Spielarten der Differenzierungsklauseln im Überblick	166
aa) Einfache Differenzierungsklauseln	167
bb) Qualifizierte tarifvertragliche Differenzierungsklauseln	170
(1) Spannensicherungsklauseln	171
(2) Stichtags-/Binnendifferenzierungsklauseln	171

b) Ausgangspunkt: Unzulässigkeit jeglicher Differenzierung gemäß des BAG-Beschlusses vom 29.11.1967	173
aa) Sachverhalt	174
bb) Entscheidungsgründe	175
(1) Keine tarifvertragliche Beitragserhebung von Außenseitern	175
(aa) Der Tarifvertrag als Gemeingut	177
(bb) Keine Tarifmacht gegenüber Außenseitern zur Regelung von Beitragspflichten und zu unzumutbarem Einspannen des sozialen Gegenspielers	178
(2) Verfassungsrechtliche Unzulässigkeit einer tarifvertraglichen Beitragserhebung von Außenseitern	179
cc) Schwächen der Entscheidung	181
dd) Ergebnislosigkeit der gegen den Beschluss gerichteten Verfassungsbeschwerde	182
c) Paradigmenwechsel durch Judikate zu Differenzierungsklauseln aus der jüngeren Vergangenheit?	183
d) Zwischenergebnis	187
5. Die Differenzierung mittels gemeinsamer Einrichtungen	187
6. Schlussfolgerungen zum Erfolg der Differenzierungsbemühungen und Bedeutung für die Mitgliederentwicklung der Gewerkschaften	191
IV. Schlussfolgerungen und deren Bedeutung für den Fortgang der Untersuchung	191
D. Die Partizipation der Außenseiter-Arbeitnehmer an Tarifverträgen aus rechtsökonomischer Perspektive	193
I. Tarifverträge als Kollektivgüter im Sinne der Wirtschaftswissenschaft	193
II. Erforderlichkeit von selektiven Anreizen bei der Produktion von Kollektivgütern durch große Gruppen nach <i>Mancur Olson</i>	194

III. Fehlen selektiver Anreize für die Produktion von Tarifverträgen in Deutschland	197
1. Unmöglichkeit einer Zwangsmitgliedschaft	197
a) Zwangsmitgliedschaft in öffentlich-rechtlichen (Arbeitnehmer-) Kammern als Instrument gegen Trittbrettfahrerverhalten	197
b) Freiwilligkeit als Wesensmerkmal der privaten Gewerkschaften und Hindernis für eine Zwangsmitgliedschaft	202
2. Fehlen selektiver Anreize für eine Gewerkschaftsmitgliedschaft	206
a) Finanzielle Anreize	207
aa) Beitragszahlung als Hauptleistung der Gewerkschaftsmitglieder	207
bb) Produktion des Kollektivgutes Tarifvertrag als Hauptleistung der Gewerkschaften	209
cc) Wegfall des Anreizes wegen mangelnder Exklusivität der gewerkschaftlichen Hauptleistung	210
dd) Kein Aufwiegen der mitgliedschaftlichen Beitragslast durch exklusive Rechte und Nebenleistungen	213
(1) Kein materieller Wert von Mitwirkungsrechten und -pflichten	213
(2) Keine entscheidenden Vorteile durch sonstige gewerkschaftliche Nebenleistungen	216
ee) Anreiz durch „gesamtgesellschaftlich relevante Stellung“ der Koalitionen?	219
b) Zwischenergebnis	222
c) Strukturelle Veränderungen des Arbeitsmarktes und rückläufige Relevanz sozialer Anreize	223
aa) Herausforderungen für Gewerkschaften durch strukturelle Veränderungen des Arbeitsmarktes	223
bb) Erosion der für betriebliche Gruppendynamiken erforderlichen Strukturen	225
cc) Rückläufige Bedeutung sozialer Anreize infolge von Wertewandel und Individualisierungstendenzen	227

d) Abnehmende Bedeutung einer „Sicherungswirkung“ des Tarifvertrages angesichts zunehmenden Schutzes durch den Staat	229
IV. Schlussfolgerungen und deren Bedeutung für den Fortgang der Untersuchung	230
E. Zusammenfassung	231
F. Ausblick: Das Potential des Nutzungsentgelts für Außenseiter- Arbeitnehmer als Instrument zur Stärkung der Tarifautonomie	233
I. Zielsetzung der Maßnahme	233
1. Beseitigung des aktuellen Negativanreizes	234
2. Gewährung von Hilfe zur Selbsthilfe	237
a) Chance zur Steigerung des gewerkschaftlichen Organisationsgrades aus eigener Kraft	237
b) Vermeidung der Zuspitzung durch Verdichtung staatlich festgesetzter Arbeitsbedingungen	239
II. Umfang der Maßnahme	241
1. Tatbestandlicher Anknüpfungspunkt	241
2. Höhe der finanziellen Belastung	244
III. Adressaten der Maßnahme	245
IV. Folgen der Maßnahme	246
1. Forderung eines Mitbestimmungsrechts bei „Bezahl- Mitgliedschaft“	246
2. Ablehnung von Mitbestimmungsrechten für zahlende Außenseiter-Arbeitnehmer	247
a) Mitgliedschaftsrechte als Voraussetzung der Normunterworfenheit	248
b) Beschränkung der Normsetzungsbefugnis auf Mitglieder	249
c) Gefährdung des Koalitionsstatus bei Einräumung von Mitbestimmungsrechten an Koalitionsfremde	250
V. Nutzungsentgelt statt Solidaritätsbeitrag – zur Begrifflichkeit	251
1. Kein Appell an eine „übergeordnete Arbeitnehmersolidarität“	252
2. Kein Beitrag im privatrechtlichen oder öffentlich- rechtlichen Sinne	254

<b>Kapitel 3 – Umsetzbarkeit eines Nutzungsentgelts für Außenseiter-Arbeitnehmer in Deutschland <i>de lege lata</i></b>	257
A. Einführung eines Nutzungsentgelts für Außenseiter-Arbeitnehmer mit Hilfe eines Tarifvertrages	257
I. Nutzungsentgelt-Klausel im normativen Teil eines einfachen Tarifvertrages	258
1. Keine Zuständigkeit der Tarifvertragsparteien für ausschließliche und unmittelbare Belastung von Außenseiter-Arbeitnehmern	258
a) Erforderlicher Bezug tariflicher Regelungen zur Selbstbestimmung der Mitglieder	259
b) Organisationspolitische Maßnahmen und die sachliche Reichweite der Tarifautonomie	260
c) Organisationspolitische Maßnahmen und die personelle Reichweite der Tarifautonomie	262
d) Folgen für die Frage des Nutzungsentgelts für Außenseiter-Arbeitnehmer	266
2. Keine Normsetzungsbefugnis für Nutzungsentgelte iRv §§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 2 TVG	267
a) Nutzungsentgelt-Klausel als Inhaltsnorm iSv § 1 Abs. 1 TVG?	268
aa) Keine Lohnverwendungsabrede als Inhaltsnorm eines einfachen Tarifvertrages	269
bb) Keine Bindung der Außenseiter-Arbeitnehmer an eine Nutzungsentgelt-Klausel n. § 4 Abs. 1 oder § 5 Abs. 4 TVG	270
b) Nutzungsentgelt-Klausel als Betriebsnorm iSd §§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 2 TVG	272
aa) Kein Bezug zu betrieblichen oder betriebsverfassungsrechtlichen Fragen	273
bb) Zwingende Einschränkung des Betriebsnormbegriffs	273
cc) Folgen für die Frage des Nutzungsentgelts für Außenseiter-Arbeitnehmer	276
c) Zwischenergebnis	276

II. Nutzungsentgelt-Klausel im Tarifvertrag über eine gemeinsame Einrichtung n. § 4 Abs. 2 TVG – zum Vorschlag der IG BSE	276
1. VAK als gemeinsame Einrichtung iSv § 4 Abs. 2 TVG	277
2. Keine Sondertarifmacht für Tarifnormen über gemeinsame Einrichtungen	279
a) Beitragszahlungspflichten als Beleg für die Eigenschaft der Tarifnormen über gemeinsame Einrichtungen als eigenständige Kategorie	279
b) Keine gezielte Außenseiter-Belastung auf Umwegen	282
3. Keine Bindung der Außenseiter-Arbeitnehmer im Wege der AVE gem. §§ 4 Abs. 2, 5 Abs. 1 TVG	284
a) Erforderlichkeit einer wirksamen Tarifbestimmung	285
b) Erforderlichkeit der Mitwirkung der Arbeitgeber	286
c) Ermessensentscheidung des Bundesministers als „echte Hürde“	287
aa) Zweifelhaftigkeit des öffentlichen Interesses an der AVE	288
(1) Mittelbarer Vorteil für Außenseiter-Arbeitnehmer in Gestalt der „Stärkung der Koalitionen“ als abwägungsrelevanter Belang?	288
(2) Schutz der Außenseiter-Arbeitnehmer als primärer Schutzzweck	292
(3) Abwägung der mit der AVE unmittelbar einhergehenden Vor- und Nachteile für die Außenseiter-Arbeitnehmer	293
bb) Beachtung des Erfordernisses der gleichmäßigen Behandlung	294
(1) Erfordernis der gleichmäßigen Behandlung durch die Einrichtung	294
(2) Ungleichmäßige Behandlung bei Umsetzung des Vorschlags der IG BSE	297
(3) Keine Rechtfertigung der ungleichmäßigen Behandlung	300
4. Ergebnis	301

III. Nutzungsentgelt-Klausel im schuldrechtlichen Teil eines einfachen Tarifvertrages	302
1. Die Nutzungsentgelt-Regelung als Einwirkungsklausel	303
a) Inhalt der Einwirkungsklausel	303
b) Ineffektivität einer Nutzungsentgelt-Klausel als Einwirkungsklausel	304
aa) Lückenhafte Erfassung von Arbeitgebern und Arbeitnehmern	304
bb) Unkenntnis über die Gewerkschaftszugehörigkeit der Bewerber sowie Unmöglichkeit eines einseitigen Lohnabzugs	308
c) Zwischenergebnis	311
2. Die Nutzungsentgelt-Regelung als Verpflichtungsklausel	311
a) Keine Regelungsbefugnis für ausschließliche und unmittelbare Belastung von Außenseiter-Arbeitnehmern im schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrages	312
b) Möglichkeit zum Abschluss nichttariflicher Koalitionsverträge auf Grundlage von Art. 2 Abs. 1 GG	314
IV. Ergebnis	315
B. Einführung eines Nutzungsentgelts für Außenseiter-Arbeitnehmer durch Anspruchsgrundlagen außerhalb eines Tarifvertrages	316
I. Zahlungspflicht für Außenseiter-Arbeitnehmer aus nichttariflichem Koalitionsvertrag	316
1. Kein Vertrag zu Gunsten Dritter	317
2. Keine Unterwerfung der Außenseiter-Arbeitnehmer durch Bezugnahme im Individualarbeitsvertrag	317
3. Ergebnis	320
II. Zahlungspflicht der Außenseiter-Arbeitnehmer aus der „Natur der Sache“	320
1. Irrelevanz faktischer Überwirkung auf Außenseiter-Arbeitnehmer angesichts fehlenden Regelungsauftrages	322
2. Kein Anspruch aus „Treu und Glauben“ (§ 242 BGB)	326
3. Kein verfassungsunmittelbarer Anspruch aus Art. 9 Abs. 3 GG	328
4. Ergebnis	331



III. Zahlungspflicht der Außenseiter-Arbeitnehmer aus vertraglichem Schuldverhältnis mit der Gewerkschaft	332
1. <i>Galperins</i> Idee des konkludenten Vertragsschlusses durch sozialtypisches Verhalten	332
2. Ablehnung eines konkludenten Vertragsschlusses	333
a) Kein konkludentes Angebot der Gewerkschaften an Außenseiter-Arbeitnehmer	334
b) Keine konkludente Annahmeerklärung der Außenseiter-Arbeitnehmer	335
IV. Zahlungspflicht der Außenseiter-Arbeitnehmer aus gesetzlichem Schuldverhältnis mit der Gewerkschaft nach den Vorschriften zur GoA (§§ 677 ff. BGB)	336
1. Keine Geschäftsführung der Gewerkschaft für die Außenseiter-Arbeitnehmer	337
2. Kein Wille der Außenseiter-Arbeitnehmer zur Geschäftsführung durch die Gewerkschaft	341
3. Kontrollüberlegung: „Mitgliedschaft light“ bei Annahme einer GoA	343
V. Zwischenergebnis	344
VI. Zahlungspflicht der Außenseiter-Arbeitnehmer in Ansehung eines Urheberrechts am Tarifvertrag	344
1. Urheberrechtsschutz für Tarifverträge	345
a) Stand der Diskussion	345
b) Stellungnahme	348
aa) Ausgangspunkt: Schutz des Tarifvertrages als Sprachwerk iSv § 2 UrhG	348
bb) Keine Einschlägigkeit der Ausnahmegvorschrift des § 5 UrhG für einfache Tarifverträge	348
(1) Erforderlichkeit der „Amtlichkeit“ für Ausnahme n. § 5 Abs. 1 und 2 UrhG	349
(2) Definition der „Amtlichkeit“ n. § 5 Abs. 1 und 2 UrhG	350
(3) Fehlende Amtlichkeit einfacher Tarifverträge	351
(aa) Kein amtliches Werk iSd § 5 Abs. 1 UrhG	351
(bb) Kein anderes amtliches Werk iSd § 5 Abs. 2 UrhG	354

a. Kein Herrühren von einer amtlichen Stelle	354
b. Keine Zurechnung zu einer amtlichen Stelle	354
(cc) Zwischenergebnis	358
(4) Einschlägigkeit des § 5 Abs. 3 UrhG?	358
cc) Abweichende Bewertung bei allgemeinverbindlichen Tarifverträgen?	360
dd) Analoge Anwendung des § 5 UrhG?	362
(1) Keine analoge Anwendung der § 5 Abs. 1 und Abs. 2 UrhG	362
(2) Analoge Anwendung des § 5 Abs. 3 UrhG?	365
c) Zwischenergebnis	366
2. Kommerzialisierung der Partizipation der Außenseiter- Arbeitnehmer nach UrhG	366
a) Übersicht über in Frage kommende Anspruchsgrundlagen	366
b) Ungeeignetheit der §§ 32 Abs. 2, 97 Abs. 2 UrhG als Grundlagen für das avisierte Nutzungsentgelt	367
(1) Ausscheiden von im Volltext veröffentlichten/zugänglichen Tarifverträgen	368
(2) Kein Schutz der „Benutzung“ von Werken	368
(3) Kein Erfassen der „wahren Vorteilhaftigkeit“ der Partizipation am Tarifvertrag	370
c) Zwischenergebnis	371
3. Zwischenergebnis	371
4. Anspruch aus gesetzlichem Schuldverhältnis nach § 823 BGB oder § 812 Abs. 1 Alt. 2 BGB in Ansehung des Urheberrechts?	372
C. Zusammenfassung der Erkenntnisse und deren Bedeutung für den Fortgang der Untersuchung	375

<b>Kapitel 4 – Umsetzbarkeit eines Nutzungsentgelts für Außenseiter-Arbeitnehmer in Deutschland <i>de lege ferenda</i></b>	<b>379</b>
A. Modell 1: Erweiterung der Normsetzungsbefugnis zur Ermöglichung einer Zahlungspflicht aus einfachem Tarifvertrag	380
I. Gestaltungsoption zur Erweiterung der Normsetzungsbefugnis	380
II. Bewertung der Gestaltungsoption zur Erweiterung der Normsetzungsbefugnis	382
1. Pro: Flexibilität für die Tarifvertragsparteien	382
2. Contra: Keine Erweiterung der Normsetzungsbefugnis außerhalb des Schutzbereichs aus Art. 9 Abs. 3 GG	382
3. Contra: Pflicht zur Beachtung von Außenseiter-Interessen bei Unterstellung unter die Normsetzungsmacht der Tarifvertragsparteien	383
4. Contra: Zweifel an Akzeptanz und effektiver Umsetzung durch die Tarifvertragsparteien	385
III. Ergebnis	386
B. Modell 2: Schaffung eines Anschlusses an den Tarifvertrag nach Schweizer Vorbild	387
I. Präliminarien zum weiteren Vorgehen	388
II. Rahmenbedingungen des Tarifwesens in der Schweiz	389
1. Grundlagen zum Schweizer Tarifrecht	389
a) Tarifautonomie und Gesamtarbeitsverträge (GAV)	389
b) Koalitionsfreiheit	391
aa) Ausgestaltungsbedürftiges Grundrecht	392
aa) Ausdrückliches Verbot von Verbandszwang	393
bb) Zulässigkeit von Vertragszwang	394
c) Arbeitskampffreiheit	395
2. Koalitionen in der Schweiz	397
a) Organisation und Mitgliederzahlen der Schweizer Gewerkschaften im Überblick	397
b) Organisationsstrukturen auf Arbeitgeberseite	400
c) Stellung und Aufgaben im Überblick	401
d) Partnerschaftliche Förderung der Ordnungsaufgabe des GAV im Speziellen	402
3. Reichweite von GAV im Spiegel von Abdeckungsraten	405
4. Zwischenfazit	409

III. Möglichkeiten zur Partizipation der Außenseiter am Gesamtarbeitsvertrag außerhalb des formellen Anschlusses n. Art. 356b OR	410
1. Partizipation der Außenseiter an der schuldrechtlichen Wirkung des GAV im Wege des informellen Anschlusses	410
a) Entwicklung des informellen Anschlusses im Zusammenhang mit Vertragstreue-Vereinbarungen	410
b) Einführung der Kostenpflichtigkeit des informellen Anschlusses	414
aa) Austrittsverhinderung und Beitrittsanreiz	415
bb) Vorteilsausgleich und Entlastung	416
2. Partizipation der Außenseiter an der normativen Wirkung des GAV durch Allgemeinverbindlicherklärung nach AVEG	417
a) Behördlich ausgeweitete Normwirkung	417
b) Kritik am Institut der AVE	418
c) Abhängigkeit der AVE von restriktiven Voraussetzungen	418
d) Kostenpflichtigkeit der Partizipation im Wege der AVE	420
e) Verhältnis von AVE und privatrechtlicher Tariftreueregelung mit Solidaritätsbeitrag	421
aa) Verfechter eines Ausschließlichkeitsverhältnisses von AVE und Anschlusszwangs mit Solidaritätsbeitrag sowie eines Nachrangs des Solidaritätsbeitrages	422
bb) Ablehnung eines Ausschließlichkeitsverhältnisses von AVE und Anschlusszwang mit Solidaritätsbeitrag durch BG v. 13.9.1949	423
cc) Bestätigung des Nebeneinanders von AVE und Anschlusszwang mit Solidaritätsbeitrag bei Revision des AVE-Rechts	423
dd) Zwischenergebnis	424
f) Schlussfolgerungen	424
IV. Möglichkeit zur Partizipation der Außenseiter am Gesamtarbeitsvertrag durch formellen Anschluss n. Art. 356b OR	425
1. Beseitigung von Rechtsunsicherheit	425

2. Voraussetzung und Wirkung des formellen Anschlusses	427
V. Solidaritätsbeitrag als Bedingung eines Anschlusses	
n. Art. 356b Abs. 2 OR	430
1. Schuldner des Solidaritätsbeitrags	430
2. Höhe des Solidaritätsbeitrags	431
a) Schaffung der Generalklausel	
Art. 356b Abs. 2 S. 2 OR	431
b) Schaffung einer 2/3-Grenze durch die Rechtsprechung	431
c) Stichprobenartige Überprüfung in der Praxis	432
3. Einzug des Solidaritätsbeitrags	434
a) Statusneutraler Einzug des Solidaritätsbeitrages von allen Arbeitnehmern	434
b) Praktische Schwierigkeiten des Beitragseinzugs	436
4. Verwendungsmöglichkeiten des Solidaritätsbeitrags	437
a) Vorgaben des Art. 356b Abs. 2 S. 2 2. HS OR	437
b) Rückerstattungen an Mitglieder der tarifschließenden Gewerkschaft als echte Mehrleistungen	438
c) Kontrolle der Mittelverwendung	439
5. Zulässigkeit des Solidaritätsbeitrags als Bedingung eines Anschlusses iSv Art. 356b Abs. 2 OR	440
a) Beitragserhebung von Außenseitern	440
aa) Prämisse: Unzulässigkeit von Verbandszwang, aber Zulässigkeit von Anschlusszwang	440
bb) Zulässigkeit in Abhängigkeit von der Beitragshöhe	441
(1) BG v. 25.5.1948 – Grundsatz der Abhängigkeit vom Mitgliedschaftsbeitrag im tarifschließenden Verband	442
(2) Korrektur durch BG v. 13.9.1949 – Grundsatz der Zweckproportionalität	443
(3) Folgen für die Frage der Umlagefähigkeit von Kosten	444
b) Beitragserhebung von Andersorganisierten	445
aa) Grundsätzliche Zulässigkeit	445

bb) Einschränkungen	446
(1) Keine Beitragspflicht ggü. Andersorganisierten bei Verweigerung des GAV-Anschlusses für den Konkurrenzverband (Art. 356b Abs. 3 OR)	446
(2) Vertretungs- und Teilhaberechte beigetreter Verbände	447
c) Pflicht zur politischen Mäßigung oder Neutralität der begünstigten Verbände?	448
VI. Verbreitung des Solidaritätsbeitrages als Bedingung für den formellen Anschluss und sein Erfolg als Werbemittel	449
VII. Erkenntnisse aus der Betrachtung der Schweizer Verhältnisse für die Gestaltung eines Nutzungsentgelts als „Anschlussbedingung“ im deutschen Recht	452
1. Contra: Gefahr der Bedeutungslosigkeit des kostenpflichtigen Anschlusses bei Fortbestehen der kostenlosen Bezugnahmemöglichkeit	453
a) Keine „Zugwirkung“ der Chance auf normative Tarifgeltung	453
b) Keine automatische Kostenpflichtigkeit bei Bezugnahme	454
2. Contra: Fragwürdigkeit der Zustimmung von Seiten der Tarifvertragsparteien	456
a) Erfordernis einer ausgeprägten partnerschaftlichen Zusammenarbeit	457
b) Widerstand von Seiten der Gewerkschaften selbst	457
c) Widerstand von Seiten der Arbeitgeberverbände – kein „Quid pro Quo“	458
d) Kein Zwang zur Annahme der Anschlussklärung	459
3. Contra: Keine „Förderung“ des freiwilligen Anschlusses der Außenseiter-Arbeitnehmer mit Hilfe einer Absperrklausel im deutschen Recht	461
VIII. Ergebnis	463
C. Modell 3: Einführung einer Zahlungspflicht für Außenseiter- Arbeitnehmer im TVG	464
I. Plädoyer für die direkte Regelung der Zahlungspflicht im Gesetz	464
II. Maßgaben für die Höhe des Nutzungsentgelts	465

III. Durchführung der Entgeltabführung	468
1. Bisher erörterte Lösungen	468
a) Selektive Abführung (nur für Außenseiter und ggf. Andersorganisierte)	468
b) Pauschale Abführung (für alle Arbeitnehmer)	469
2. Bewertung	470
a) Keine leichtfertige Offenlegung der Mitgliederidentitäten gegenüber den Arbeitgebern	470
b) Keine leichtfertige Offenlegung der Identität Andersorganisierter gegenüber der tarifschließenden Gewerkschaft	471
c) Erfordernis der Zwischenschaltung eine übergeordnete Stelle	472
3. Eigener Lösungsvorschlag	473
a) Statusneutrale Abführung an die Betriebstättenfinanzämter durch die Arbeitgeber	473
b) Eintragung der Gewerkschaftsmitgliedschaft in die ELStAM-Daten als Alternative?	474
c) Wege zur Herstellung der Belastungsfreiheit organisierter Arbeitnehmer	476
aa) Schwierigkeiten bei Erstattungen im Wege der Einkommensteuererklärung	476
bb) Automatisierte Erstattungen in halbjährlicher Abrechnung	478
(1) Zuständigkeit der Oberfinanzdirektionen bzw. Landesämter für Steuern	478
(2) Einrichtung einer Datenschnittstelle für halbjährliche Abgleiche und Abrechnungen	479
cc) Rückerstattungen an Andersorganisierte nur unter bestimmten Voraussetzungen?	482
IV. Kontrolle der Entgeltabführung und Folgefragen	483
1. Kontrolle der Entgeltabführung	483
2. Auswahl eines Kontrollorgans	484
a) Gewerkschaft als Kontrollorgan	484
b) Betriebsrat als Kontrollorgan	484
c) Auffang-Kontrollorgane	486
aa) Kontrollorgan Finanzamt	486
bb) Rentenversicherungsträger als Kontrollorgan	487
cc) Zoll als Kontrollorgan	488

d) Zwischenergebnis	489
3. Haftung für das Nutzungsentgelt	490
a) Einwand der Leistung an Erfüllung statt bei korrekter Abführung durch den Arbeitgeber	490
b) Subsidiärhaftung des Arbeitgebers	492
c) Sicherstellung der Durchsetzbarkeit der Entgeltabführung – Verbot von Umgehungen?	493
d) Sanktionen bei Nichtabführung	496
V. Verwendungsfreiheit der von den Gewerkschaften eingenommenen Nutzungsentgelte	497
1. Einschränkungen der Mittelverwendung nach Schweizer Vorbild?	497
2. Besondere Anforderungen wegen des Charakters als „nichtsteuerlichen Sonderabgabe“?	498
a) Kategorie der nichtsteuerlichen Sonderabgabe	498
b) Nutzungsentgelt als unzulässige nichtsteuerliche Sonderabgabe?	502
aa) Keine nichtsteuerliche Sonderabgabe	502
bb) Hilfsweise: Erfüllung der strengen Voraussetzungen für nichtsteuerliche Sonderabgaben	503
(1) Inanspruchnahme einer abgrenzbaren homogenen Gruppe	503
(2) Sachnähe der belasteten Gruppe zum durch Abgabenerhebung verfolgten Zweck	504
(3) Gruppennützliche Verwendung der Mittel	505
3. Ergebnis	506
D. Ergebnis der konzeptionellen Überlegungen	507
<b>Kapitel 5 – Verfassungsmäßigkeit eines Nutzungsentgelts für Außenseiter-Arbeitnehmer in Deutschland <i>de lege ferenda</i></b>	509
A. Klärung des Prüfungsmaßstabes	509
I. Kontrollmaßstab bei der Überprüfung von Rechtsakten im Kontext des Unionsrechts	509



II. Kontrollmaßstab für ein Gesetz zur Einführung eines Nutzungsentgeltes für Außenseiter-Arbeitnehmer	510
1. Gesetz zur Einführung eines Nutzungsentgeltes für Außenseiter-Arbeitnehmer als die Mindestlohn-RL umsetzendes Gesetz?	511
2. Argumente für eine gleichwohl am Maßstab des Grundgesetzes vorzunehmende Kontrolle	512
a) Kompetenzwidriges Handeln der EU	512
aa) Wahl der falschen Kompetenzgrundlage	512
bb) Kompetenzschränke des Art. 153 Abs. 5 AUEV	514
b) Kontrolle des Gestaltungsspielraums bei mindestharmonisierenden Maßnahmen anhand des nationalen Verfassungsrechts	515
III. Ergebnis	517
B. Nutzungsentgelt-Regelungen und negative Koalitionsfreiheit der Außenseiter-Arbeitnehmer	517
I. Eingriff in das Fernbleiberecht der Außenseiter-Arbeitnehmer durch Nutzungsentgelte	518
1. Festlegung des Prüfungsmaßstabs	518
a) Druckbestimmung des Großen Senats mit Hilfe der Sozialadäquanz	518
b) Kritik am Kriterium der Sozialadäquanz und die de facto Abkehr davon	519
c) Eigene Bewertung	519
aa) Erfordernis einer Eingriffsschwelle bei mittelbar-faktischen Eingriffen durch den Staat	520
(1) Grundsätze	520
(2) Übertragung auf Art. 9 Abs. 3 GG	522
bb) Kein Erfordernis einer Eingriffsschwelle bei unmittelbar-finalen Eingriffen durch den Staat	523
2. Pflicht zur Zahlung des Nutzungsentgelts als unmittelbarer und finaler Eingriff	523
3. Zwischenergebnis	524
II. Rechtfertigung des Eingriffs – formelle Verfassungsmäßigkeit	524

III. Rechtfertigung des Eingriffs – materielle	
Verfassungsmäßigkeit	525
1. Verfolgung eines legitimen Zwecks mit legitimen Mitteln	525
a) Stärkung der Tarifautonomie als grundsätzlich legitimer Zweck	525
b) Illegitimität des Mittels wegen eines Verstoßes gegen das Neutralitätsgebot?	526
aa) Neutralitätsgebot aus Art. 9 Abs. 3 GG als objektives Verfassungsprinzip	527
bb) Keine direkte oder indirekte staatliche Finanzierung der Koalitionen durch Ermöglichung des Nutzungsentgelts	529
cc) Kein Eingriff in das Kräfteverhältnis der Koalitionen untereinander	530
dd) Keine Finalität der Maßnahme – zum Konflikt von negativer und positiver Koalitionsfreiheit	531
c) Zwischenergebnis	532
2. Eignung von Nutzungsentgelten zur Zweckerreichung	532
3. Erforderlichkeit von gesetzlich geregelten Nutzungsentgelten zur Zweckerreichung	532
a) Die bundesweite Tariftreueregelung als milderes, gleich geeignetes Mittel?	533
aa) Vorhaben des BMAS – Ausweitung der Tarifgeltung als Anreiz zum Beitritt in den Arbeitgeberverband und Stärkung der Tarifautonomie	533
bb) Kein milderes Mittel – erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Tariftreue	536
(1) Beeinträchtigung der Arbeitsvertragsfreiheit der Arbeitgeber	536
(2) Beeinträchtigung der Koalitionsfreiheit	538
cc) Fehlende Eignung einer Tariftreueregelung zur Stärkung der Tarifautonomie	540
b) Einschränkung oder Verbot der Bezugnahme als milderes, gleich geeignetes Mittel?	541
c) Gesetzliche Ermöglichung der Differenzierungsklauseln	544
d) Zwischenergebnis	548

4. Angemessenheit von Nutzungsentgelten	548
a) Abstrakte Wertigkeit von Mittel und Zweck	549
b) Konkrete Bewertung	550
aa) Grad der Zweckerreichung	550
bb) Schwere des Eingriffs	551
c) Abwägung der widerstreitenden Belange	552
5. Ergebnis	554
C. Nutzungsentgelt-Regelungen und die positive Koalitionsfreiheit	554
D. Nutzungsentgelt-Regelungen und die Arbeitsvertragsfreiheit	556
E. Nutzungsentgelt-Regelungen und Eigentumsfreiheit	556
F. Nutzungsentgelt-Regelungen und die Meinungsfreiheit	557
G. Nutzungsentgelt-Regelungen und allgemeine Handlungsfreiheit	559
I. Allgemeine Handlungsfreiheit der Außenseiter- Arbeitnehmer	560
II. Allgemeine Handlungsfreiheit der organisierten Arbeitnehmer	560
H. Nutzungsentgelt-Regelungen und allgemeiner Gleichheitssatz	562
I. Ungleichbehandlung der zur Zahlung des Nutzungsentgelts herangezogenen Arbeitnehmer	562
II. Rechtfertigung der Ungleichbehandlung	563
I. Gesamtergebnis und Ausblick	564
<b>Kapitel 6 – Zusammenfassung der Ergebnisse</b>	<b>567</b>
<b>Anhang</b>	<b>581</b>
<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>587</b>