Bundesarbeitsgericht
Zehnter Senat

Beschluss vom 21. März 2018
- 10 ABR 62/16 -
ECLI:DE:BAG:2018:210318.B.10ABR62.16.0

I. Landesarbeitsgericht
Berlin-Brandenburg

Beschluss vom 21. Juli 2016
- 14 BVL 5007/15, 14 BVL 5003/16,
14 BVL 5004/16, 14 BVL 5005/16 -

Entscheidungsstichwort:

Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG nF

Leitsätze:

1. Einzige materielle Voraussetzung für den Erlass einer Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 Abs. 1 TVG ist, dass diese im öffentlichen Interesse geboten erscheint. Dabei wird der Grundtatbestand des § 5 Abs. 1 Satz 1 TVG durch die Regelbeispiele in Satz 2 konkretisiert. Sind die Tatbestandsvoraussetzungen eines Regelbeispiels erfüllt, wird das Bestehen eines öffentlichen Interesses gesetzlich vermutet. In einem solchen Fall müssen besondere Umstände oder gewichtige entgegenstehende Interessen vorliegen, um ein öffentliches Interesse an der Allgemeinverbindlicherklärung zu verneinen.

2. Nach § 5 Abs. 1a TVG kann nur ein Tarifvertrag über eine gemeinsame Einrichtung für allgemeinverbindlich erklärt werden und die besondere Rechtswirkung des § 5 Abs. 4 Satz 2 TVG auslösen. Auch die Allgemeinverbindlicherklärung eines solchen Tarifvertrags verlangt - neben dem Ziel der Sicherung der Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtung - das Bestehen eines öffentlichen Interesses. Dieses kann nur verneint werden, wenn besonders gewichtige Umstände oder überragende entgegenstehende Interessen gegen den Erlass der Allgemeinverbindlicherklärung sprechen.

BUNDESARBEITSGERICHT

10 ABR 62/16
14 BVL 5007/15
14 BVL 5003/16
14 BVL 5004/16
14 BVL 5005/16
Landesarbeitsgericht
Berlin-Brandenburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
21. März 2018

BESCHLUSS

Jatz, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.

Antragsteller zu 1. und Rechtsbeschwerdeführer zu 1.,

2. ...

3.

Antragsteller zu 3. und Rechtsbeschwerdeführer zu 3.,

4.

Antragsteller zu 4. und Rechtsbeschwerdeführer zu 4.,

5.

Antragstellerin zu 5. und Rechtsbeschwerdeführerin zu 5.,

6.

Antragsteller zu 6. und Rechtsbeschwerdeführer zu 6.,

7.

Antragsteller zu 7. und Rechtsbeschwerdeführer zu 7.,

8.

Antragsteller zu 8. und Rechtsbeschwerdeführer zu 8.,

9.

Antragsteller zu 9. und Rechtsbeschwerdeführer zu 9.,

10.

Antragsteller zu 10. und Rechtsbeschwerdeführer zu 10.,

11.

Antragsteller zu 11. und Rechtsbeschwerdeführer zu 11.,

12.

Antragsteller zu 12. und Rechtsbeschwerdeführer zu 12.,

13.

14.

15.

16.

17.

18.

Antragsteller zu 18. und Rechtsbeschwerdeführer zu 18.,

19.

Antragsteller zu 19. und Rechtsbeschwerdeführer zu 19.,

20.

Antragsteller zu 20. und Rechtsbeschwerdeführer zu 20.,

21.

Antragsteller zu 21. und Rechtsbeschwerdeführer zu 21.,

22.

Antragsteller zu 22. und Rechtsbeschwerdeführer zu 22.,

23.

Antragsteller zu 23. und Rechtsbeschwerdeführer zu 23.,

24.

Antragsteller zu 24. und Rechtsbeschwerdeführer zu 24.,

25.

Antragsteller zu 25. und Rechtsbeschwerdeführer zu 25.,

26.

Antragsteller zu 26. und Rechtsbeschwerdeführer zu 26.,

27.

Antragstellerin zu 27. und Rechtsbeschwerdeführerin zu 27.,

28.

Antragsteller zu 28. und Rechtsbeschwerdeführer zu 28.,

29. ...

30. ...

31. ...

32. ...

33. ...

34.

Antragsteller zu 34. und Rechtsbeschwerdeführer zu 34.,

35. ...

36.

Antragsteller zu 36. und Rechtsbeschwerdeführer zu 36.,

37. ...

38.

Antragstellerin zu 38. und Rechtsbeschwerdeführerin zu 38.,

39.

Antragsteller zu 39. und Rechtsbeschwerdeführer zu 39.,

40.

Antragsteller zu 40. und Rechtsbeschwerdeführer zu 40.,

41.

Antragsteller zu 41. und Rechtsbeschwerdeführer zu 41.,

42.

Antragstellerin zu 42. und Rechtsbeschwerdeführerin zu 42.,

43.

Antragsteller zu 43. und Rechtsbeschwerdeführer zu 43.,

44.

Antragsteller zu 44. und Rechtsbeschwerdeführer zu 44.,

45.

Antragsteller zu 45. und Rechtsbeschwerdeführer zu 45.,

46.

Antragsteller zu 46. und Rechtsbeschwerdeführer zu 46.,

47.

Antragsteller zu 47. und Rechtsbeschwerdeführer zu 47.,

48.

Antragsteller zu 48. und Rechtsbeschwerdeführer zu 48.,

49. ...

50.

Antragsteller zu 50. und Rechtsbeschwerdeführer zu 50.,

51. ...

52. ...

53. ...

54.

Antragsteller zu 54. und Rechtsbeschwerdeführer zu 54.,

55. ...

56.

Antragsteller zu 56. und Rechtsbeschwerdeführer zu 56.,

57. ...

58. ...

59.

60.

61.

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Anhörung vom 21. März 2018 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gallner, den Richter am Bundesarbeitsgericht Reinfelder, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Brune sowie die ehrenamtliche Richterin Rudolph und den ehrenamtlichen Richter Budde für Recht erkannt:

1. Die Rechtsbeschwerden der Beteiligten zu 59., 60. und 61. gegen den Beschluss des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 21. Juli 2016 - 14 BVL 5007/15, 14 BVL 5003/16, 14 BVL 5004/16, 14 BVL 5005/16 - werden als unzulässig verworfen.

2. Die Rechtsbeschwerden der übrigen Beteiligten gegen den Beschluss des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 21. Juli 2016 - 14 BVL 5007/15, 14 BVL 5003/16, 14 BVL 5004/16, 14 BVL 5005/16 - werden zurückgewiesen.

3. Die Beschlussformel des Beschlusses des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 21. Juli 2016 - 14 BVL 5007/15, 14 BVL 5003/16, 14 BVL 5004/16, 14 BVL 5005/16 - wird zur Klarstellung hinsichtlich der Ziffern I. bis IV. wie folgt neu gefasst:

   I. Es wird festgestellt, dass die Allgemeinverbindlicherklärung vom 6. Juli 2015 *(BAnz. AT 14. Juli 2015 B3)* des Tarifvertrags über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV) vom 3. Mai 2013

in der Fassung des letzten Änderungstarifvertrags vom 10. Dezember 2014 wirksam ist.

II. Es wird festgestellt, dass die Allgemeinverbindlicherklärung vom 6. Juli 2015 *(BAnz. AT 14. Juli 2015 B1)* des Bundesrahmentarifvertrags für das Baugewerbe für Arbeiter (BRTV) einschließlich Anhang (Einstellungsbogen) vom 4. Juli 2002 in der Fassung des letzten Änderungstarifvertrags vom 10. Dezember 2014 wirksam ist.

III. Es wird festgestellt, dass die Allgemeinverbindlicherklärung vom 6. Juli 2015 *(BAnz. AT 14. Juli 2015 B2)* des Tarifvertrags über die Berufsbildung im Baugewerbe (BBTV) vom 10. Dezember 2014 - ohne die Allgemeinverbindlicherklärung der §§ 6, 10, 12 bis 15 BBTV - wirksam ist.

IV. Es wird festgestellt, dass die Allgemeinverbindlicherklärung vom 6. Juli 2015 *(BAnz. AT 14. Juli 2015 B4)* des Tarifvertrags über eine zusätzliche Altersversorgung im Baugewerbe (TZA Bau) vom 5. Juni 2014 in der Fassung des Änderungstarifvertrags vom 10. Dezember 2014 wirksam ist.

Von Rechts wegen!

Gründe

A. Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärungen von vier Tarifverträgen *(BAnz. AT 14. Juli 2015 B1 bis B4)*. Verfahrensgegenstände sind die Allgemeinverbindlicherklärungen (AVE) vom 6. Juli 2015 des Bundesrahmentarifvertrags für das Baugewerbe für Arbeiter (BRTV) einschließlich Anhang (Einstellungsbogen) vom 4. Juli 2002 idF des letzten Änderungstarifvertrags vom 10. Dezember 2014 (AVE BRTV 2015), des Tarifvertrags über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV) vom 3. Mai 2013 idF des letzten Änderungstarifvertrags vom 10. Dezember 2014 (AVE VTV 2015), des Tarifvertrags über die Berufsbildung im Baugewerbe (BBTV) vom 10. Dezember 2014 (AVE BBTV 2015) und des Tarifvertrags über 1

eine zusätzliche Altersversorgung im Baugewerbe (TZA Bau) vom 5. Juni 2014 idF des Änderungstarifvertrags vom 10. Dezember 2014 (AVE TZA Bau 2015).

Die Tarifverträge wurden auf Arbeitgeberseite von den Beteiligten zu 15. und 16., dem Zentralverband des Deutschen Baugewerbes e. V. (ZDB) und dem Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e. V. (HDB), jeweils mit der Beteiligten zu 17., der Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt (IG BAU), abgeschlossen. 2

Der BRTV regelt wesentliche Arbeitsbedingungen im Baugewerbe, darunter auch die materiellen Urlaubsregelungen im Rahmen des Urlaubskassenverfahrens. Entgelttarifverträge werden gesondert vereinbart. Der BBTV regelt die materiellen Ausbildungsbedingungen und das Verfahren über die Erstattung von Ausbildungsvergütungen und überbetrieblichen Ausbildungskosten sowie die Finanzierung dieses Verfahrens. Im TZA Bau sind zusätzliche Altersversorgungsleistungen und deren Finanzierung über die Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes (ZVK Bau) geregelt. Die ZVK Bau ist eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien. Der VTV regelt die Durchführung des in den vorgenannten Tarifverträgen festgelegten Urlaubskassenverfahrens, der zusätzlichen Altersversorgung und der Berufsbildung im Baugewerbe. 3

Der Beteiligte zu 14. ist die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft (ULAK), eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien in der Rechtsform eines Vereins mit Rechtsfähigkeit kraft staatlicher Verleihung. Er ist die gemeinsame Einzugsstelle für die tariflich festgelegten Beiträge im Urlaubskassen- und Berufsbildungsverfahren und die Beiträge zu der ZVK Bau sowie den regionalen Kassen in Bayern und Berlin. 4

Mit Schreiben vom 10. Dezember 2014 beantragte der HDB, zugleich namens und in Vollmacht des ZDB und der IG BAU, beim Beteiligten zu 13., dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS), die Allgemeinverbindlicherklärung des BRTV, des VTV und des BBTV mit Wirkung zum 1. Januar 2015 und des TZA Bau mit Wirkung zum 1. Januar 2016. Die AVE sollte nach dem Antrag mit den in der sog. Großen Einschränkungsklausel *(BAnz. AT 4. November 2013 B2 in der berichtigten Fassung vom 13. März 2014 BAnz. AT* 5

14. März 2014 B2) enthaltenen Beschränkungen erfolgen. Der Antrag war hinsichtlich sämtlicher Tarifverträge auf § 5 Abs. 1a TVG gestützt, hilfsweise auf § 5 Abs. 1 TVG.

Der Antrag wurde den obersten Arbeitsbehörden der Länder zur Stellungnahme übermittelt und ebenso wie der Termin für die Verhandlung des Tarifausschusses im Bundesanzeiger bekannt gemacht. Am 7. Mai 2015 tagte der Tarifausschuss und befürwortete die beantragten AVE. 6

In vier Prüfvermerken vom 11. Juni 2015 gelangte das BMAS zu dem Ergebnis, dass die Voraussetzungen für den Ausspruch der beantragten AVE vorlägen. Dabei wurde als Rechtsgrundlage für die AVE des BRTV und einiger Vorschriften des BBTV § 5 Abs. 1 TVG angenommen, für die AVE des VTV, des TZA Bau und des überwiegenden Teils des BBTV § 5 Abs. 1a TVG. Mit Vermerk vom 1. Juli 2015 wurden die AVE-Bekanntmachungen der damaligen Bundesministerin für Arbeit und Soziales Andrea Nahles vorgelegt. Der Vermerk wurde von ihr gegengezeichnet, die AVE-Bekanntmachungen von ihr unterzeichnet. Die Bekanntmachungen wurden im Folgenden im Bundesanzeiger veröffentlicht. 7

Bei den Beteiligten zu 1., 3. bis 12., 18. bis 26., 39. bis 48., 50., 54. und 56. handelt es sich um natürliche oder juristische Personen, die im maßgeblichen Zeitraum in der Bauwirtschaft tätig waren und keine gewerblichen Arbeitnehmer beschäftigt haben (sog. Solo-Selbständige). Diese Beteiligten wurden von der ULAK erstmals im Jahr 2015 gemäß § 17 VTV zur Zahlung eines Mindestbeitrags für das Berufsbildungsverfahren herangezogen. Zwischenzeitlich erhebt die ULAK von Betrieben ohne Beschäftigte keine Beiträge mehr auf Grundlage der streitgegenständlichen AVE und zahlt geleistete Beiträge zurück. Die Beteiligten zu 27., 28., 34. und 38. beschäftigten gewerbliche Arbeitnehmer und streiten mit der ULAK vor Gericht darüber, ob in ihren Betrieben überwiegend Tätigkeiten verrichtet werden, die dem Geltungsbereich des VTV unterfallen. Der Beteiligte zu 36. unterhält einen Fassadenbaubetrieb und wendet sich ebenfalls dagegen, Beiträge zu zahlen. Die Beteiligten zu 59. bis 61. werden ebenfalls von der ULAK in Anspruch genommen bzw. streiten über die 8

Rückzahlung geleisteter Beiträge. Keiner dieser Beteiligten war im maßgeblichen Zeitraum Mitglied in einem der tarifvertragsschließenden Arbeitgeberverbände.

Die Beteiligten zu 1., 3. bis 12., 18. bis 26., 39. bis 44. und 61. haben die Auffassung vertreten, der Staat habe mit der Neufassung des § 5 TVG seine Normsetzungsbefugnis außerstaatlichen Stellen überlassen und die Antragsteller über die AVE schrankenlos der normsetzenden Gewalt autonomer Gremien ausgeliefert, die ihnen gegenüber nicht demokratisch bzw. mitgliedschaftlich legitimiert seien. Damit sei der vom Bundesverfassungsgericht vorgegebene Rahmen verlassen worden. Der VTV sei unwirksam, weil die Beteiligten zu 15. bis 17. nicht tariffähig seien. Die AVE des VTV sei nicht im öffentlichen Interesse geboten gewesen. Eine vom Gesetz geforderte Prüfung der Repräsentativität des VTV habe nicht stattgefunden; eine bei verfassungskonformer Auslegung erforderliche überwiegende Bedeutung habe nicht bestanden. Hinsichtlich der Betriebe, die keine gewerblichen Arbeitnehmer beschäftigten, fehle es schon an einer Tarifmacht der Tarifvertragsparteien. Im Übrigen seien die Kartellgerichte allein zuständig. 9

Die Beteiligten zu 27., 28., 34., 36., 38., 45. bis 48., 50., 54. und 56. haben die Auffassung vertreten, die AVE seien bereits deshalb rechtswidrig, weil § 5 Abs. 1, Abs. 1a und Abs. 4 Satz 2 TVG verfassungswidrig seien und gegen Unionsrecht verstießen. Auch die Verordnung zur Durchführung des TVG sei wegen der Verfassungswidrigkeit von § 11 TVG unwirksam. § 11 TVG stehe nicht im Einklang mit Art. 80 Abs. 1 GG. Bei der Neuregelung des § 5 Abs. 1a TVG handle es sich um eine „lex SOKA“, die in den Kern der Grundrechte der Antragsteller aus Art. 9 Abs. 3 und Art. 12 Abs. 1 GG eingreife. Durch die Änderung des § 5 Abs. 1a iVm. Abs. 4 Satz 2 TVG sei die wesentliche Prämisse des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtfertigung des Eingriffs in die Grundrechte aus Art. 9 Abs. 3 GG auf die jetzige Regelung nicht (mehr) übertragbar. Dies gelte insbesondere im Hinblick auf die Verdrängungswirkung nach § 5 Abs. 4 Satz 2 TVG. Im Übrigen seien die tarifschließenden Arbeitgeberverbände nicht tarifzuständig. Davon gehen auch die Beteiligten zu 59. und 60. aus. Die AVE seien materiell rechtswidrig, da insgesamt ein Ermessensausfall vorliege. Das 10

BMAS habe die der AVE entgegenstehenden Interessen in keiner Weise ermittelt. Der VTV sei kein Tarifvertrag iSd. § 5 Abs. 1a TVG, die in Satz 1 Nr. 1 bis Nr. 5 der Vorschrift aufgeführten Regelungsgegenstände müssten kumulativ erfüllt sein. Hinsichtlich der Betriebe, die keine gewerblichen Arbeitnehmer beschäftigten, fehle es schon an einer Tarifmacht der Tarifvertragsparteien. Die AVE des BBTV sei unwirksam, weil das BMAS einzelne Normen auf Grundlage von § 5 Abs. 1 TVG für allgemeinverbindlich erklärt habe, während dies für die übrigen Vorschriften des BBTV nach § 5 Abs. 1a TVG geschehen sei. Eine solche Vorgehensweise widerspreche dem klaren Wortlaut des § 5 TVG. Im Rahmen des Verfahrens nach § 98 ArbGG sei neben der Wirksamkeit der AVE auch die Wirksamkeit der Normen der einzelnen Tarifverträge zu prüfen. Unwirksam seien § 31 BBTV, § 4 Abs. 4 und § 17 VTV, die gegen § 3 Abs. 2 TVG, gegen Art. 12 Abs. 1 und gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstießen. Auch die Zinsregelungen des § 20 VTV und die Verjährungsregelungen des § 21 VTV seien unwirksam.

Die Beteiligten zu 1., 3. bis 12., 18. bis 26., 39. bis 44. und 59. bis 61. haben zuletzt beantragt 11

> festzustellen, dass die am 6. Juli 2015 verkündete Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrags über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV) vom 3. Mai 2013 idF der Änderungstarifverträge vom 3. Dezember 2013 und 10. Dezember 2014 unwirksam ist.

Die Beteiligten zu 27., 28., 34., 36., 38., 45. bis 48., 50., 54. und 56. haben beantragt 12

> festzustellen, dass die Allgemeinverbindlicherklärung folgender Tarifverträge im Baugewerbe:
>
> a) Bundesrahmentarifvertrag für Arbeiter einschließlich Anhang vom 4. Juli 2002 idF des Änderungstarifvertrags vom 10. Dezember 2014,
>
> b) Tarifvertrag vom 10. Dezember 2014 über die Berufsbildung im Baugewerbe (BBTV),

c) Tarifvertrag über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV) vom 3. Mai 2013 idF der Änderungstarifverträge vom 3. Dezember 2013 und 10. Dezember 2014,

d) Tarifvertrag über eine zusätzliche Altersversorgung im Baugewerbe (TZA Bau) vom 5. Juni 2014 idF des Änderungstarifvertrags vom 10. Dezember 2014

gemäß der Bekanntmachung vom 6. Juli 2015 mit Wirkung zum 1. Januar 2015 bzw. 1. Januar 2016 *(BAnz. AT 14. Juli 2015 B1 bis B4)* unwirksam ist.

Der Beteiligte zu 14. hat beantragt 13

festzustellen, dass die vom Beteiligten zu 13. im Bundesanzeiger AT vom 14. Juli 2015 bekannt gemachte Allgemeinverbindlicherklärung vom 6. Juli 2015 des Tarifvertrags über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV) vom 3. Mai 2013 idF vom 3. Dezember 2013 und 10. Dezember 2014 wirksam ist.

Die Beteiligten zu 13. bis 17. haben gemeint, die Neufassung des § 5 TVG sei verfassungsgemäß, die Tarifverträge und deren AVE rechtswirksam. 14

Das BMAS hat die Ansicht vertreten, mangels Feststellungs- bzw. Rechtsschutzinteresses seien die Rechtsbeschwerden bereits unzulässig. Auf Grundlage des Gesetzes zur Sicherung der Sozialkassenverfahren im Baugewerbe vom 16. Mai 2017 *(SokaSiG, BGBl. I S. 1210)* bestehe eine Zahlungspflicht der Antragsteller unabhängig vom Ausgang dieses Verfahrens. Im Übrigen seien die AVE wirksam. Der VTV sei ein Anwendungsfall des § 5 Abs. 1a TVG. Die Regelungen des VTV seien auf Allgemeinverbindlichkeit angelegt und ohne diese nicht handhabbar. Auch die Heranziehung von Solo-Selbständigen nach § 17 VTV liege innerhalb der Schranken der Tarifmacht der Tarifvertragsparteien bei gemeinsamen Einrichtungen gemäß § 4 Abs. 2 TVG. Unabhängig hiervon hätten die gerügten Mängel keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit der AVE; § 139 BGB finde keine Anwendung. Hinsichtlich aller für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge habe ein öffentliches Interesse an der AVE bestanden. 15

Der ZDB hat die Auffassung vertreten, bei ihm handle es sich um eine tariffähige Spitzenorganisation, zu deren satzungsgemäßen Aufgaben der Abschluss von Tarifverträgen im eigenen Namen für alle Betriebe des Baugewerbes gehöre. Alle Mitgliedsverbände seien tarifwillig; in Bayern sei der Abschluss von Tarifverträgen satzungsgemäß vom Landesverband Bayerischer Bauinnungen (LBB) auf den Verband baugewerblicher Unternehmer Bayerns e. V. (VbUB) übertragen worden, der ebenfalls Mitglied bei ihm sei. Im Übrigen sei die Rechtsprechung hinsichtlich der Tariffähigkeit von Spitzenorganisationen auf Arbeitnehmerseite nicht auf Arbeitgeberverbände übertragbar. 16

Der HDB hat die Ansicht vertreten, als Wirtschafts- und Arbeitgeberspitzenverband und Zusammenschluss der bauindustriellen Landesverbände habe er das satzungsgemäße Recht, Tarifverträge abzuschließen, soweit es sich um überregionale Rahmenregelungen handle. Solche Tarifverträge seien hier für allgemeinverbindlich erklärt worden. 17

HDB, ZDB, IG BAU und ULAK haben übereinstimmend die Auffassung vertreten, die AVE des VTV sei zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Sozialkassen der Bauwirtschaft notwendig. Diese könnten ihre Aufgaben nur erfüllen und die damit verfolgten sozialpolitischen Ziele erreichen, wenn alle Baubetriebe unabhängig von ihrer Verbandszugehörigkeit verpflichtet würden, die zur Finanzierung benötigten Sozialkassenbeiträge abzuführen. Die Sicherung der Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtungen sei die einzige materiellrechtliche Voraussetzung für die AVE von Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen nach § 5 Abs. 1a TVG. Klein- und Kleinstbetriebe in der nach wie vor von großer Arbeitnehmerfluktuation geprägten Bauwirtschaft seien allein nicht in der Lage, solche Leistungen zu erbringen; ein branchenbezogener Anspruchserwerb sei erforderlich. So würden zB Baubetriebe, die nicht ausbildeten, über das Berufsbildungsverfahren des BBTV an der Ausbildung von Fachkräften beteiligt. Damit werde nicht nur der Fachkräftebedarf gesichert, sondern auch dem Umstand Rechnung getragen, dass gerade diese Betriebe zu einem späteren Zeitpunkt ausgebildete Fachkräfte einstellen bzw. anwerben könnten. Sobald ein Baubetrieb ausbilde, habe er Anspruch auf die umfänglichen Erstattungsleistungen nach dem BBTV. Ein solcher Erstattungsanspruch könne nur 18

gesichert werden, wenn alle Baubetriebe sich an der Finanzierung beteiligten, unabhängig davon, ob sie selber ausbildeten.

Die ULAK hat darüber hinaus die Auffassung vertreten, Grundlage für die AVE sämtlicher Tarifverträge könne § 5 Abs. 1a TVG sein, so dass es nicht darauf ankomme, ob die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 TVG gegeben seien. 19

Das Landesarbeitsgericht hat die Anträge aller damaligen Antragsteller auf Feststellung der Rechtsunwirksamkeit der AVE 2015 des BRTV, des VTV, des BBTV und des TZA Bau zurückgewiesen und zugleich festgestellt, dass die AVE dieser Tarifverträge wirksam sind. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgen die Antragsteller ihre ursprünglichen Begehren weiter, soweit sie Rechtsbeschwerde eingelegt und diese nicht im Lauf des Rechtsbeschwerdeverfahrens zurückgenommen haben. Drei Beteiligte streben erstmals im Rechtsbeschwerdeverfahren die Feststellung der Unwirksamkeit der AVE VTV 2015 an. 20

B. Die Rechtsbeschwerden sind - mit Ausnahme der Rechtsbeschwerden der Beteiligten zu 59. bis 61. - zulässig *(B I)*. Die Antragsteller verfügen allerdings nur teilweise über eine Antragsbefugnis bzw. noch über ein Interesse an der begehrten Feststellung *(B II)*. Soweit dies hinsichtlich der Beteiligten zu 27., 28., 34., 36. und 38. der Fall ist, sind deren Rechtsbeschwerden unbegründet. Die Auffassung des Landesarbeitsgerichts, die AVE BRTV 2015, die AVE VTV 2015, die AVE BBTV 2015 und die AVE TZA Bau 2015 seien formell und materiell wirksam, ist im Ergebnis nicht zu beanstanden. Lediglich hinsichtlich der AVE der §§ 6, 10, 12 bis 15 BBTV ist eine Klarstellung vorzunehmen, weil über diese mangels antragsbefugter Beteiligter keine Sachentscheidung ergehen durfte. Die Überprüfung der AVE erfolgt im Beschlussverfahren, in dem der Amtsermittlungsgrundsatz gilt *(B III)*. Die AVE verstoßen nicht gegen die EMRK, an den Gerichtshof der Europäischen Union ist kein Vorabentscheidungsersuchen zur Klärung der Vereinbarkeit der AVE mit Unionsrecht zu richten *(B IV)*. Die für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge sind nicht insgesamt unwirksam, eine Aussetzung nach § 97 Abs. 5 ArbGG kommt nicht in Betracht *(B V)*. Die AVE sind von einer hinreichenden demokratischen Legitimati- 21

on getragen *(B VI)*. Verwaltungsverfahrensrechtliche Vorschriften wurden bei ihrem Erlass nicht verletzt *(B VII)*. Die nach § 5 Abs. 1 TVG ausgesprochene AVE BRTV 2015 vom 6. Juli 2015 ist rechtswirksam. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 5 Abs. 1 TVG nF bestehen nicht *(B VIII)*. Gleiches gilt für § 5 Abs. 1a TVG und die auf dieser Grundlage ausgesprochene AVE VTV 2015 vom 6. Juli 2015 *(B IX)*. Auch die ebenfalls am 6. Juli 2015 ergangenen AVE BBTV 2015 - ohne die AVE der §§ 6, 10, 12 bis 15 BBTV - *(B X)* und die AVE TZA Bau 2015 *(B XI)* sind rechtswirksam.

I. Die Rechtsbeschwerden der Beteiligten zu 59. bis 61. sind mangels Beschwerdebefugnis unzulässig und deshalb gemäß § 98 Abs. 3 Satz 1, § 92 Abs. 2, § 72 Abs. 5 ArbGG iVm. § 552 Abs. 1 ZPO zu verwerfen. Eine erstmalige Beteiligung im Rechtsbeschwerdeverfahren kommt im Verfahren nach § 2a Abs. 1 Nr. 5, § 98 ArbGG nicht in Betracht. 22

1. Die Zulässigkeit eines Rechtsmittels setzt voraus, dass der Rechtsmittelführer durch die angefochtene Entscheidung beschwert ist und mit seinem Rechtsmittel gerade die Beseitigung dieser Beschwer begehrt. Die Rechtsmittelbefugnis im Beschlussverfahren folgt der Beteiligungsbefugnis. Deshalb ist nur rechtsbeschwerdebefugt, wer nach § 83 Abs. 3 ArbGG am Verfahren beteiligt ist *(BAG 5. Dezember 2007 - 7 ABR 72/06 - Rn. 17, BAGE 125, 100)*. Die Beteiligungsbefugnis hängt nicht von der Beteiligung durch die Vorinstanzen ab. Beteiligungs- und damit rechtsmittelbefugt kann auch eine von den Instanzgerichten fehlerhafterweise nicht beteiligte Stelle sein, die von Amts wegen zu beteiligen gewesen wäre. Umgekehrt ist eine zu Unrecht am Verfahren beteiligte Stelle nicht rechtsmittelbefugt. Ist deren Anhörung in den Vorinstanzen zu Unrecht erfolgt, vermag dies ihre Rechtsmittelbefugnis nicht zu begründen. Ein Beteiligter ist beschwert, wenn er durch die angegriffene Entscheidung nach ihrem materiellen Inhalt in seiner Rechtsstellung, die seine Beteiligungsbefugnis begründet, unmittelbar betroffen wird. Fehlt die Rechtsbeschwerdebefugnis, ist sein Rechtsmittel als unzulässig zu verwerfen *(BAG 17. April 2012 - 1 ABR 5/11 - Rn. 19, BAGE 141, 110)*. 23

2. Nach diesen Grundsätzen fehlt es an einer Rechtsbeschwerdebefugnis der Beteiligten zu 59. bis 61. Aus den Besonderheiten des Verfahrens nach § 2a Abs. 1 Nr. 5, § 98 ArbGG ergibt sich nichts anderes. 24

a) Die Beteiligten zu 59. bis 61. waren am Verfahren vor dem Landesarbeitsgericht nicht beteiligt. Einen eigenen Antrag haben sie vor dem Landesarbeitsgericht nicht gestellt. Als Arbeitgeber, die zwar vom Geltungsbereich der AVE erfasst werden, aber keinen eigenen Antrag gestellt haben, gehören sie auch nicht zu den von Amts wegen nach § 98 Abs. 3, § 83 Abs. 3 ArbGG zu beteiligenden Stellen *(BAG 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 - Rn. 81, BAGE 156, 213)*. Ihre Beteiligung ist daher zu Recht unterblieben, so dass hieraus keine Rechtsbeschwerdebefugnis abgeleitet werden kann. 25

b) Eine erstmalige Beteiligung im Rechtsbeschwerdeverfahren scheidet für nicht von Amts wegen zu beteiligende Stellen aus. 26

aa) § 98 ArbGG regelt nicht ausdrücklich, bis zu welchem Zeitpunkt ein Antragsteller sich an einem laufenden Verfahren über die Wirksamkeit einer AVE oder einer entsprechenden Rechtsverordnung (VO) beteiligen kann. Der Senat hat für das Verfahren vor dem Landesarbeitsgericht angenommen, dass dort eine Beteiligung noch in jeder Lage des Verfahrens durch einen eigenen Antrag möglich ist *(BAG 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 - Rn. 81, BAGE 156, 213)*. Entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 59. bis 61. ist damit für das Rechtsbeschwerdeverfahren, das sich vom Verfahren in der Tatsacheninstanz grundlegend unterscheidet, keine Aussage getroffen. Auf das Recht der Nebenintervention kann auch für das Verfahren nach § 2a Abs. 1 Nr. 5, § 98 ArbGG nicht zurückgegriffen werden, weil eine solche im Beschlussverfahren generell ausgeschlossen ist *(BAG 5. Dezember 2007 - 7 ABR 72/06 - Rn. 25 f., BAGE 125, 100)*. 27

bb) Eine Entscheidung in einem Verfahren über die Wirksamkeit einer AVE oder einer entsprechenden Rechtsverordnung wirkt nach § 98 Abs. 4 Satz 1 ArbGG für und gegen jedermann (erga omnes). Damit hat sie Auswirkungen für die Beteiligten zu 59. bis 61. wie für jeden anderen Arbeitgeber, auf den tarifver- 28

tragliche Normen auf Grundlage einer in einem solchen Verfahren streitgegenständlichen AVE erstreckt wurden. Die Beteiligung einzelner Stellen ist damit nicht Voraussetzung für die Wirkung auch ihnen gegenüber, selbst wenn sie ihre (Rechts-)Auffassung über die Wirksamkeit der AVE oder Rechtsverordnung nicht in das Verfahren eingebracht haben oder einbringen konnten. Auch ein Arbeitgeber, der nach einer rechtskräftigen Entscheidung über die Wirksamkeit einer AVE erstmals in Anspruch genommen wird oder einen Betrieb im Geltungsbereich des erstreckten Tarifvertrags neu errichtet, hat im Hinblick auf die Erga-omnes-Wirkung keine Möglichkeiten mehr, sich gegen die Erstreckung zu wenden. Deshalb gebietet auch Art. 103 Abs. 1 GG nicht, dass Arbeitgeber, deren Antragsbefugnis nach § 98 Abs. 1 oder Abs. 6 ArbGG ggf. erst während des bereits laufenden Rechtsbeschwerdeverfahrens entsteht, sich an diesem noch beteiligen können müssen.

cc) Das Rechtsbeschwerdeverfahren dient nach seiner Natur der Überprüfung der vorinstanzlichen Entscheidung, mithin dem Rechtsschutz der am Verfahren bereits Beteiligten. Bei einer zu Recht unterbliebenen Beteiligung in der Vorinstanz dient die Beschwerde keinem solchen Rechtsschutzziel. Ließe man eine Beteiligung im Rechtsbeschwerdeverfahren außerhalb des Kreises der von Amts wegen zu beteiligenden Stellen zu, führte dies darüber hinaus zu vielfältigen Wertungswidersprüchen. Versäumt etwa ein bereits Beteiligter die Rechtsmittelfrist oder begründet er sein Rechtsmittel nicht ausreichend, kann er die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts nicht mehr zu Fall bringen und wird im Fall der Vorabentscheidung nach § 92 Abs. 2 ArbGG iVm. § 552 Abs. 2 ZPO im weiteren Verfahren nicht mehr gehört. Ein neu Beteiligter wäre privilegiert. Dies gilt insbesondere, wenn eine Beteiligung auch noch nach Ablauf der gegenüber den anderen Beteiligten maßgeblichen Rechtsmittelfristen möglich wäre. 29

dd) Schließlich besteht die Gefahr, dass das Ziel, in angemessener Zeit Rechtssicherheit über die Wirksamkeit einer AVE oder VO zu schaffen *(vgl. BT-Drs. 18/1558 S. 29)*, aufgrund der Beteiligung einer Vielzahl von noch im Rechtsbeschwerdeverfahren ggf. neu anzuhörenden Personen oder Stellen gefährdet wird *(vgl. zu diesem Aspekt schon BAG 21. September 2016* 30

- 10 ABR 33/15 - Rn. 81, BAGE 156, 213). Insbesondere könnte es hinsichtlich der Antragsbefugnis neuer Beteiligter, die in jedem Fall vom Rechtsbeschwerdegericht zu prüfen wäre, zu einem Streit über Tatsachen kommen. Dies erforderte ggf. eine Zurückverweisung an das Landesarbeitsgericht nach § 96 Abs. 1 Satz 2 ArbGG, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO, selbst wenn die Sache hinsichtlich aller bereits beim Landesarbeitsgericht Beteiligten entscheidungsreif wäre. Damit ergäbe sich aus einer erstmaligen Beteiligung im Rechtsbeschwerdeverfahren die Gefahr einer Verzögerung der Entscheidung über die Wirksamkeit einer AVE oder VO.

II. Die Rechtsbeschwerden der übrigen Beteiligten sind zulässig. Antragsbefugt für ihre negativen Feststellungsanträge sind allerdings - mit einer Ausnahme hinsichtlich der AVE der §§ 6, 10, 12 bis 15 BBTV - nur die Beteiligten zu 27., 28., 34., 36. und 38. und für den positiven Feststellungsantrag die ULAK. Diese Beteiligten haben auch (noch) ein Interesse an der begehrten Feststellung. Die Rechtsbeschwerden aller übrigen Antragsteller bleiben bereits mangels Antragsbefugnis bzw. Feststellungsinteresses erfolglos. Alle am Verfahren zu beteiligenden Vereinigungen und Stellen sind beteiligt worden. 31

1. Das Verfahren nach § 2a Abs. 1 Nr. 5, § 98 ArbGG ist hinsichtlich der angegriffenen AVE BRTV 2015, AVE VTV 2015, AVE BBTV 2015 und AVE TZA Bau 2015 statthaft. Unerheblich ist, ob und ggf. wann die jeweilige AVE außer Kraft getreten ist *(BAG 20. September 2017 - 10 ABR 42/16 - Rn. 17; grundlegend 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 - Rn. 49, BAGE 156, 213)*. 32

2. Die Beteiligten zu 27., 28., 34., 36. und 38. sind hinsichtlich ihrer negativen Feststellungsanträge - mit Ausnahme der AVE der §§ 6, 10, 12 bis 15 BBTV - antragsbefugt nach § 98 Abs. 1 ArbGG und haben weiterhin ein rechtliches Interesse an der begehrten Feststellung. Die Antragsbefugnis der ULAK für ihren auf die AVE VTV 2015 beschränkten positiven Feststellungsantrag ergibt sich aus § 98 Abs. 6 Satz 7 ArbGG. Die Beteiligten zu 1., 3. bis 12., 18. bis 26., 39. bis 48., 50., 54. und 56. waren hingegen von Anfang an nicht antragsbefugt, soweit sie sich gegen die AVE BRTV 2015 und 33

AVE TZA Bau 2015 wenden. Sie haben nunmehr auch kein Feststellungsinteresse für ihre negativen Feststellungsanträge hinsichtlich der AVE VTV 2015 und AVE BBTV 2015.

a) Bei dem Verfahren nach § 2a Abs. 1 Nr. 5, § 98 ArbGG handelt es sich um ein Normenkontrollverfahren, dessen Durchführung eine Antragsbefugnis nach § 98 Abs. 1 oder Abs. 6 ArbGG voraussetzt. Nach § 98 Abs. 1 ArbGG ist antragsbefugt, wer geltend macht, durch die AVE oder die VO oder deren Anwendung in seinen Rechten verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit verletzt zu werden. Im Fall der Aussetzung eines Rechtsstreits nach § 98 Abs. 6 Satz 1 ArbGG besteht nach § 98 Abs. 6 Satz 7 ArbGG eine Antragsbefugnis für die Parteien dieses Rechtsstreits, die von der Antragsbefugnis nach § 98 Abs. 1 ArbGG unabhängig ist. Soweit mehrere AVE angegriffen werden, muss die Antragsbefugnis hinsichtlich aller Angriffsziele vorliegen *(vgl. noch zu § 98 Abs. 6 Satz 2 ArbGG idF vom 11. August 2014 im Einzelnen BAG 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 - Rn. 44 ff., 50 ff., BAGE 156, 213)*. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts muss die Antragsbefugnis für jeden Antragsteller geprüft werden und vorliegen. Dies kann auch dann nicht unterbleiben, wenn das Verfahren nach § 2a Abs. 1 Nr. 5, § 98 ArbGG wegen des unstreitigen Bestehens der Antragsbefugnis einzelner Antragsteller zu einer inhaltlichen Prüfung der angegriffenen AVE führt. Der Antrag eines Antragstellers, dem die Antragsbefugnis fehlt, muss unabhängig von der Frage der Wirksamkeit der AVE erfolglos bleiben. Fehlt es allen Beteiligten an einer Antragsbefugnis bzw. einem Feststellungsinteresse, darf keine Sachentscheidung nach § 98 Abs. 4 Satz 1 ArbGG über die Wirksamkeit der angegriffenen AVE oder Rechtsverordnung ergehen. 34

b) Aus der Antragsbefugnis folgt grundsätzlich ein rechtliches Interesse an der begehrten Feststellung. Hinsichtlich bereits außer Kraft getretener AVE oder VO bedarf es allerdings der Darlegung eines rechtlich anerkennenswerten Feststellungsinteresses an einer entsprechenden Entscheidung. Rein vergangenheitsbezogene Feststellungen, ohne dass die erstreckten Tarifnormen noch 35

geschützte Rechtspositionen des Antragstellers beeinträchtigen können, scheiden aus *(BAG 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 - Rn. 49, BAGE 156, 213)*.

c) Nach diesen Grundsätzen besteht eine Antragsbefugnis und ein Interesse der Beteiligten zu 27., 28., 34., 36. und 38. an der Feststellung der Unwirksamkeit der angegriffenen AVE mit Ausnahme der AVE der §§ 6, 10, 12 bis 15 BBTV. Das Inkrafttreten des SokaSiG steht ihrem Rechtsschutzbedürfnis nicht entgegen. 36

aa) Eine Antragsbefugnis dieser Beteiligten ergibt sich aus § 98 Abs. 1 Nr. 1 ArbGG. Sie werden von der ULAK auf Zahlung von Sozialkassenbeiträgen für den Geltungszeitraum der angegriffenen AVE in Anspruch genommen, ohne Mitglied der tarifvertragsschließenden Parteien gewesen zu sein. Diese Verfahren sind noch nicht rechtskräftig abgeschlossen. Die Antragsbefugnis besteht unabhängig davon, ob der jeweilige Antragsteller im Ausgangsverfahren leugnet, unter den Geltungsbereich der Tarifverträge des Baugewerbes zu fallen *(BAG 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 - Rn. 55, BAGE 156, 213)*. Die Antragsbefugnis beschränkt sich nicht auf die AVE VTV 2015, da es sich hierbei lediglich um den Verfahrenstarifvertrag handelt und sich die materiellen Verpflichtungen der Antragsteller zur Beitragszahlung jeweils auf Grundlage der durch die AVE BRTV 2015, AVE BBTV 2015 und AVE TZA Bau 2015 erstreckten Tarifnormen ergeben. 37

bb) Etwas anderes gilt allerdings, soweit sich diese Antragsteller auch gegen die AVE der §§ 6, 10, 12 bis 15 BBTV wenden. Zwar bezieht sich die Antragsbefugnis regelmäßig einheitlich auf die AVE eines bestimmten Tarifvertrags oder einer bestimmten Rechtsverordnung *(BAG 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 - Rn. 43, BAGE 156, 213)*, ohne dass für jede Tarifnorm dargelegt werden müsste, dass der Antragsteller gerade durch sie in seinen Rechten verletzt wird. Hinsichtlich des BBTV besteht aber die Besonderheit, dass dessen AVE auf zwei verschiedene Rechtsgrundlagen gestützt ist. Während die AVE des überwiegenden Teils des BBTV auf § 5 Abs. 1a TVG gestützt wurde, ist die AVE der §§ 6, 10, 12 bis 15 BBTV auf Grundlage von § 5 Abs. 1 TVG erfolgt. Wegen der unterschiedlichen Rechtswirkungen beider Teile der AVE, 38

insbesondere der Verdrängungswirkung nach § 5 Abs. 4 Satz 2 TVG, ist auch im Hinblick auf die Antragsbefugnis eine getrennte Betrachtung geboten *(B VII 2 a, VIII 1)*. Die Antragsteller und Beteiligten zu 27., 28., 34., 36. und 38. stützen ihre Darlegung der Möglichkeit einer Rechtsverletzung nach § 98 Abs. 1 ArbGG ausschließlich auf die Inanspruchnahme durch die ULAK im Sozialkassenverfahren. Die §§ 6, 10, 12 bis 15 BBTV gewähren hingegen ausschließlich individuelle Ansprüche der Auszubildenden gegen ihren Arbeitgeber, die nicht über die Sozialkassen abgewickelt werden. Jeglicher Vortrag dazu, inwieweit die Antragsteller hierdurch in ihren Rechten berührt sein könnten, fehlt. Auch aus dem Akteninhalt ergeben sich hierfür keinerlei Anhaltspunkte.

cc) Der Senat kann sich der Auffassung des BMAS nicht anschließen, durch das Inkrafttreten des SokaSiG sei das Rechtsschutzbedürfnis der Antragsteller und Beteiligten zu 27., 28., 34., 36. und 38. entfallen. 39

(1) Da § 98 Abs. 1 ArbGG der Regelung des § 47 Abs. 2 VwGO nachgebildet ist, kann für die Antragsbefugnis grundsätzlich auf die in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichtsbarkeit hierzu entwickelten Anforderungen zurückgegriffen werden *(BAG 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 - Rn. 45, BAGE 156, 213)*. Das BVerwG nimmt an, dass ein Normenkontrollantrag mangels Rechtsschutzinteresses unzulässig ist, wenn die Feststellung der Nichtigkeit nichts dazu beizutragen vermag, das Rechtsschutzziel zu erreichen. Dies könne der Fall sein, wenn die Nichtigkeitserklärung einer Norm eine inhaltsgleiche andere Norm unberührt lasse. Das Rechtsschutzbedürfnis fehle aber nur dann, wenn feststehe, dass der Antragsteller dem mit seinem Normenkontrollantrag verfolgten Ziel selbst dann auf unabsehbare Zeit nicht näher kommen könne, wenn die von ihm angegriffene Rechtsvorschrift für nichtig erklärt werde. Dementsprechend ist dem Zulässigkeitserfordernis des Rechtsschutzbedürfnisses genügt, wenn sich nicht ausschließen lässt, dass die gerichtliche Entscheidung für den Rechtsschutzsuchenden ggf. von Nutzen sein kann *(BVerwG 7. März 2002 - 4 BN 60.01 - zu II A I 1 der Gründe mwN)*. Es braucht nicht entschieden zu werden, ob diese Grundsätze in vollem Umfang auf das Verfahren nach § 2a Abs. 1 Nr. 5, § 98 ArbGG übertragen werden können. Die 40

vom BVerwG für einen Wegfall des Rechtsschutzbedürfnisses geforderten Voraussetzungen sind nicht gegeben *(aA LAG Berlin-Brandenburg 17. Januar 2018 - 15 BVL 5011/16 - zu II 2 der Gründe)*.

(2) Allerdings wird durch § 7 Abs. 2 iVm. Anlage 27 SokaSiG und durch § 2 Abs. 2 iVm. Anlage 9 SokaSiG die Geltung der Normen des VTV und des TZA Bau in den hier maßgeblichen Fassungen kraft Gesetzes angeordnet. Durch § 1 Abs. 1 iVm. Anlage 1 SokaSiG ist darüber hinaus die Geltung bestimmter Regelungen des BBTV angeordnet. Nach § 3 Abs. 2 iVm. Anlage 13 SokaSiG gelten bestimmte Regelungen des BRTV. Es handelt sich jeweils um die hier maßgeblichen Fassungen. Damit könnte das Rechtsschutzbedürfnis (nur) entfallen sein, soweit das SokaSiG die Geltung der Tarifnormen kraft Gesetzes anordnet. Dies ist aber nicht der Fall. § 13 SokaSiG bestimmt ausdrücklich, dass die Allgemeinverbindlichkeit tarifvertraglicher Rechtsnormen nach dem Tarifvertragsgesetz unberührt bleibt. Die gesetzliche Anordnung der Geltung der Tarifnormen sollte „als weiterer Rechtsgrund neben die bestehenden allgemeinverbindlichen Tarifverträge“ treten *(BT-Drs. 18/10631 S. 653)*. Die durch das SokaSiG begründeten Ansprüche sind jedenfalls teilweise von anderen tatsächlichen Voraussetzungen abhängig *(vgl. zB § 11 SokaSiG)*. Gleichzeitig ist das Verfahren nach § 2a Abs. 1 Nr. 5, § 98 ArbGG durch das SokaSiG unberührt geblieben. Entscheidend ist jedoch, dass auch in der Rechtsprechung zu § 47 VwGO ein Wegfall des Rechtsschutzbedürfnisses nicht angenommen wird, wenn die Möglichkeit der verfassungsrechtlichen Überprüfung der inhaltsgleichen Norm im Raum steht. So ist die Situation hier. Gegen das SokaSiG werden, insbesondere im Hinblick auf dessen Rückwirkung, verfassungsrechtliche Bedenken erhoben *(vgl. zB Thüsing NZA-Beilage 2017, 3, 6 ff.)*. Die Frage der Vereinbarkeit mit Verfassungsrecht ist auch im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens umfangreich erörtert worden *(BT-Drs. 18/11001 S. 7 f.)*. Einige Antragsteller haben nach ihrem unwidersprochenen Vortrag bereits Verfassungsbeschwerden erhoben. Sollten sich diese als erfolgreich erweisen, könnte ein Anspruch gegen die Antragsteller ausschließlich auf Grundlage der angegriffenen AVE bestehen. Deshalb lässt sich nicht ausschließen, dass eine gerichtliche Entscheidung über die Wirksamkeit der AVE für die An- 41

tragsteller noch von Bedeutung sein kann. Ihr Rechtsschutzbedürfnis besteht deswegen unabhängig davon fort, ob man diese verfassungsrechtlichen Bedenken teilt.

d) Die ULAK ist nach § 98 Abs. 6 Satz 7 ArbGG für ihren ausschließlich auf die AVE VTV 2015 bezogenen positiven Feststellungsantrag antragsbefugt. Sie hat Aussetzungsbeschlüsse nach § 98 Abs. 6 Satz 1 ArbGG vorgelegt, die die angegriffene AVE betreffen. Dabei ist nicht zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Aussetzung vorlagen, solange die Entscheidungserheblichkeit der AVE nicht offensichtlich fehlt *(vgl. BAG 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 - Rn. 51, BAGE 156, 213)*. Hierfür gibt es keine Anhaltspunkte. 42

e) Soweit sich die Beteiligten zu 45. bis 48., 50., 54. und 56. mit ihren negativen Feststellungsanträgen gegen die Wirksamkeit der AVE BRTV 2015 und der AVE TZA Bau 2015 wenden, fehlte ihnen von Anfang an eine Antragsbefugnis. Diese Beteiligten sind von der ULAK ausschließlich nach § 17 VTV auf Zahlung des Mindestbeitrags für das Berufsbildungsverfahren in Anspruch genommen worden. Deshalb kommt eine Antragsbefugnis nur hinsichtlich der AVE VTV 2015 und der AVE BBTV 2015 - mit Ausnahme der AVE der §§ 6, 10, 12 bis 15 BBTV - in Betracht. Hinsichtlich der beiden anderen angegriffenen AVE fehlt es an jeglichem Vortrag, woraus sich eine solche ergeben könnte. 43

f) Den Beteiligten zu 1., 3. bis 12., 18. bis 26., 39. bis 48., 50., 54. und 56. fehlt es (inzwischen) an einem Feststellungsinteresse für ihre gegen die AVE VTV 2015 und die AVE BBTV 2015 gerichteten negativen Feststellungsanträge. 44

aa) Diese Beteiligten haben ihre Antragsbefugnis und ihr Feststellungsinteresse darauf gestützt, dass sie durch die ULAK auf Zahlung des Mindestbeitrags für das Berufsbildungsverfahren *(§ 17 VTV)* in Anspruch genommen wurden. Beides lag deshalb zum Zeitpunkt der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts vor. Zwischenzeitlich nimmt die ULAK auf Grundlage der angegriffenen AVE Betriebe ohne Beschäftigte jedoch unstreitig ausnahmslos nicht mehr nach § 17 VTV in Anspruch und erstattet geleistete Beiträge zurück. Damit besteht 45

kein rechtlich geschütztes Interesse dieser Beteiligten mehr, die Unwirksamkeit der AVE VTV 2015 und der AVE BBTV 2015 feststellen zu lassen. Es ist nicht erkennbar, inwieweit sie in ihren geschützten Rechten noch betroffen sein könnten.

bb) Aus der nach entsprechendem Hinweis des Senats erfolgten Stellungnahme eines Teils dieser Beteiligten ergibt sich nichts anderes. Die strafbewehrte Verpflichtung zur Leistung von Beiträgen an eine gemeinsame Einrichtung nach § 8 Abs. 1 iVm. § 5 Nr. 3 AEntG bezieht sich ausdrücklich nur auf Beiträge zum Urlaubskassenverfahren; um solche handelt es sich bei dem Mindestbeitrag nach § 17 VTV nicht. Ob die ULAK berechtigt war, auf den Einzug der Beiträge zu verzichten und diese zurückzuerstatten, ist unerheblich. Nach den tariflichen Bestimmungen ist die ULAK ausschließlich für den Einzug der Beiträge zuständig. Eine Einziehung durch andere müssen die Beteiligten deshalb nicht befürchten; für eine erneute zukünftige Inanspruchnahme durch die ULAK für den hier maßgeblichen Zeitraum bestehen keine Anhaltspunkte. Dass der Ausgang des Rechtsbeschwerdeverfahrens durch diese Handlung der ULAK ggf. beeinflusst wird, ist bedeutungslos. § 98 ArbGG ist nicht als Popularklageverfahren ausgestaltet *(BAG 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 - Rn. 44, BAGE 156, 213)*. Anhaltspunkte für einen missbräuchlichen Verzicht der ULAK mit dem Ziel der Beseitigung des Feststellungsinteresses einzelner Antragsteller bestehen nicht. Der Verzicht erfolgte vielmehr gegenüber allen Betrieben ohne Beschäftigte, die unter den Geltungsbereich des VTV fallen. 46

3. Alle nach § 98 Abs. 3, § 83 Abs. 3 ArbGG zu beteiligenden Vereinigungen und Stellen sind vom Landesarbeitsgericht beteiligt worden. 47

a) Die Beteiligung an einem Beschlussverfahren ist noch im Rechtsbeschwerdeverfahren von Amts wegen zu prüfen. Personen und Stellen, die bis dahin zu Unrecht nicht gehört wurden, sind auch ohne Rüge zum Verfahren hinzuzuziehen. Dagegen ist im Rechtsbeschwerdeverfahren grundsätzlich nicht von Amts wegen zu prüfen, ob sämtliche in den Vorinstanzen beteiligten Personen, Vereinigungen und Stellen zu Recht angehört wurden *(vgl. dazu BAG 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 - Rn. 77, BAGE 156, 213)*. 48

b) Nach § 98 Abs. 3 Satz 3 ArbGG ist die Behörde, die den Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt hat, das BMAS, an diesem Beschlussverfahren beteiligt. Beteiligt sind ferner diejenigen, die einen eigenen Antrag gestellt haben, sowie die Tarifvertragsparteien, die den für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag abgeschlossen haben *(vgl. BAG 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 - Rn. 78 ff., BAGE 156, 213)*. Diese sind alle vom Landesarbeitsgericht beteiligt worden. 49

III. Streitigkeiten über die Wirksamkeit einer AVE oder einer entsprechenden VO nach § 2a Abs. 1 Nr. 5 iVm. § 98 ArbGG sind gemäß § 2a Abs. 2 ArbGG im Beschlussverfahren auszutragen. Nach § 83 Abs. 1 Satz 1 ArbGG erforscht das Gericht den Sachverhalt im Rahmen der gestellten Anträge von Amts wegen, wobei die am Verfahren Beteiligten nach § 83 Abs. 1 Satz 2 ArbGG an der Aufklärung des Sachverhalts mitzuwirken haben. Diese Grundsätze gelten gemäß § 98 Abs. 3 Satz 1 ArbGG entsprechend im Verfahren zur Überprüfung der Wirksamkeit einer AVE oder VO *(vgl. BAG 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 - Rn. 86 ff., BAGE 156, 213)*. Hiervon ist das Landesarbeitsgericht zutreffend ausgegangen. Mangels fortbestehenden Feststellungsinteresses bedarf die von den beteiligten Solo-Selbständigen aufgeworfene Frage, ob die Kartellgerichte nach § 87 Satz 2 GWB ausschließlich zuständig sein könnten, keiner Beantwortung *(vgl. zu diesem Problem BAG 29. Juni 2017 - 8 AZR 189/15 - Rn. 16 ff., BAGE 159, 316)*. Hinsichtlich der noch verbliebenen Antragsteller ist die Frage weder aufgeworfen worden noch stellt sie sich. Es ist geklärt, dass das Kartellrecht für Tarifverträge grundsätzlich nicht gilt *(BAG 10. November 1993 - 4 AZR 316/93 - zu B IV 3 der Gründe mwN, BAGE 75, 66)*. Im Übrigen hätte die Unwirksamkeit der Bestimmungen über die Mindestbeitragspflicht zum Berufsbildungsverfahren keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit des VTV und des BBTV sowie der jeweiligen AVE. 50

IV. Die AVE von Tarifverträgen nach § 5 Abs. 1 und Abs. 1a TVG in der ab 16. August 2014 geltenden Fassung *(Art. 5 des Tarifautonomiestärkungsgesetzes vom 11. August 2014, BGBl. I S. 1348)* verstößt weder gegen die Europäi- 51

sche Menschenrechtskonvention noch ist eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 Unterabs. 3 AEUV geboten.

1. Ein Verstoß gegen die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) liegt nicht vor *(vgl. dazu BAG 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 - Rn. 96, BAGE 156, 213)*. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat durch Urteil vom 2. Juni 2016 *(- 23646/09 - Rn. 51 ff., 65 ff.)* zum allgemeinverbindlich erklärten VTV in einer früheren Fassung rechtskräftig entschieden, dass die AVE von Tarifverträgen über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe weder gegen die durch Art. 11 EMRK geschützte Vereinigungsfreiheit verstößt noch zu einer Verletzung des durch Art. 1 Protokoll Nr. 1 zur EMRK geschützten Eigentumsrechts führt. Hieran hat sich weder durch die Neufassung des § 5 TVG etwas geändert noch ist erkennbar oder auch nur konkret behauptet, dass die Rechtslage hinsichtlich der AVE des BRTV, des BBTV oder des TZA Bau eine andere wäre. 52

2. Eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union, die die Vereinbarkeit der AVE des BRTV, des VTV, des BBTV oder des TZA Bau mit Unionsrecht zum Gegenstand hätte, kommt nicht in Betracht. Für die angegriffenen AVE fehlt ein Anknüpfungspunkt an das Unionsrecht. Der Senat hat hinsichtlich der AVE einer früheren Fassung des VTV bereits entschieden, dass deren Erlass keinen Akt der Durchführung des Unionsrechts iSd. Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRC darstellte und ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 Unterabs. 3 AEUV zur Klärung der Vereinbarkeit der AVE mit Art. 16 GRC deshalb ausschied. Ebenso wenig kam eine Vorlage unter dem Gesichtspunkt der Einschränkung unionsrechtlicher Grundfreiheiten in Betracht *(vgl. grundlegend BAG 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 - Rn. 97 ff., BAGE 156, 213)*. Hieran hat sich durch die Neufassung des § 5 TVG nichts geändert; neue Aspekte haben die Antragsteller auch im Hinblick auf die weiteren für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge nicht vorgebracht. Die AVE führt nicht dazu, dass deren Rechtsnormen zu zwingenden Eingriffsnormen würden und damit auch für Arbeitsverhältnisse mit ausländischem Vertragsstatut Geltung beanspruchten. Eine zwingende Erstreckung auf diese folgt vielmehr erst aus den Bestimmun- 53

gen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes *(ebenso zu § 9 Nr. 1 AÜG aF BAG 21. März 2017 - 7 AZR 207/15 - Rn. 67 f., BAGE 158, 266)*. Diese Normen sind jedoch weder unmittelbar noch mittelbar Gegenstand des Verfahrens nach § 2a Abs. 1 Nr. 5, § 98 ArbGG *(BAG 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 - Rn. 104, aaO)*. § 5 Abs. 1a Satz 3 TVG ändert hieran nichts, weil dort lediglich das Repräsentativitätserfordernis des § 7 Abs. 2 AEntG zur Tatbestandsvoraussetzung für die AVE eines entsprechenden Tarifvertrags nach § 5 Abs. 1a TVG erklärt wird, ohne dass bereits eine Erstreckung auf Arbeitsverhältnisse mit ausländischem Vertragsstatut erfolgte. Auf im Zusammenhang mit § 17 VTV aufgeworfene kartellrechtliche Fragestellungen kommt es - wie bereits dargelegt - nicht an.

V. Anhaltspunkte für eine Gesamtunwirksamkeit der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge bestehen nicht. Der Rechtsstreit ist auch nicht nach § 97 Abs. 5 ArbGG auszusetzen. 54

1. § 5 TVG nF setzt - ebenso wie § 5 TVG aF - voraus, dass es sich bei den für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen um wirksame Tarifverträge iSd. TVG handelt. Neben ihrer formellen Wirksamkeit verlangt dies die Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit der jeweiligen Tarifvertragsparteien *(allgemeine Meinung, zB ErfK/Franzen 18. Aufl. § 5 TVG Rn. 7; Löwisch/Rieble TVG 4. Aufl. § 5 Rn. 88; vgl. zu § 5 TVG aF BAG 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 - Rn. 118, BAGE 156, 213)*. Maßgeblich ist dabei der Zeitpunkt des Abschlusses des Tarifvertrags bzw. des jeweils letzten Änderungstarifvertrags *(vgl. dazu BAG 25. Januar 2017 - 10 ABR 34/15 - Rn. 93)*, hier also für alle Tarifverträge der 10. Dezember 2014. 55

2. Formelle Bedenken gegen die Wirksamkeit der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge sind weder vorgetragen noch erkennbar. Die von den Antragstellern angenommene Unwirksamkeit einzelner Tarifnormen, insbesondere des § 17 VTV, führt - auch wenn die Annahme zutreffen sollte - nicht zur Unwirksamkeit des betroffenen Tarifvertrags und lässt deshalb die Wirksamkeit der angegriffenen AVE unberührt. 56

a) Die Unwirksamkeit einer Tarifbestimmung hat entgegen der Auslegungsregel des § 139 BGB grundsätzlich nicht die Unwirksamkeit der übrigen tariflichen Vorschriften zur Folge. Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit einzelner Tarifnormen wegen Verstoßes gegen Gesetze oder die Verfassung ist nicht die Gesamtnichtigkeit und damit die gänzliche Unanwendbarkeit des Tarifvertrags, sondern nur die Unwirksamkeit der verbotswidrigen Bestimmung oder Bestimmungen. Es kommt lediglich darauf an, ob der Tarifvertrag ohne die unwirksame Regelung noch eine sinnvolle und in sich geschlossene Regelung darstellt *(st. Rspr., zB BAG 16. November 2011 - 4 AZR 856/09 - Rn. 27 [zu einem Verstoß einzelner Tarifnormen gegen Bestimmungen des AGG]; 9. Mai 2007 - 4 AZR 275/06 - Rn. 37 mwN)*. Eine solche Teilunwirksamkeit einzelner Tarifnormen führt auch nicht zu einer vollständigen Unwirksamkeit der AVE. Diese Rechtsfolge kann nicht unter Hinweis auf dann zwangsläufig bestehende Abwägungsfehler hergeleitet werden *(so aber Löwisch/Rieble TVG 4. Aufl. § 5 Rn. 91, 337)*. Für die Rechtmäßigkeit einer AVE kommt es nicht auf einzelne Abwägungselemente an, sondern darauf, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die AVE objektiv erfüllt waren *(BAG 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 - Rn. 135, BAGE 156, 213)*. Dies ist bei einem Tarifvertrag, der weiterhin eine in sich geschlossene Regelung bildet, regelmäßig auch ohne eine als rechtswidrig angesehene Norm der Fall. 57

b) §§ 17 und 4 Abs. 4 VTV iVm. § 31 BBTV beschränken sich darauf, eine Beitragspflicht zum Berufsbildungsverfahren für Betriebe ohne Beschäftigte und entsprechende Meldepflichten zu begründen. Auch wenn im Hinblick auf die Grenzen der Tarifmacht Bedenken gegen die Wirksamkeit dieser Normen bestehen *(vgl. zu ähnlichen Tarifnormen im Schornsteinfegerhandwerk BAG 31. Januar 2018 - 10 AZR 279/16 - Rn. 20 ff.)*, kann das Sozialkassenverfahren ohne eine Beitragspflicht für Betriebe mit Beschäftigten problemlos auf Grundlage der Bestimmungen des VTV abgewickelt werden. Der Tarifvertrag behielte weiterhin seine Bedeutung. Dies zeigt sich auch daran, dass eine Beitragspflicht für Betriebe ohne Beschäftigte erstmals ab dem 1. April 2015 eingeführt wurde. Soweit ein Teil der Antragsteller darüber hinaus die Norm über Verzugszinsen des § 20 VTV und die Verjährungsregelungen des § 21 VTV für unwirk- 58

sam hält, ergibt sich nichts anderes. Hierbei handelt es sich um Randbestimmungen, die das Regelungssystem des VTV nicht prägen. Eine weitere Überprüfung von einzelnen Normen eines für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags ist nicht Gegenstand des Verfahrens nach § 2a Abs. 1 Nr. 5, § 98 ArbGG.

3. Die Voraussetzungen für eine Aussetzung des Verfahrens nach § 97 Abs. 5 ArbGG sind mangels vernünftiger Zweifel an der Tariffähigkeit oder Tarifzuständigkeit der Tarifvertragsparteien des Baugewerbes zum Zeitpunkt des Abschlusses der erstreckten Tarifverträge nicht gegeben. 59

a) Nach § 2a Abs. 1 Nr. 4, § 97 ArbGG ist die Entscheidung über die Tariffähigkeit oder Tarifzuständigkeit einer Vereinigung ausschließlich in einem besonderen Beschlussverfahren nach diesen Vorschriften zu treffen. Dort ist eine solche Frage mit Wirkung für und gegen jedermann zu klären *(§ 97 Abs. 3 Satz 1 ArbGG)*. Eine Inzidentprüfung der Tariffähigkeit oder Tarifzuständigkeit in einem anderen Rechtsstreit scheidet aus. Die Aussetzungspflicht besteht entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts im Fall der Entscheidungserheblichkeit auch in einem Verfahren nach § 98 ArbGG *(grundlegend BAG 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 - Rn. 119 ff., BAGE 156, 213)*. Ein Verfahren darf nach § 97 Abs. 5 Satz 1 ArbGG allerdings nur dann ausgesetzt werden, wenn zumindest eine der in § 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG genannten Eigenschaften einer Vereinigung aufgrund vernünftiger Zweifel an ihr streitig ist. Im Arbeitsleben geäußerte Vorbehalte sind zu berücksichtigen und von den Gerichten aufzugreifen. Danach ist der Ausgangsrechtsstreit nicht schon dann auszusetzen, wenn die Tariffähigkeit oder Tarifzuständigkeit einer Vereinigung nur von einer Partei ohne Angabe nachvollziehbarer Gründe infrage gestellt wird *(vgl. BAG 24. Juli 2012 - 1 AZB 47/11 - Rn. 9, BAGE 142, 366)*. An solchen vernünftigen Zweifeln fehlt es. 60

b) Vernünftige Zweifel an der Tariffähigkeit der IG BAU bestehen nicht. 61

aa) Tariffähigkeit ist die rechtliche Fähigkeit, durch Vereinbarung mit dem sozialen Gegenspieler Arbeitsbedingungen tarifvertraglich mit der Wirkung zu regeln, dass sie für die tarifgebundenen Personen unmittelbar und unabdingbar 62

wie Rechtsnormen gelten. Sie ist Voraussetzung für den Abschluss von Tarifverträgen *(vgl. BAG 31. Januar 2018 - 10 AZR 695/16 (A) - Rn. 19; 14. Dezember 2010 - 1 ABR 19/10 - Rn. 64 mwN, BAGE 136, 302)*. Eine Arbeitnehmervereinigung ist tariffähig, wenn sie sich als satzungsgemäße Aufgabe die Wahrnehmung der Interessen ihrer Mitglieder in deren Eigenschaft als Arbeitnehmer gesetzt hat und willens ist, Tarifverträge abzuschließen. Sie muss frei gebildet, gegnerfrei, unabhängig und auf überbetrieblicher Grundlage organisiert sein und das geltende Tarifrecht als verbindlich anerkennen. Zudem ist erforderlich, dass die Arbeitnehmervereinigung ihre Aufgabe als Tarifpartnerin sinnvoll erfüllen kann. Dazu gehören die durch ihre Mitglieder vermittelte Durchsetzungskraft gegenüber dem sozialen Gegenspieler und eine gewisse Leistungsfähigkeit der Organisation *(st. Rspr., vgl. zB BAG 31. Januar 2018 - 10 AZR 695/16 (A) - Rn. 20; 14. Dezember 2010 - 1 ABR 19/10 - Rn. 67 mwN, aaO)*.

bb) Von den Beteiligten wird in der Rechtsbeschwerde pauschal gerügt, die Verstaatlichung der Tarifpolitik sei durch den Erlass von AVE so weit fortgeschritten, dass die IG BAU keine Wahl mehr habe, ob sie eine Ablehnung der AVE akzeptiere oder sich einer „Tarifzensur“ unterwerfe. Ferner bestehe eine Abhängigkeit vom tariflichen Gegenspieler, weil er Druck ausüben könne, wenn er die Zustimmung zur AVE verweigere. Dieses Vorbringen ist nicht geeignet, vernünftige Zweifel an der Tariffähigkeit der IG BAU zu begründen. Allein der Umstand, dass in deren Organisationsbereich vom gesetzlich vorgesehenen Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung Gebrauch gemacht wird und auch die Arbeitgeberverbände hieran erkennbar Interesse haben, genügt dafür nicht. Aus dem Vortrag der Beteiligten ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass der Staat oder der soziale Gegenspieler Einfluss auf den Inhalt der Tarifpolitik der IG BAU nehmen würde oder könnte. 63

cc) Auch die Rüge der fehlenden Gegnerunabhängigkeit weckt keine solchen Zweifel. 64

(1) Das Erfordernis der Gegnerunabhängigkeit ist nicht im formalen, sondern im materiellen Sinn zu verstehen. Es soll sicherstellen, dass die Vereini- 65

gung durch ihre koalitionsmäßige Betätigung zu einer sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens beitragen kann. Dabei schließt nicht jegliche Beeinträchtigung der Unabhängigkeit die Gewerkschaftseigenschaft aus. Die erforderliche Gegnerunabhängigkeit fehlt (erst), wenn die Abhängigkeit vom sozialen Gegenspieler in der Struktur der Arbeitnehmervereinigung angelegt und verstetigt und die eigenständige Interessenwahrnehmung der Tarifvertragspartei durch personelle Verflechtungen, auf organisatorischem Weg oder durch wesentliche finanzielle Zuwendungen ernsthaft gefährdet ist. Daran ist insbesondere zu denken, wenn sie sich im Wesentlichen nicht aus den Beiträgen ihrer Mitglieder finanziert und deshalb zu befürchten ist, dass die Arbeitgeberseite durch Androhung der Zahlungseinstellung die Willensbildung auf Arbeitnehmerseite beeinflussen kann *(BAG 31. Januar 2018 - 10 AZR 695/16 (A) - Rn. 22; 5. Oktober 2010 - 1 ABR 88/09 - Rn. 31 mwN, BAGE 136, 1)*.

(2) Eine solche Situation ist hinsichtlich der IG BAU nicht erkennbar. Dies gilt auch dann, wenn bereits im hier maßgeblichen Zeitpunkt Selbständige die Möglichkeit hatten, bei ihr Mitglied zu werden. Der Vortrag der Antragsteller lässt schon nicht erkennen, ob eine Mitgliedschaft auch Arbeitgebern offenstand oder nur Selbständigen ohne eigene Beschäftigte. Vor allem fehlt jeglicher Vortrag zur praktischen Bedeutung einer solchen Mitgliedschaft und zu den Einflussmöglichkeiten solcher Mitglieder. 66

c) Ebenso wenig bestehen vernünftige Zweifel an der Tariffähigkeit oder Tarifzuständigkeit des Hauptverbands der Deutschen Bauindustrie e. V. als Spitzenorganisation iSv. § 2 Abs. 3 TVG. 67

aa) Bedenken gegen dessen Tariffähigkeit als Spitzenorganisation bestehen nicht. 68

(1) Zusammenschlüsse von Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern können nach § 2 Abs. 2 TVG Parteien eines Tarifvertrags sein, wenn sie im Namen der ihnen angeschlossenen Verbände Tarifverträge abschließen und eine entsprechende Vollmacht haben. Solche Verbindungen werden vom Gesetz nach dem in § 2 Abs. 2 TVG enthaltenen Klammerzusatz 69

als Spitzenorganisationen bezeichnet. Wird eine Spitzenorganisation nach § 2 Abs. 2 TVG bevollmächtigt, handelt sie als Stellvertreterin für den von ihr vertretenen Verband oder für die von ihr vertretene Mehrheit von Verbänden. Nicht die Spitzenorganisation, sondern die von ihr vertretene Tarifvertragspartei iSd. § 2 Abs. 1 TVG wird Partei des von der Spitzenorganisation abgeschlossenen Tarifvertrags. Eine Spitzenorganisation kann auch selbst Partei eines Tarifvertrags sein, wenn der Abschluss von Tarifverträgen zu ihren satzungsgemäßen Aufgaben gehört *(§ 2 Abs. 3 TVG)*. Die Abschlussbefugnis muss nicht ausdrücklich in der Satzung der Spitzenorganisation aufgeführt werden; es genügt, wenn sich diese Aufgabe durch Auslegung der Satzung ermitteln lässt. Die einzelnen Arbeitnehmer und Arbeitgeber als Mitglieder der in der Spitzenorganisation zusammengefassten Verbände sind dann an die von ihr im eigenen Namen abgeschlossenen Tarifverträge gebunden. Eine Spitzenorganisation ist weder nach § 2 Abs. 2 TVG noch nach § 2 Abs. 3 TVG originär tariffähig. Diese Vorschriften bestimmen lediglich, unter welchen zusätzlichen zu den in § 2 Abs. 1 TVG genannten Voraussetzungen ein solcher Verband Partei eines Tarifvertrags sein kann. Ihre Tariffähigkeit leitet eine Spitzenorganisation ausschließlich von ihren Mitgliedern ab. Dies folgt für die in Vollmacht handelnde Spitzenorganisation aus § 2 Abs. 2 TVG. Nichts anderes gilt bei einem Zusammenschluss von Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern nach § 2 Abs. 3 TVG. Die Spitzenorganisation kann zwar selbst Partei eines Tarifvertrags sein, sie wird dabei aber ausschließlich für ihre Mitgliedsverbände tätig. Diese können der Spitzenorganisation deren Tariffähigkeit daher nur im Rahmen ihrer eigenen Tariffähigkeit vermitteln *(BAG 14. Dezember 2010 - 1 ABR 19/10 - Rn. 69 ff., BAGE 136, 302)*.

(2) Ausgehend von diesen Grundsätzen ist die Tariffähigkeit des HDB nicht zweifelhaft. Zweifel an der Tariffähigkeit seiner Mitgliedsverbände sind weder vorgetragen noch erkennbar. Allerdings hat der HDB nach § 2 Nr. 2 Abs. 4 Satz 1 seiner Satzung idF vom 24. Mai 2012 (nur) das Recht, Tarifverträge abzuschließen, soweit es sich um überregionale Rahmenregelungen handelt. Lohntarifverhandlungen führt er hingegen nach § 2 Nr. 2 Abs. 4 Satz 2 der Satzung in Vollmacht der Landesverbände, soweit diese erteilt wird. Darin liegt kei- 70

ne - ggf. unzulässige - Beschränkung der Tariffähigkeit oder Tarifwilligkeit der Arbeitgeberverbände der Bauindustrie *(vgl. für eine Arbeitnehmervereinigung BAG 5. Oktober 2010 - 1 ABR 88/09 - Rn. 24, BAGE 136, 1)*. Die Rechtsbeschwerden stützen sich für ihre gegenläufige Ansicht auf die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zur fehlenden Tariffähigkeit der CGZP *(BAG 14. Dezember 2010 - 1 ABR 19/10 - Rn. 81 ff., BAGE 136, 302)*. Die Arbeitgeberverbände der Bauindustrie sind im Unterschied zu dieser Arbeitnehmervereinigung ungeteilt tarifwillig. Allenfalls handelt es sich um eine satzungsgemäße Beschränkung der Tarifzuständigkeit der Vereinigung, indem die Tarifzuständigkeit räumlich-gegenständlich zwischen Spitzenverband und Mitgliedsverbänden aufgeteilt wird *(vgl. dazu Schaub ArbR-HdB/Treber 17. Aufl. § 197 Rn. 6)*. Deshalb kann dahinstehen, inwieweit die in der Rechtsprechung an die Tariffähigkeit einer Spitzenorganisation auf Arbeitnehmerseite gestellten Anforderungen auf eine Spitzenorganisation auf Arbeitgeberseite übertragen werden können *(abl. zB ErfK/Franzen 18. Aufl. § 2 TVG Rn. 29)*.

bb) Vernünftige Zweifel an der Tarifzuständigkeit des HDB bestehen hinsichtlich der durch die AVE vom 6. Juli 2015 für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge nicht. 71

(1) Die Tarifzuständigkeit richtet sich nach dem in der Satzung der Vereinigung autonom festgelegten Organisationsbereich. Er muss hinreichend bestimmt sein. Die den Tarifvertragsparteien nach § 1 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG zukommende Normsetzungsbefugnis verlangt nach einer ausreichenden Transparenz der Zuständigkeitsgrenzen. Diese müssen für die handelnden Organe der Vereinigung selbst, für den sozialen Gegenspieler und für Dritte zuverlässig zu ermitteln sein, weil sie die Grenze wirksamen Handelns der Vereinigung bilden *(BAG 17. April 2012 - 1 ABR 5/11 - Rn. 54, BAGE 141, 110; 10. Februar 2009 - 1 ABR 36/08 - Rn. 27, 38, BAGE 129, 322)*. 72

(2) Diese Voraussetzungen erfüllt der HDB mit § 2 Nr. 2 Abs. 4 seiner Satzung. Nach dieser Bestimmung hat er das Recht, Tarifverträge abzuschließen, soweit es sich um überregionale Rahmenregelungen handelt. Hierin liegt eine räumlich-gegenständliche Beschränkung, die bestimmbar ist. In räumlicher Hin- 73

sicht muss es sich um Tarifverträge handeln, die „überregional“ sind, deren Geltungsbereich also über das Gebiet eines Landesverbands hinausgeht. Der Begriff der Rahmenregelung stellt eine gegenständliche Beschränkung dar. Für sich genommen wäre aus dem Wortlaut des § 2 Nr. 2 Abs. 4 Satz 1 der Satzung zwar nicht ohne Weiteres erkennbar, was unter solchen Rahmenregelungen zu verstehen ist. Aus der Systematik der Satzungsbestimmungen und der Regelung in § 2 Nr. 2 Abs. 4 Satz 2 der Satzung ergibt sich aber ein klares Bild: Danach bleiben „Lohntarifverhandlungen“ den Landesverbänden vorbehalten, soweit diese nicht den Spitzenverband bevollmächtigen. An diesem Begriffspaar wird deutlich, dass unter Rahmenregelungen nach dem Verständnis der Satzung alle überregionalen Tarifverträge zu verstehen sind, die nicht den Lohntarifverhandlungen iSv. § 2 Nr. 2 Abs. 4 Satz 2 der Satzung zuzuordnen sind.

(3) Bei den durch die streitgegenständlichen AVE für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen handelt es sich um solche überregionalen Rahmenregelungen, für deren Abschluss der HDB satzungsgemäß zuständig war. Dies gilt für den BRTV, den VTV, den TZA Bau und den BBTV. Zwar wird im BBTV auch die Höhe der Ausbildungsvergütung geregelt. Im Hinblick auf das bundeseinheitliche System der überbetrieblichen Ausbildung, das entsprechende Umlageverfahren mit einheitlichen Beitragssätzen und den Umstand, dass auch sonstige Ausbildungsbedingungen, wie beispielsweise die Urlaubsdauer, im BBTV geregelt sind, kann der BBTV aber nicht als „Lohntarifvertrag“ iSv. § 2 Nr. 2 Abs. 4 Satz 2 der Satzung eingeordnet werden. 74

d) Vernünftige Zweifel an der Tariffähigkeit des Zentralverbands des Deutschen Baugewerbes e. V. bestehen ebenfalls nicht. 75

aa) Dessen Tariffähigkeit ist allerdings nicht bereits rechtskräftig festgestellt. Die Entscheidung des BAG vom 6. Mai 2003 *(- 1 AZR 241/02 - zu B I 2 der Gründe, BAGE 106, 124)* ist nicht in einem Verfahren nach § 2a Abs. 1 Nr. 4, § 97 ArbGG ergangen und hat deshalb keine Bindungswirkung über den entschiedenen Rechtsstreit hinaus. 76

bb) Nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 der Satzung vom 6. November 2014 ist der ZDB ermächtigt, für die ihm angeschlossenen Mitglieder zentrale Tarifverhandlungen zu führen und Tarifverträge mit den Gewerkschaften abzuschließen. Damit ist er vollumfänglich tarifwillig *(vgl. zu einem solchen Verständnis auch BAG 6. Mai 2003 - 1 AZR 241/02 - zu B I 2 der Gründe, BAGE 106, 124)*. Der Abschluss von Tarifverträgen führt damit grundsätzlich zur Tarifbindung seiner Mitglieder. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 der Satzung ist der ZDB dagegen nicht berechtigt, Entgelttarifverhandlungen für Mitglieder zu führen, die vor Aufnahme der Verhandlungen schriftlich angezeigt haben, dass Verhandlungen nicht für ihr Verbandsgebiet geführt werden sollen. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerden sagt diese Satzungsbestimmung über eine Tarifunwilligkeit von Mitgliedsverbänden nichts aus und stellt die Tariffähigkeit des ZDB nicht infrage. Vielmehr stellt sich im Fall der Abgabe einer solchen Erklärung durch einen Mitgliedsverband nur die Frage, ob - ähnlich wie bei einer OT-Mitgliedschaft - die Tarifgebundenheit von dessen Mitgliedern entfällt *(vgl. zur OT-Mitgliedschaft zB BAG 21. Januar 2015 - 4 AZR 797/13 - Rn. 17 ff., 59, BAGE 150, 304; zur Abgrenzung von Tarifzuständigkeit und Tarifgebundenheit grundlegend BAG 18. Juli 2006 - 1 ABR 36/05 - Rn. 43 ff., BAGE 119, 103)*. 77

cc) Es bestehen nach den Satzungen einzelner Mitgliedsverbände des ZDB auch keine Zweifel an deren Tarifwilligkeit *(Deutscher Holz- und Bautenschutzverband e. V., Landesverband Bayerischer Bauinnungen)* oder an deren Berechtigung, Mitglied des ZDB zu werden *(Norddeutscher Baugewerbeverband e. V.)*. 78

(1) Aus der Satzung des Deutschen Holz- und Bautenschutzverbands e. V. vom 27. September 2014 lässt sich mit hinreichender Deutlichkeit entnehmen, dass der Verband tarifwillig ist. 79

(a) Für die Auslegung einer Satzung kommt es auf den objektivierten Willen des Satzungsgebers an. Wegen der normähnlichen Wirkung der Satzung körperschaftlich strukturierter Vereinigungen gelten die Grundsätze der Gesetzesauslegung. Danach sind maßgeblich zunächst der Wortlaut und der durch ihn vermittelte Wortsinn, ferner der Gesamtzusammenhang, der Sinn und 80

Zweck sowie die Entstehungsgeschichte der Satzung. Umstände außerhalb der Satzung, die sich in ihr nicht niederschlagen, sind nicht berücksichtigungsfähig. Das gebietet die Rechtssicherheit. Unerheblich sind auch der tatsächliche Abschluss von Tarifverträgen oder die Praxis der Aufnahme von Mitgliedern als solche. Durch ein bloßes Tätigwerden außerhalb des satzungsgemäßen Organisationsbereichs kann der Organisationsbereich nicht erweitert und eine nach der Satzung fehlende Tarifzuständigkeit nicht begründet werden. Im Zweifel ist die Auslegung vorzuziehen, die zu einem gesetzeskonformen und praktikablen Satzungsverständnis führt *(BAG 11. Juni 2013 - 1 ABR 32/12 - Rn. 31, BAGE 145, 211)*.

(b) Nach Nr. 2.1 der Satzung hat sich der Verband umfassend die Interessenvertretung seiner Mitglieder unter anderem in berufsbezogenen wirtschafts- und sozialpolitischen Themenfeldern als Aufgabe und Ziel gesetzt. In Ziff. 2.1.2 der Satzung wird darüber hinaus ausdrücklich die Vertretung der „wirtschaftspolitischen Interessen“ genannt. Im Hinblick auf die aus der Satzung erkennbare Struktur der ordentlichen Mitglieder *(vgl. insbesondere Nr. 3.1.1 und 3.1.3 der Satzung)* gehört zu dieser Interessenvertretung typischerweise die Regelung von Arbeitsbedingungen der bei diesen Mitgliedern beschäftigten Arbeitnehmer. Dementsprechend sieht Nr. 2.2.1 der Satzung auch die Möglichkeit der Mitgliedschaft in anderen Organisationen vor. Konkrete Umstände, die gegen ein solches Verständnis der Satzung sprechen könnten, haben die Antragsteller nicht vorgetragen. Sie sind auch nicht ersichtlich. 81

(2) Auch der Landesverband Bayerischer Bauinnungen (LBB) ist tarifwillig. Zwar ist nach § 3 Abs. 5 Satz 1 der Satzung vom 24. Mai 2014 der (eigene) Abschluss von Tarifverträgen ausgeschlossen. § 3 Abs. 5 Satz 2 der Satzung bestimmt aber gleichzeitig, dass Tarifverträge „einheitlich“ von der Dachorganisation des bayerischen Baugewerbes, dem Verband baugewerblicher Unternehmer Bayerns e. V. (VbUB), abgeschlossen werden. Nach dem satzungsmäßigen Verständnis des LBB sieht er seine Mitglieder damit durch Tarifabschlüsse des VbUB als gebunden an. Dementsprechend verfügt er über einen Landesausschuss für Tarif- und Sozialpolitik *(§ 18 Abs. 2 der Satzung)*. Der VbUB 82

wiederum ist nach dem unwidersprochenen Vortrag des ZDB ebenfalls bei diesem Mitglied. Die Satzung des VbUB vom 4. Mai 2013 ist hinsichtlich der Tarifwilligkeit eindeutig *(§ 2 Nr. 2)* und sieht die Möglichkeit der Mitgliedschaft in anderen Organisationen vor *(§ 2 Nr. 5)*. Die enge Verflechtung zwischen LBB und VbUB, die über eine identische Zuständigkeit in örtlicher und fachlicher Hinsicht verfügen, wird auch an § 2 Nr. 3 der Satzung des VbUB deutlich: Dort werden Regelungen über die Unterstützung bei Arbeitskämpfen getroffen. Der Umstand, dass nach § 3 II. Nr. 3 der Satzung des VbUB auch Betriebe Mitglieder werden können, die nicht Mitglieder der Innung und damit des LBB sind, führt zu keinem anderen Ergebnis. Nach den Satzungsbestimmungen ist jedenfalls davon auszugehen, dass alle Mitglieder des LBB auch Mitglied im VbUB sind. Damit ist sichergestellt, dass für das Tarifgebiet Bayern in vollem Umfang Tarifwilligkeit besteht, die dem ZDB durch die Mitgliedschaft beider Organisationen in ihm übertragen wurde. Mehr könnte auch der LBB nicht vermitteln, wenn er die entsprechenden Tarifverträge selbst abschlösse.

(3) Der Norddeutsche Baugewerbeverband e. V. ist nach seiner Satzung vom 27. Mai 2013 tarifwillig *(§ 2 Nr. 2 Buchst. g)*. Das wird von den Rechtsbeschwerdeführern nicht bestritten. Entgegen ihrer Auffassung bestehen auch keine Zweifel an der satzungsmäßigen Berechtigung dieses Verbands, Mitglied des ZDB zu werden. Zweck des Vereins ist ua., „durch Abschluss von Gesamtvereinbarungen an der Herbeiführung und Erhaltung eines gerechten sozialen Ausgleichs mitzuwirken“ *(§ 2 Nr. 2 Buchst. g der Satzung)*. Daran wird deutlich, dass sich der Wille zum Abschluss von Tarifverträgen nicht auf Tarifverträge rein regionaler Art beschränkt. Dementsprechend hat der Verein gemäß § 2 Nr. 2 Buchst. a der Satzung die Interessen seiner Mitglieder gegenüber „… allen fachlichen und wirtschaftlichen Organisationen zu vertreten“. Aus dem Zusammenspiel beider Bestimmungen ist klar erkennbar, dass der Norddeutsche Baugewerbeverband e. V. Mitglied eines Spitzenverbands werden kann, um solche Gesamtvereinbarungen herbeizuführen, wenn die zuständigen Organe dies als geeigneten Weg zur Interessenvertretung ansehen. Satzungsbestimmungen, die einem solchen Verständnis entgegenstünden, bestehen nicht. Deshalb kann dahinstehen, ob die Möglichkeit der Mitgliedschaft in Spit- 83

zenorganisationen bereits in der Satzung geregelt sein muss *(in diesem Sinn Löwisch/Rieble TVG 4. Aufl. § 2 Rn. 401, die aber die satzungsgemäße Möglichkeit des Eintritts in andere Verbände ausreichen lassen)*. Zugleich kann offenbleiben, welche Rechtsfolgen aufträten, wenn eine solche Bestimmung fehlte.

VI. Die streitgegenständlichen AVE vom 6. Juli 2015 sind demokratisch legitimiert. 84

1. Damit eine AVE über eine hinreichende demokratische Legitimation verfügt, muss sich der jeweilige Minister oder Staatssekretär vor ihrem Erlass zustimmend mit der AVE befasst haben *(umfassend BAG 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 - Rn. 138 ff., BAGE 156, 213)*. Hieran hat sich durch die Neufassung des § 5 TVG nichts geändert. 85

2. Diese Anforderung ist hinsichtlich der streitgegenständlichen AVE erfüllt. Die Ministeriumsvorlage vom 1. Juli 2015 ist sowohl von der damaligen Ministerin für Arbeit und Soziales Andrea Nahles („AN“) als auch vom damaligen Staatssekretär Albrecht abgezeichnet worden. Dies genügt für die Annahme einer zustimmenden Befassung. Im Übrigen sind die AVE-Bekanntmachungen von der Ministerin unterzeichnet und entsprechend veröffentlicht worden. 86

VII. Die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für den Erlass der AVE nach § 5 TVG iVm. den Bestimmungen der TVG-DVO waren erfüllt. Die AVE sind auch ordnungsgemäß im Bundesanzeiger bekannt gemacht worden. Gegen deren teilweisen rückwirkenden Erlass bestehen keine Bedenken. 87

1. Die Tarifvertragsparteien haben einen gemeinsamen Antrag auf Erlass der AVE iSv. § 5 Abs. 1 Satz 1, Abs. 1a Satz 1 TVG gestellt. 88

a) Nach § 5 TVG nF ist nunmehr ein gemeinsamer Antrag der Tarifvertragsparteien Voraussetzung für den Erlass einer AVE. Mit diesem Erfordernis sollte gewährleistet werden, dass die Abstützung der tariflichen Ordnung aus Sicht sämtlicher Parteien des Tarifvertrags erforderlich erscheint 89

(BT-Drs. 18/1558 S. 48). Der Begriff des gemeinsamen Antrags ist deshalb materiell-rechtlich zu verstehen, nicht formal *(AR/Krebber 8. Aufl. § 5 TVG Rn. 22)*. Es kommt nicht darauf an, dass die Antragstellung in einer von allen Tarifvertragsparteien unterzeichneten einheitlichen Urkunde erfolgt. Vielmehr genügt es, wenn übereinstimmende Anträge aller am Abschluss des zu erstreckenden Tarifvertrags beteiligten Tarifvertragsparteien vorliegen. Ebenso reicht aus, wenn eine Tarifvertragspartei gleichzeitig in Vertretung für die andere(n) Tarifvertragspartei(en) den Antrag stellt *(HWK/Henssler 7. Aufl. § 5 TVG Rn. 20)*. Auch hierdurch ist sichergestellt, dass der Antrag von allen tarifvertragsschließenden Parteien inhaltlich getragen wird.

b) Nach diesen Grundsätzen liegen gemeinsame Anträge für alle AVE vor. 90
Der HDB hat die Anträge auch namens und in Vollmacht der beiden anderen Tarifvertragsparteien, des ZDB und der IG BAU, gestellt. Die Bevollmächtigung des HDB ist von keiner Seite in Zweifel gezogen worden. Die Pflicht zur generellen Vorlage einer Vollmachtsurkunde lässt sich aus § 5 Abs. 1 Satz 1, Abs. 1a Satz 1 TVG nicht ableiten *(so aber Däubler/Lakies TVG 4. Aufl. § 5 Rn. 87; ähnlich Forst RdA 2015, 25, 27 „sollte … beigefügt werden, um sofortige Ablehnung aus formalen Gründen zu vermeiden“)*. Hierfür besteht schon wegen der Pflicht zur Veröffentlichung des Antrags im Bundesanzeiger nach § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG-DVO kein Bedürfnis. Sollten Zweifel an der Bevollmächtigung von Amts wegen bestehen oder im Lauf des Verfahrens entsprechende Einwendungen erhoben werden, kann die Bevollmächtigung noch nachgewiesen werden. Ob die im Antrag genannte Rechtsgrundlage für die jeweilige AVE zutrifft, ist unerheblich. Ob und ggf. welche Rechtsgrundlage für den Erlass der AVE in Betracht kommt, ist Gegenstand der Prüfung des BMAS. Die bereits im Antrag erfolgte Einschränkung der Reichweite der AVE ist nicht zu beanstanden. Derartige Einschränkungsklauseln sind grundsätzlich zulässig *(vgl. dazu BAG 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 - Rn. 195, BAGE 156, 213)*.

2. Der Tarifausschuss hat den AVE zugestimmt. 91

a) Die AVE eines Tarifvertrags kann sowohl nach § 5 Abs. 1 Satz 1 TVG 92
als auch nach § 5 Abs. 1a Satz 1 TVG nur im Einvernehmen mit dem Tarifaus-

schuss erfolgen. Dessen Zustimmung ist erforderlich, anderenfalls kann keine AVE ergehen *(zB ErfK/Franzen 18. Aufl. § 5 TVG Rn. 22)*. Inhalt der Zustimmung des Tarifausschusses und spätere AVE müssen sich grundsätzlich decken. Die AVE kann zwar wegen des Normsetzungsermessens des BMAS hinter der Reichweite der Zustimmung des Tarifausschusses zurückbleiben *(ErfK/Franzen aaO Rn. 23)*, nicht aber umgekehrt. Eine AVE, die über die Zustimmung des Tarifausschusses hinausgeht, ist unwirksam *(Däubler/Lakies TVG 4. Aufl. § 5 Rn. 141, 168)*. Dies bedeutet wegen der Verdrängungswirkung des § 5 Abs. 4 Satz 2 TVG auch, dass der Tarifausschuss eine AVE auf Grundlage des § 5 Abs. 1a TVG ausdrücklich billigen muss. Nur so ist sichergestellt, dass der Erlass der AVE vollständig vom Einvernehmen des Tarifausschusses gedeckt ist.

b) Hinsichtlich der hier streitgegenständlichen AVE hat der Tarifausschuss mit Beschlüssen vom 7. Mai 2015 seine Zustimmung erteilt. Seine Zustimmung erstreckte sich auch auf die AVE nach § 5 Abs. 1a TVG, soweit diese vom BMAS beabsichtigt war und erfolgte. 93

3. Verwaltungsverfahrensrechtliche Vorschriften sind nicht verletzt. Die AVE sind weder an Art. 80 Abs. 1 GG noch am Maßstab des § 24 VwVfG zu messen. Für eine Verfassungswidrigkeit von § 11 TVG und der darauf beruhenden TVG-DVO gibt es keine Anhaltspunkte *(vgl. BAG 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 - Rn. 132 ff., BAGE 156, 213)*. Anderweitige Bedenken hinsichtlich der Erfüllung der weiteren verfahrensrechtlichen Voraussetzungen nach dem TVG bzw. der TVG-DVO bestehen nicht, Verfahrensfehler sind weder erkennbar noch vorgetragen. 94

4. Die streitgegenständlichen AVE sind nach § 5 Abs. 7 Satz 1 TVG bekannt gemacht worden. 95

a) Bei der Bekanntmachung handelt es sich ebenfalls um eine Wirksamkeitsvoraussetzung der AVE *(vgl. zB ErfK/Franzen 18. Aufl. § 5 Rn. 24; Schaub ArbR-HdB/Treber 17. Aufl. § 205 Rn. 24)*. Diese Bekanntmachung muss nach § 5 Abs. 7 Satz 2 TVG nunmehr auch die Rechtsnormen des für allgemeinver- 96

bindlich erklärten Tarifvertrags umfassen. Keine zwingende Wirksamkeitsvoraussetzung ist hingegen die Angabe der jeweiligen Rechtsgrundlage für die AVE. Wegen der besonderen Rechtsfolge des § 5 Abs. 4 Satz 2 TVG muss im Fall einer AVE auf Grundlage des § 5 Abs. 1a TVG diese Ermächtigungsgrundlage in der Bekanntmachung aber genannt werden, um die Verdrängungswirkung auszulösen. Zwar fehlt - anders als im Fall des Erlasses einer Rechtsverordnung nach dem AEntG *(Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG)* - ein ausdrückliches Zitiergebot. Die Rechtswirkung der AVE nach Abs. 1a entspricht aber derjenigen einer VO nach dem AEntG; § 5 Abs. 4 Satz 2 TVG ist § 8 Abs. 2 AEntG nachgebildet. Aus Gründen der Normenklarheit ist eine entsprechende Angabe deshalb geboten. Nur so können die Normunterworfenen erkennen, dass eine eigene anderweitige Tarifbindung durch die AVE ohne weitere Voraussetzungen verdrängt wird *(Däubler/Lakies TVG 4. Aufl. § 5 Rn. 129, 182, 188; Preis/ Povedano Peramato Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung im Tarifautonomiestärkungsgesetz S. 89)*.

b) Die erfolgten Bekanntmachungen erfüllen diese Anforderungen in vollem Umfang. 97

5. Der Umstand, dass die angegriffenen AVE VTV 2015, AVE BRTV 2015 und AVE BBTV 2015 am 6. Juli 2015 rückwirkend zum 1. Januar 2015 erfolgt sind, führt entgegen der Auffassung der Antragsteller nicht zu deren Unwirksamkeit. 98

a) Bei der Rückwirkung von Allgemeinverbindlicherklärungen sind die Grundsätze über die Rückwirkung von Gesetzen, wie sie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entwickelt worden sind, entsprechend anzuwenden. Die Rückwirkung einer AVE verletzt nicht die vom Rechtsstaatsprinzip *(Art. 20 Abs. 3 GG)* umfassten Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes, soweit die Betroffenen mit ihr rechnen müssen. Ein solcher Fall liegt vor, wenn ein Tarifvertrag rückwirkend für allgemeinverbindlich erklärt wird, der einen allgemeinverbindlichen Tarifvertrag erneuert oder ändert. Bei dieser Sachlage müssen die Tarifgebundenen nicht nur mit einer AVE des Nachfolgetarifvertrags, sondern auch mit der Rückbeziehung der AVE auf den 99

Zeitpunkt seines Inkrafttretens rechnen *(st. Rspr., zB BAG 13. November 2013 - 10 AZR 1058/12 - Rn. 19 mwN)*. Durch § 5 TVG nF hat sich hieran nichts geändert.

b) Diese Voraussetzungen lagen hinsichtlich der AVE VTV 2015, AVE BRTV 2015 und AVE BBTV 2015 vor. Bereits die Vorgängerregelungen waren für allgemeinverbindlich erklärt worden. Im Übrigen sind die Anträge auf AVE noch im Jahr 2014 im Bundesanzeiger veröffentlicht worden, so dass auch aus diesem Grund kein schutzwürdiges Vertrauen entstehen konnte. Die AVE TZA Bau 2015 entfaltete mit dem 1. Januar 2016 erst Wirkung in der Zukunft. 100

VIII. Die nach § 5 Abs. 1 TVG ausgesprochene AVE BRTV 2015 ist rechtswirksam. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts kann auf Grundlage der bisherigen Feststellungen zwar nicht bejaht werden, dass die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TVG erfüllt sind. Hingegen ist die Annahme des BMAS, die AVE BRTV 2015 erscheine nach § 5 Abs. 1 Satz 1 TVG im öffentlichen Interesse geboten, nicht zu beanstanden. Dies kann der Senat selbst entscheiden *(§ 96 Abs. 1 ArbGG iVm. § 563 Abs. 3 ZPO)*. 101

1. Verfahrensgegenstand eines Beschlussverfahrens nach § 2a Abs. 1 Nr. 5, § 98 ArbGG ist eine bestimmte Rechtsverordnung oder die Wirksamkeit der AVE eines bestimmten Tarifvertrags *(BAG 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 - Rn. 132 ff., BAGE 156, 213)*. Welchen Inhalt die AVE hat, ergibt sich aus der ministeriellen Entscheidung, die der gerichtlichen Überprüfung unterliegt. Davon umfasst wird wegen der unterschiedlichen Rechtswirkungen auch die Frage, ob eine AVE auf Grundlage von § 5 Abs. 1 TVG oder von § 5 Abs. 1a TVG ergangen ist *(Däubler/Lakies TVG 4. Aufl. § 5 Rn. 188)*. Unerheblich ist, ob mit der AVE dem Antrag der Tarifvertragsparteien voll entsprochen wurde oder ob sie dahinter zurückbleibt, solange sich die Tarifvertragsparteien hiergegen nicht erfolgreich wenden. Dies könnte allenfalls im Verwaltungsrechtsweg erfolgen, nicht jedoch im Verfahren nach § 2a Abs. 1 Nr. 5, § 98 ArbGG *(ErfK/Koch 18. Aufl. § 98 ArbGG Rn. 1; vgl. auch BVerwG 3. November 1988 - 7 C 115.86 - zu 4 der Gründe, BVerwGE 80, 355 [zum Fall der Ableh-* 102

nung einer AVE für einen Teil der beantragten Tarifverträge]). Deshalb bedarf die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen das BMAS die AVE gegenüber dem Antrag beschränken darf, hier keiner Entscheidung *(grundsätzlich bejahend zB Däubler/Lakies aaO Rn. 196 ff.; ErfK/Franzen aaO § 5 TVG Rn. 5; Löwisch/Rieble TVG 4. Aufl. § 5 Rn. 117 ff.; Sittard in Henssler/Moll/Bepler Der Tarifvertrag 2. Aufl. Teil 7 Rn. 37; Thüsing/Braun Tarifrecht 2. Aufl. 6. Kap. Rn. 107 ff.; aA HWK/Henssler 7. Aufl. § 5 TVG Rn. 8)*. Da das BMAS den BRTV entgegen dem vorrangigen Antrag der Tarifvertragsparteien nicht nach § 5 Abs. 1a TVG, sondern nach § 5 Abs. 1 TVG für allgemeinverbindlich erklärt hat, sind die Arbeitsgerichte im Rahmen des Verfahrens nach § 2a Abs. 1 Nr. 5, § 98 ArbGG hieran gebunden. Ausschließlich die so ergangene AVE unterliegt der gerichtlichen Überprüfung auf ihre Rechtmäßigkeit. Ein Austausch der Rechtsgrundlagen kommt im Verhältnis zwischen § 5 Abs. 1 TVG und § 5 Abs. 1a TVG nicht in Betracht *(aA NK-GA/Forst § 5 TVG Rn. 108)*, da hierdurch die ministerielle Entscheidung inhaltlich geändert würde.

2. Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 TVG nF kann ein Tarifvertrag auf gemeinsamen Antrag der Tarifvertragsparteien mit Zustimmung des Tarifausschusses für allgemeinverbindlich erklärt werden, wenn die AVE im öffentlichen Interesse geboten erscheint. Nach § 5 Abs. 1 Satz 2 TVG erscheint die AVE „in der Regel“ im öffentlichen Interesse geboten, wenn der Tarifvertrag in seinem Geltungsbereich für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen überwiegende Bedeutung erlangt hat *(Nr. 1)* oder die Absicherung der Wirksamkeit der tarifvertraglichen Normsetzung gegen die Folgen wirtschaftlicher Fehlentwicklungen eine AVE verlangt *(Nr. 2)*. 103

a) Materielle Voraussetzung für den Erlass einer AVE nach § 5 Abs. 1 TVG ist damit in allen Fallgestaltungen, dass diese im öffentlichen Interesse geboten erscheint *(BT-Drs. 18/1558 S. 1, 48 f.; HWK/Henssler 7. Aufl. § 5 TVG Rn. 11 f.)*. Auf das vom Gesetzgeber als zu „starr“ empfundene 50-Prozent-Quorum nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG aF *(vgl. dazu BAG 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 - Rn. 186 ff., BAGE 156, 213)* als Tatbestandsvoraussetzung wurde bei der Neufassung verzichtet. Hinsichtlich der Anforderungen an 104

das öffentliche Interesse ist § 5 Abs. 1 TVG hingegen im Verhältnis zur früheren Rechtslage unverändert geblieben, so dass auf die bisherige - auch verfassungsrechtlich geprägte - Rechtsprechung zurückgegriffen werden kann *(Preis/Povedano Peramato S. 35)*. Bei der Frage, ob die AVE eines Tarifvertrags im öffentlichen Interesse geboten erscheint, hat das BMAS danach eigenverantwortlich zu prüfen, ob die Vorteile der AVE eines Tarifvertrags etwaige Nachteile überwiegen. Hierbei sind sowohl die Interessen der tarifgebundenen als auch diejenigen der nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber gegenüberzustellen. Allein das Interesse der Tarifvertragsparteien, das sie mit ihrem gemeinsamen AVE-Antrag zum Ausdruck bringen, genügt ebenso wenig wie das positive Votum des Tarifausschusses. Das „öffentliche Interesse“ kann dabei nicht allgemeingültig definiert werden. Unter anderem sind gesamtwirtschaftliche Daten und die gesamten wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse und Eigenarten des betreffenden Wirtschaftszweigs zu berücksichtigen sowie arbeitsmarkt- oder sonstige sozialpolitische Erwägungen anzustellen. Wird ein anerkanntes Interesse des Gesetzgebers nachvollzogen, spricht das regelmäßig für ein öffentliches Interesse. Der demokratisch legitimierte Gesetzgeber ist in besonderem Maß dazu berufen zu definieren, welche Maßnahmen im öffentlichen Interesse liegen. Soweit auf dieser Ebene schon eine parlamentarisch kontrollierte Entscheidung getroffen wurde, spricht der erste Anschein dafür, dass eine normsetzende Maßnahme des Ministeriums, die darauf gerichtet ist, das vom Gesetzgeber vorgegebene Ziel zu erreichen, ebenfalls im öffentlichen Interesse liegt *(BVerfG 24. Mai 1977 - 2 BvL 11/74 - zu B II 1 b cc (2) und B II 2 b der Gründe, BVerfGE 44, 322; BAG 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 - Rn. 124 f. mwN, BAGE 156, 213)*.

b) Bei § 5 Abs. 1 Satz 1 TVG handelt es sich um den Grundtatbestand 105
(Preis/Povedano Peramato S. 35; ähnlich NK-GA/Forst § 5 TVG Rn. 80: „Generalklausel“), der durch zwei alternativ nebeneinanderstehende Regelbeispiele in Satz 2 der Norm konkretisiert wird *(vgl. BT-Drs. 18/1558 S. 1, 48 f.; AR/Krebber 8. Aufl. § 5 TVG Rn. 13; Däubler/Lakies TVG 4. Aufl. § 5 Rn. 111; ErfK/Franzen 18. Aufl. § 5 TVG Rn. 11)*. Die AVE soll danach „in der Regel“ im öffentlichen Interesse geboten erscheinen, wenn entweder der Tarifvertrag in seinem Gel-

tungsbereich überwiegende Bedeutung erlangt hat *(Nr. 1)* oder die Folgen wirtschaftlicher Fehlentwicklungen die Sicherung der Wirksamkeit der tarifvertraglichen Normsetzung durch AVE verlangen *(Nr. 2)*. Dabei handelt es sich um eine gesetzliche Vermutung dafür, dass ein öffentliches Interesse besteht *(Forst RdA 2015, 25, 28; Thüsing/Braun Tarifrecht 2. Aufl. 6. Kap. Rn. 76; vgl. auch BAG 20. September 2017 - 6 AZR 58/16 - Rn. 28 [zur Bedeutung des Begriffs „in der Regel“ in § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO])*. Auch wenn die Tatbestandsmerkmale von § 5 Abs. 1 Satz 2 TVG gegeben sind, besteht aber keine „Automatik“ für den Erlass der AVE *(Löwisch/Rieble TVG 4. Aufl. § 5 Rn. 163; aA AR/Krebber aaO Rn. 12: „öffentliches Interesse nicht anhand weiterer Kriterien zu prüfen“)*. Vielmehr steht dem BMAS weiterhin ein - durch die Regelbeispiele geleiteter - Beurteilungsspielraum zu. Gegen die AVE sprechende Interessen sind bei der Entscheidung deshalb zu berücksichtigen, wobei die Annahme des Gesetzgebers, ein öffentliches Interesse bestehe unter den Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 Satz 2 TVG im Regelfall, hohes Gewicht hat *(BT-Drs. 18/1558 S. 48 f.: „besondere Bedeutung für die Beurteilung“, „das Interesse an der Abstützung der tariflichen Ordnung überwiegt grundsätzlich“)*. Es müssen daher besondere Umstände oder gewichtige entgegenstehende Interessen vorliegen, um trotz Erfüllung der Regelbeispiele des § 5 Abs. 1 Satz 2 TVG zu verneinen, dass ein öffentliches Interesse am Erlass der AVE besteht. Hingegen ergeben sich aus dem Gesetz keine Anhaltspunkte für die Auffassung, eine AVE nach § 5 Abs. 1 Satz 1 TVG könne ausschließlich erfolgen, wenn die Voraussetzungen des Satzes 2 erfüllt sind *(so aber Prokop Die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG Diss. 2017 S. 236; ähnlich BeckOK ArbR/Giesen TVG § 5 Rn. 10, der im Übrigen kaum Fälle für denkbar hält, bei denen die Voraussetzungen von Satz 2 nicht vorliegen, aber das öffentliche Interesse nach Satz 1 zu bejahen sein kann)*. Ebenso wenig lässt § 5 Abs. 1 Satz 2 TVG den Schluss zu, dass die für die AVE sprechenden Gründe besonderes Gewicht haben müssten, wenn die Voraussetzungen der Regelbeispiele nicht gegeben sind. Vielmehr hat das BMAS in einem solchen Fall nach den allgemeinen Grundsätzen frei und gesetzlich ungeleitet zu prüfen, ob die Vorteile der AVE eines Tarifvertrags etwai-

ge Nachteile überwiegen und deshalb ein öffentliches Interesse an ihrem Erlass zu bejahen ist.

3. Das Rechtsinstitut der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 Abs. 1 TVG nF begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. 106

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu § 5 TVG aF ist das Rechtsinstitut der Allgemeinverbindlicherklärung als Normsetzung sui generis mit dem Grundgesetz vereinbar *(grundlegend BVerfG 24. Mai 1977 - 2 BvL 11/74 - zu B II der Gründe, BVerfGE 44, 322; vgl. auch 11. Juli 2006 - 1 BvL 4/00 - zu C II 1 a bb der Gründe, BVerfGE 116, 202)*. Dies gilt auch für die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien *(BVerfG 15. Juli 1980 - 1 BvR 24/74, 1 BvR 439/79 - zu B III der Gründe, BVerfGE 55, 7; vgl. auch 10. September 1991 - 1 BvR 561/89 - zu II der Gründe)*. Dem hat sich das Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung angeschlossen *(zB BAG 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 - Rn. 95, BAGE 156, 213)*. 107

b) Bedenken verfassungsrechtlicher Art bestehen auch im Hinblick auf § 5 Abs. 1 TVG nF nicht. Das Rechtsinstitut der Allgemeinverbindlicherklärung ist hinsichtlich seiner Gestaltung und seiner Rechtswirkungen nicht grundsätzlich umgestaltet worden *(Däubler/Lakies TVG 4. Aufl. § 5 Rn. 8)*. Die durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz vorgenommenen Veränderungen des § 5 Abs. 1 TVG halten sich - entgegen der Auffassung der Antragsteller - in dem in der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als verfassungskonform angesehenen Rahmen. 108

aa) Durch das Erfordernis eines gemeinsamen Antrags aller tarifvertragsschließenden Parteien wird gewährleistet, dass die Abstützung der tariflichen Ordnung aus Sicht sämtlicher Parteien des Tarifvertrags erforderlich erscheint *(BT-Drs. 18/1558 S. 48)*. Die Transparenz des Verfahrens wurde durch § 5 Abs. 7 Satz 2 TVG gegenüber der ursprünglich vom Bundesverfassungsgericht zu beurteilenden Rechtslage verbessert, weil jetzt auch die allgemeinverbindlichen Tarifnormen bekannt zu machen sind *(Forst RdA 2015, 25, 26)*. 109

bb) Auch § 5 Abs. 1 TVG nF verlangt für den Erlass einer AVE die Prüfung durch das BMAS, ob ein öffentliches Interesse vorliegt, und - um eine ausreichende demokratische Legitimation herbeizuführen - die zustimmende Befassung durch den zuständigen Minister oder Staatssekretär *(BAG 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 - Rn. 138 ff., BAGE 156, 213)*. Dabei sind die Interessen der Außenseiter zu berücksichtigen, die im Verfahren der AVE Gelegenheit haben, diese einzubringen. Ein Verstoß gegen deren Grundrechte aus Art. 9 Abs. 3, Art. 12 Abs. 1 oder Art. 2 Abs. 1 GG liegt in der AVE in einer solchen Ausgestaltung nicht *(BVerfG 24. Mai 1977 - 2 BvL 11/74 - zu B II 2 der Gründe, BVerfGE 44, 322)*. Die negative Koalitionsfreiheit schützt insbesondere nicht davor, dass der Gesetzgeber die Ergebnisse von Koalitionsvereinbarungen zum Anknüpfungspunkt gesetzlicher Regelungen nimmt, wie dies bei der AVE geschieht *(BVerfG 11. Juli 2006 - 1 BvL 4/00 - zu C II 1 a bb der Gründe, BVerfGE 116, 202)*. Diese Erwägungen gelten auch für die AVE von Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen *(BVerfG 15. Juli 1980 - 1 BvR 24/74, 1 BvR 439/79 - zu B III der Gründe, BVerfGE 55, 7)*. 110

cc) Die Aufrechterhaltung der 50-Prozent-Quote nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG aF als Voraussetzung für den Erlass einer AVE hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung weder ausdrücklich noch mittelbar vorgegeben *(Däubler/Lakies TVG 4. Aufl. § 5 Rn. 105 mwN; NK-GA/Forst § 5 TVG Rn. 30; Preis/Povedano Peramato S. 26 ff.)*. Ebenso wenig lässt sich aus dieser Rechtsprechung ableiten, dass es dem Gesetzgeber verfassungsrechtlich verwehrt wäre, die Voraussetzungen für den Erlass der AVE zu verändern oder zu erleichtern *(Strippelmann Rechtsfragen der gemeinsamen Einrichtungen Diss. 2015 S. 166 ff., 180 ff.; im Ergebnis ebenso, wenn auch in verschiedener Richtung eine verfassungskonforme Auslegung fordernd Prokop S. 256 ff.; zweifelnd HWK/Henssler 7. Aufl. § 5 TVG Rn. 5)*. Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht auch die Geltungserstreckung durch Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG *(in der seit dem 1. Januar 1999 geltenden Fassung)* für verfassungsrechtlich unbedenklich gehalten *(BVerfG 18. Juli 2000 - 1 BvR 948/00 - zu II der Gründe)*, obwohl es für den Erlass einer solchen Rechtsverordnung bereits damals keiner Mindestquote iSv. § 5 Abs. 1 111

Satz 1 Nr. 1 TVG aF bedurfte *(Koberski/Asshoff/Eustrup/Winkler AEntG 3. Aufl. § 7 AEntG Rn. 30)*. Ebenso wenig ist deshalb verfassungsrechtlich ein Verständnis geboten, wonach eine AVE nach § 5 Abs. 1 Satz 1 TVG ausschließlich erfolgen dürfe, wenn die Voraussetzungen des Satzes 2 vorliegen *(so aber Prokop S. 232 ff.; ähnlich BeckOK ArbR/Giesen TVG § 5 Rn. 10)*. Vielmehr sind bei Prüfung des öffentlichen Interesses nach § 5 Abs. 1 Satz 1 TVG im Rahmen der notwendigen Gesamtabwägung alle Umstände einschließlich der Interessen der Außenseiter zu berücksichtigen.

4. Die Entscheidung des BMAS, ein öffentliches Interesse für eine AVE anzunehmen, ist auch nach § 5 Abs. 1 TVG nF nur in beschränktem Umfang gerichtlich nachprüfbar, weil ihm insoweit ein weiter Beurteilungsspielraum zukommt. 112

a) Bereits zu § 5 TVG aF wurde ein solcher Beurteilungsspielraum als Ausprägung des auch mit Rechtsetzungsakten der Exekutive typischerweise verbundenen normativen Ermessens angenommen und eine Gleichsetzung mit verwaltungsrechtlichen Maßstäben abgelehnt *(BAG 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 - Rn. 126 mwN, BAGE 156, 213)*. Dieser Spielraum rechtfertigt sich auch dadurch, dass spiegelbildlich erhöhte Anforderungen an die demokratische Legitimation der Entscheidung gestellt werden *(BAG 25. Januar 2017 - 10 ABR 43/15 - Rn. 43, 47)*. Hieran hat sich im Hinblick auf § 5 TVG nF nichts geändert. Auch dessen Wortlaut *(§ 5 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 TVG: „geboten erscheint“)* gibt zu erkennen, dass es sich beim öffentlichen Interesse nicht um einen exakt festzustellenden und überprüfbaren Begriff handelt, sondern um das Ergebnis einer Wertung, die der Gesetzgeber dem BMAS übertragen hat. Dieser Beurteilungsspielraum wird erst dann rechtswidrig ausgeübt, wenn die getroffene Entscheidung in Anbetracht des Zwecks der Ermächtigung in § 5 TVG und der danach zu berücksichtigenden öffentlichen und privaten Interessen - einschließlich der Interessen der Tarifvertragsparteien - schlechterdings unvertretbar oder unverhältnismäßig ist. Durch die Stellungnahme- und Einspruchsrechte, wie sie in § 5 Abs. 2 und Abs. 3 TVG geregelt sind, ist eine verfahrensmäßige Absicherung der Interessenabwägung gegeben, die eine aus- 113

reichende Gewähr dafür bietet, dass das BMAS seinen weiten Beurteilungsspielraum sachgerecht nutzt *(BAG 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 - Rn. 127 mwN, aaO)*.

b) Soweit dieser Wertung allerdings - wie zB bei der Feststellung der überwiegenden Bedeutung eines Tarifvertrags iSv. § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TVG - Tatsachen zugrunde liegen, sind diese der Überprüfung durch die Gerichte nicht entzogen. Sie sind nicht Teil der Wertung, sondern deren objektiv festzustellende Grundlage *(vgl. dazu auch die im Gesetzgebungsverfahren erfolgte Änderung des Wortlauts von § 5 Abs. 1 Satz 2 TVG gegenüber dem Gesetzentwurf BT-Drs. 18/1558 S. 19, 49: S. 65 f. mit Stellungnahme des Bundesrats, S. 70 mit Gegenäußerung der Bundesregierung; Beschlussempfehlung des Ausschusses BT-Drs. 18/2010 S. 6, 26)*. Im Rahmen des nach § 98 Abs. 3 Satz 1, § 83 Abs. 1 Satz 1 ArbGG geltenden eingeschränkten Amtsermittlungs- bzw. Untersuchungsgrundsatzes hat das Gericht insoweit alle Tatsachen zu erforschen, die nach seiner Ansicht in Bezug auf den Verfahrensgegenstand entscheidungserheblich sind *(BAG 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 - Rn. 87, BAGE 156, 213)*. 114

5. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts kann nach diesen Grundsätzen auf Grundlage der bisherigen Feststellungen das Vorliegen der Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TVG nicht bejaht und die Annahme des Bestehens eines öffentlichen Interesses an der AVE BRTV 2015 hierauf nicht gestützt werden. 115

a) Nach § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TVG erscheint eine AVE in der Regel im öffentlichen Interesse geboten, wenn der Tarifvertrag in seinem Geltungsbereich überwiegende Bedeutung erlangt hat. Die Formulierung knüpft an § 2 Abs. 1 Satz 1 Tarifvertragsverordnung vom 23. Dezember 1918 *(TVVO, RGBl. S. 1456)* idF der Bekanntmachung vom 1. März 1928 an *(RGBl. I S. 47)*. 116

aa) Die Annahme der überwiegenden Bedeutung eines Tarifvertrags iSv. § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TVG setzt voraus, dass die Mehrzahl der Arbeitsverhältnisse im Geltungsbereich des Tarifvertrags *(bb)* durch diesen gestaltet wird 117

(cc). Dies ergibt sich schon aus dem eindeutigen Wortlaut der Norm und entspricht der ganz herrschenden Auffassung im Schrifttum *(AR/Krebber 8. Aufl. § 5 TVG Rn. 13; ErfK/Franzen 18. Aufl. § 5 TVG Rn. 14; HWK/Henssler 7. Aufl. § 5 TVG Rn. 14; Löwisch/Rieble TVG 4. Aufl. § 5 Rn. 178; Preis/ Povedano Peramato S. 43; Prokop S. 63 ff., 215 ff.; wohl auch Sittard in Henssler/Moll/Bepler Der Tarifvertrag 2. Aufl. Teil 7 Rn. 57 f.; Strippelmann S. 176; kritisch NK-GA/Forst § 5 TVG Rn. 87, der wohl eine relative Mehrheit genügen lassen will)*. Nur ein solches Verständnis rechtfertigt auch die Annahme, der Tarifvertrag habe sich für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen durchgesetzt *(BT-Drs. 18/2010 S. 16; dazu Preis/Povedano Peramato S. 43)*, und trägt damit die Vermutungswirkung des § 5 Abs. 1 Satz 2 TVG. Diese Auslegung korrespondiert mit dem früheren Verständnis von § 2 Abs. 1 Satz 1 TVVO. Das damalige Schrifttum ging - wenn auch mit Formulierungsunterschieden im Einzelnen - im Kern davon aus, dass der Inhalt der Mehrzahl der Arbeitsverhältnisse tatsächlich nach den Bedingungen des Tarifvertrags gestaltet sein musste *(Hueck/Nipperdey Lehrbuch des Arbeitsrechts 2. Aufl. 1930 S. 272 f. zu III 3; Hueck Das Recht des Tarifvertrages 1920 S. 126, 128; ähnlich Kaskel/Dersch Arbeitsrecht 4. Aufl. 1932 S. 121 zu 3 a; Meyer RArbBl. (nichtamtl. Teil) 1921, 941, 942; Sitzler/Goldschmidt Tarifvertragsrecht 1929 § 2 TVVO Anm. 2 c S. 56)*. Ein solches Verständnis des Regelbeispiels nach § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TVG führt auch nicht zu einer Wiedereinführung der 50-Prozent-Quote „durch die Hintertür“ *(in diese Richtung Forst RdA 2015, 25, 28)*. Während das Erreichen der 50-Prozent-Quote nach früherem Recht Voraussetzung war, um überhaupt über das Bestehen eines öffentlichen Interesses iSv. § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG aF entscheiden zu können *(vgl. dazu BAG 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 - Rn. 186, BAGE 156, 213)*, führt die Bejahung der Tatbestandsvoraussetzungen nach § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TVG nF zu einer gesetzlichen Vermutung für das Vorliegen eines öffentlichen Interesses, ohne dass es sich dabei um eine abschließende Regelung handeln würde *(AR/Krebber aaO Rn. 12)*.

bb) Nach § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TVG muss der Tarifvertrag die geforderte Gestaltungswirkung „in seinem Geltungsbereich“ erlangt haben. Auch nach 118

neuem Recht kommt es für die Ermittlung der überwiegenden Bedeutung deshalb darauf an, wie viele Arbeitnehmer insgesamt unter den räumlichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich des für allgemeinverbindlich zu erklärenden Tarifvertrags fallen.

(1) Die Gesetzesformulierung ist insoweit gegenüber § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG aF im Kern unverändert geblieben. Nach früherer Rechtslage kam es darauf an, dass die tarifgebundenen Arbeitgeber nicht weniger als 50 von Hundert der „unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags“ fallenden Arbeitnehmer beschäftigten. Da auch der Begriff des Geltungsbereichs nach § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG unverändert geblieben ist, hat sich das Verständnis durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz nicht verändert. Es kann auf die hierzu ergangene Rechtsprechung zurückgegriffen werden *(vgl. umfassend BAG 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 - Rn. 187 ff. mwN, BAGE 156, 213)*. Maßgeblich ist für die Ermittlung der überwiegenden Bedeutung eines Tarifvertrags damit, wie viele Arbeitnehmer insgesamt unter den räumlichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich des für allgemeinverbindlich zu erklärenden Tarifvertrags fallen. Ist der Geltungsbereich im Tarifvertrag selbst beschränkt, sind in den der Beschränkung unterfallenden Betrieben beschäftigte Arbeitnehmer nicht zu berücksichtigen. Unerheblich für die Feststellung der überwiegenden Bedeutung ist hingegen, ob die AVE mit Einschränkungen hinsichtlich des betrieblichen Geltungsbereichs beantragt oder ergangen ist *(ErfK/Franzen 18. Aufl. § 5 TVG Rn. 14; Löwisch/Rieble TVG 4. Aufl. § 5 Rn. 183; Prokop S. 65 ff.)*. 119

(2) Allerdings wird in der Begründung zu Art. 5 Tarifautonomiestärkungsgesetz die Auffassung vertreten, es sei „- wie schon bereits bei der Ermittlung des 50-Prozent-Quorums - zu berücksichtigen, wenn der besondere Geltungsbefehl der Allgemeinverbindlicherklärung nur für einen Teil des Geltungsbereichs erfolgt“ *(BT-Drs. 18/1558 S. 48)*. Der Senat hat in seiner Entscheidung vom 21. September 2016 *(- 10 ABR 33/15 - Rn. 189, BAGE 156, 213)* bereits ausführlich dargelegt, dass diese Aussage für die frühere Rechtslage nicht zutraf. Soweit hierin hinsichtlich der Neuregelung ein gegenteiliger gesetzgeberischer Wille zum Ausdruck gebracht worden sein sollte, hat er in der Neufas- 120

sung des § 5 TVG jedenfalls keinen erkennbaren Niederschlag gefunden. Weder Wortlaut noch Systematik haben sich in diese Richtung verändert. Auch Sinn und Zweck der Neufassung gebieten kein solches Verständnis. Das Regelbeispiel des § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TVG leitet seine gesetzliche Vermutungswirkung gerade daraus ab, dass der Tarifvertrag die Mehrzahl der Arbeitsverhältnisse der Branche prägt. Im Kern geht es damit um die Repräsentativität der für allgemeinverbindlich zu erklärenden Normen. Ob eine solche Prägung vorliegt, muss sich dann auch danach beurteilen, ob sich die Normen in dem Bereich, für den sie nach dem Willen der Tarifvertragsparteien Geltung beanspruchen, tatsächlich durchgesetzt haben *(aA Preis/Povedano Peramato S. 39 f.: „widersinniger Formalismus“)*.

cc) Eine Gestaltung der Arbeitsbedingungen iSv. § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TVG durch einen Tarifvertrag liegt vor, wenn sich die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer im Geltungsbereich des Tarifvertrags nach den Rechtsnormen des Tarifvertrags bestimmen, unabhängig davon, auf welcher rechtlichen Grundlage dies erfolgt. 121

(1) Die Reichweite des Begriffs „Gestaltung der Arbeitsbedingungen“ ist nicht eindeutig. In seiner Wortbedeutung ist unter „Gestaltung“ das Gestalten, die Formgebung zu verstehen. Wer etwas gestaltet, formt, bildet oder entwickelt eine Sache *(Wahrig Deutsches Wörterbuch 9. Aufl. Stichwörter „Gestaltung“, „gestalten“)*. Die Arbeitsbedingungen müssen also ihre Form durch den Tarifvertrag finden, soweit dieser reicht und für Tarifgebundene den Inhalt des Arbeitsverhältnisses bestimmen würde. Dabei macht § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TVG nF keine Vorgabe, wie dies zu erfolgen hat. Anders als nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG aF kommt es deshalb nicht mehr nur auf die unmittelbare mitgliedschaftliche Bindung an den Tarifvertrag nach § 3 Abs. 1, Abs. 2 TVG an, auch wenn dies der Fall ist, in dem die Arbeitsbedingungen unmittelbar und zwingend durch den Tarifvertrag gestaltet werden *(§ 4 Abs. 1 Satz 1 TVG)*. Arbeitsbedingungen können auch auf andere Weise durch Tarifverträge inhaltlich gestaltet werden; solche anderen Formen der Tarifgeltung oder -anwendung müssen nunmehr Berücksichtigung finden *(Henssler RdA 2015, 43, 50; HWK/* 122

Henssler 7. Aufl. § 5 TVG Rn. 14; Löwisch/Rieble TVG 4. Aufl. § 5 Rn. 191; Preis/Povedano Peramato S. 40 f.; Schaub ArbR-HdB/Treber 17. Aufl. § 205 Rn. 17; Sittard in Henssler/Moll/Bepler Der Tarifvertrag 2. Aufl. Teil 7 Rn. 56; Thüsing/Braun Tarifrecht 2. Aufl. 6. Kap. Rn. 77). Dies macht den Kern der Neuregelung aus *(BT-Drs. 18/1558 S. 48 f.)*. Darunter fallen originär tarifrechtliche Bindungen wie inhaltsgleiche Anerkennungs- oder Anschlusstarifverträge, die Nachbindung *(§ 3 Abs. 3 TVG)* oder die Nachwirkung *(§ 4 Abs. 5 TVG)* ebenso wie individualrechtliche Bindungen über arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln oder eine konkludente Vereinbarung, nach Betriebsübergängen *(§ 613a Abs. 1 Satz 2 BGB)*, aus Gesamtzusagen oder die Anwendung kraft betrieblicher Übung. Insbesondere diese individualrechtlichen Gestaltungsformen werden von einem Teil des arbeitsrechtlichen Schrifttums als Formen der in der Begründung zum Tarifautonomiestärkungsgesetz *(BT-Drs. 18/1558 S. 48 f.)* - nicht aber im Gesetz selbst - erwähnten „anderweitigen Orientierung“ am Tarifvertrag angesehen *(so zB Forst RdA 2015, 25, 29; Preis/Povedano Peramato S. 41; ähnlich Henssler RdA 2015, 43, 50)*. Von einer Gestaltung der Arbeitsbedingungen kann unproblematisch ausgegangen werden, wenn der Tarifvertrag, der für allgemeinverbindlich erklärt werden soll, auf diesem Weg als Ganzes die Arbeitsbedingungen bestimmt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob das Arbeitsverhältnis im Übrigen tariflichen Bedingungen unterliegt, weil Bezugspunkte ausschließlich der jeweils für allgemeinverbindlich zu erklärende Tarifvertrag und die durch ihn gestalteten Arbeitsbedingungen sind.

(2) Die Annahme einer Gestaltung der Arbeitsbedingungen durch den für allgemeinverbindlich zu erklärenden Tarifvertrag iSv. § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TVG scheidet hingegen - abgesehen vom Anwendungsbereich des Günstigkeitsprinzips - aus, wenn dieser nur teilweise, in veränderter Form oder „annähernd“ im Arbeitsverhältnis Anwendung findet *(ähnlich Löwisch/Rieble TVG 4. Aufl. § 5 Rn. 193 f.; Sittard in Henssler/Moll/Bepler Der Tarifvertrag 2. Aufl. Teil 7 Rn. 56)*. Vergleicht man die Bedeutung der tariflichen Normen in einem solchen Fall mit der Lage der unmittelbar Tarifgebundenen, unterscheiden sich deren materielle Arbeitsbedingungen nicht nur hinsichtlich ihres rechtlichen Geltungsgrundes, sondern inhaltlich. Von einer Gestaltung durch den Tarifvertrag 123

kann dann nicht mehr gesprochen werden. Soweit teilweise die Auffassung vertreten wird, die Orientierung an „wesentlichen Regelungsbereichen“ *(ErfK/ Franzen 18. Aufl. § 5 TVG Rn. 14; Thüsing/Braun Tarifrecht 2. Aufl. 6. Kap. Rn. 77)* oder gar die Übernahme von einzelnen Kernarbeitsbedingungen *(Preis/ Povedano Peramato S. 41 f.)* sei ausreichend, kann dies nicht überzeugen. Eine solche Annahme lässt sich schon kaum mit dem Wortlaut der Norm vereinbaren, der eine teilweise Gestaltung der Arbeitsbedingungen nicht genügen lässt, sondern eine inhaltliche Verbindung zwischen dem Tarifvertrag und der Gestaltung der Arbeitsbedingungen verlangt. Ein derartiges Verständnis wäre systematisch ebenso wenig mit der Anknüpfung an den Geltungsbereich des Tarifvertrags vereinbar; auch insoweit können nicht einzelne Teile des Geltungsbereichs herausgenommen werden. Darüber hinaus widerspräche es dem Sinn und Zweck der Norm, weil sich die gesetzliche Vermutungsregelung gerade aus der Repräsentativität und Verbreitung des Tarifvertrags ableitet. Das Herausgreifen einzelner - sei es auch wichtiger - Arbeitsbedingungen aus dem Tarifvertrag führt gerade nicht dazu, den Tarifvertrag insgesamt als repräsentativ ansehen zu können. Schließlich ließe eine solche Annahme auch keine annähernd rechtssichere Abgrenzung zu. Es bliebe völlig unklar, was unter wesentlichen Regelungsbereichen oder Kernarbeitsbedingungen eines Tarifvertrags zu verstehen wäre, der immer in seiner Gesamtheit das Ergebnis der Verhandlungen der Tarifvertragsparteien darstellt. Es fehlte darüber hinaus jeglicher brauchbare Maßstab dafür, welche Abweichung zulasten der Arbeitnehmer tolerierbar wäre, um einen Tarifvertrag noch als gestaltend für die Arbeitsbedingungen anzusehen. Die Bundesregierung hat im Gesetzgebungsverfahren die Auffassung vertreten, die im Rahmen des Betriebspanels des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung erhobenen Daten könnten eine Vorstellung davon geben, wie verbreitet Tarifverträge in bestimmten Wirtschaftsbereichen aufgrund von arbeitsvertraglichen Inbezugnahmen oder anderweitigen Orientierungen an Tarifverträgen seien *(BT-Drs. 18/1558 S. 70)*. Das zwingt nicht zu einem anderen Verständnis. Im Rahmen der Entscheidung darüber, ob die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TVG vorliegen, muss vielmehr aufgeklärt werden, wie weit die Aussagekraft entsprechender statistischer Feststel-

lungen reicht. Hingegen kann nicht aus einem dort verwendeten Begriff auf das Verständnis der gesetzlichen Regelung geschlossen werden.

b) Bei Ermittlung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TVG durch das BMAS und einer ggf. nachfolgenden gerichtlichen Überprüfung ist allerdings zu berücksichtigen, dass deren exakte Feststellung unmöglich ist und deshalb eine sorgfältige Schätzung ausreicht *(BT-Drs. 18/1558 S. 49, 70)*. Insoweit hat sich die Rechtslage gegenüber § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG aF nicht verändert. Stets erforderlich ist aber eine Ausschöpfung aller greifbaren Erkenntnismittel und eine möglichst genaue Auswertung des verwertbaren statistischen Materials *(vgl. zu § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG aF BAG 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 - Rn. 200 mwN, BAGE 156, 213)*. 124

c) Nach diesen Grundsätzen durfte das Landesarbeitsgericht mit der von ihm gegebenen Begründung ohne weitere Sachverhaltsaufklärung nicht annehmen, der BRTV habe überwiegende Bedeutung für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen iSv. § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TVG erlangt. 125

aa) Die vom Landesarbeitsgericht gebilligte Annahme des BMAS, bei der Feststellung der überwiegenden Bedeutung des BRTV für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen sei dessen Geltungsbereich unter Berücksichtigung der Großen Einschränkungsklausel maßgeblich, ist rechtsfehlerhaft. Nur hierauf beziehen sich aber die auf Seite 5 des Vermerks zum BRTV vom 11. Juni 2015 genannten Zahlen der ULAK; über andere Zahlen verfügte die ULAK zum maßgeblichen Zeitpunkt des Erlasses der AVE nicht *(vgl. dazu auch BAG 25. Januar 2017 - 10 ABR 34/15 - Rn. 85 f.)*. Der Senat hat in diesem Zusammenhang bereits für die AVE VTV 2014 angenommen, dass die Berücksichtigung der Großen Einschränkungsklausel bei der Ermittlung der Großen Zahl die Schätzgrundlage unbrauchbar macht, weil die Zahl aller Arbeitnehmer im Geltungsbereich des Tarifvertrags dadurch systematisch zu klein wird. Der Senat hat weiter ausgeführt, dass es sich dabei nicht um einen vernachlässigbaren Effekt handle, bei dem aber auch nicht erkennbar sei, in welchem absoluten oder prozentualen Umfang er sich auswirke *(BAG 21. September 2016* 126

- 10 ABR 48/15 - Rn. 187 f., BAGE 156, 289). Diese Erwägungen gelten im Hinblick auf die Ermittlung der überwiegenden Bedeutung des BRTV in gleicher Weise.

127 Hinzu kommt, dass dem BMAS bei der Entscheidung über die AVE BRTV 2015 sowohl im Hinblick auf die Zahl der Beschäftigten im Baugewerbe als auch im Hinblick auf die mitgliedschaftliche Bindung nur Zahlen aus dem Jahr 2013 zur Verfügung standen, weil die antragstellenden Tarifvertragsparteien am Verfahren nicht weiter mitgewirkt und keine aktuelleren Zahlen mitgeteilt haben. Mit diesen Zahlen - die auch der AVE VTV 2014 zugrunde lagen - hat sich der Senat bereits in seiner Entscheidung vom 21. September 2016 *(- 10 ABR 48/15 - BAGE 156, 289)* umfangreich auseinandergesetzt, sowohl hinsichtlich der Großen Zahl *(dort Rn. 187 ff.)* als auch hinsichtlich der Kleinen Zahl *(dort Rn. 207 ff.)* erhebliche Bedenken geäußert und im Ergebnis die damals erforderliche 50-Prozent-Quote als nicht erreicht angesehen.

128 bb) Zusätzlich haben sich das BMAS und das Landesarbeitsgericht allerdings noch auf die Ergebnisse des IAB-Betriebspanel 2014 *(WSI-Mitteilungen 2015, 290 ff.)* gestützt. Danach sind im Jahr 2014 im Bereich des Baugewerbes im Westen 67 % der Beschäftigten und im Osten 50 % der Beschäftigten in tarifgebundenen Betrieben beschäftigt gewesen. Auch wenn das zusätzlich verwendete unscharfe Kriterium der „Orientierung am Branchentarifvertrag“ ausgeblendet wird, könnte diese Untersuchung die Annahme einer überwiegenden Bedeutung des BRTV stützen *(vgl. zum IAB-Betriebspanel als Informationsquelle auch BT-Drs. 18/1558 S. 49, 70)*. Problematisch ist allerdings - was das Landesarbeitsgericht selbst erkennt -, dass die Branchenzuordnung in dieser Untersuchung wohl nicht identisch mit dem Geltungsbereich des BRTV ist, sondern sich an der Klassifikation der Wirtschaftszweige 2008 (WZ 2008) orientiert *(vgl. dazu BAG 21. September 2016 - 10 ABR 48/15 - Rn. 195, BAGE 156, 289)*. Vor diesem Hintergrund hätte es weiterer Aufklärungsmaßnahmen zum genauen Inhalt und zur Reichweite der Aussagekraft der Zahlen des IAB bedurft, um hierauf bezogen auf den Geltungsbereich des BRTV eine überwiegende Bedeutung dieses Tarifvertrags für die Gestaltung der Arbeitsbedingun-

gen zu stützen. Der vom Landesarbeitsgericht darüber hinaus herangezogene Bericht des Instituts für Arbeit und Qualifikation aus dem Jahre 2011 über die Verbreitung der Nutzung von Arbeitszeitkonten im Baugewerbe ist hingegen weder in zeitlicher noch in inhaltlicher Sicht aussagekräftig für die Bedeutung des BRTV zum hier maßgeblichen Zeitpunkt der Entscheidung über die AVE.

6. Die Sache muss aber nicht an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen werden, weil sich die Entscheidung aus anderen Gründen als richtig erweist *(§ 92 Abs. 2 ArbGG, § 563 Abs. 3 ZPO)*. Die Annahme des BMAS, die AVE BRTV 2015 könne (auch) unmittelbar auf ein bestehendes öffentliches Interesse nach § 5 Abs. 1 Satz 1 TVG gestützt werden, hält sich im Rahmen des ministeriellen Beurteilungsspielraums und ist weder unvertretbar noch unverhältnismäßig. Diese Wertung kann der Senat selbst vornehmen. Alle notwendigen Feststellungen sind getroffen, weiterer Sachvortrag der Antragsteller und sonstigen Beteiligten ist nicht zu erwarten. 129

a) Durch den BRTV werden Rahmenbedingungen für die Beschäftigung in der Branche insgesamt geschaffen, die mehrere Jahrzehnte lang für allgemeinverbindlich erklärt worden waren. Die meisten Normen des BRTV waren - abgesehen von den Bestimmungen, die unmittelbar das Sozialkassenverfahren betrafen - in der Vergangenheit nicht umstritten. Die Wirksamkeit der AVE des BRTV ist erstmals im vorliegenden Verfahren infrage gestellt worden. Durch die AVE wird den Arbeitgebern der Anreiz genommen, sich durch Verbandsaustritt dem Tarifvertrag zu entziehen und sich zulasten der Beschäftigten Wettbewerbsvorteile zu verschaffen *(vgl. dazu BAG 20. September 2017 - 10 ABR 42/16 - Rn. 31 mwN)*. Der BRTV enthält den materiell-rechtlichen Kern des Urlaubskassenverfahrens, obwohl es sich um keinen Tarifvertrag über gemeinsame Einrichtungen iSv. § 5 Abs. 1a TVG handelt *(näher IX 1 a)*. Im Rahmen der Bewertung, ob die AVE im öffentlichen Interesse geboten erscheint, sind Zwecksetzung und praktische Auswirkungen von BRTV und VTV einheitlich zu betrachten *(BAG 24. Januar 1979 - 4 AZR 377/77 - BAGE 31, 241)*. Sonst liefen die entsprechenden Bestimmungen des VTV leer. Dass am Urlaubskassenverfahren selbst ein öffentliches Interesse besteht, hat der Senat 130

bereits mehrfach entschieden *(vgl. zB BAG 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 - Rn. 129, BAGE 156, 213)*. Die dadurch entstehende (zusätzliche) Zahlungsverpflichtung der nicht tarifgebundenen Arbeitgeber ist im Ergebnis begrenzt. Sie sind auch gesetzlich verpflichtet, Urlaub und Urlaubsentgelt zu gewähren. Das Urlaubskassenverfahren stellt in seiner praktischen Ausprägung nur einen anderen Abwicklungsweg dar. Für ein öffentliches Interesse an der AVE spricht auch, dass die Regelungen über die Arbeitszeitflexibilisierung und das entsprechende Ausgleichskonto wegen der besonderen Witterungsabhängigkeit im Baugewerbe übergeordnete Bedeutung haben und im Interesse einer sinnvollen Durchführung der Winterbauförderung erforderlich sind. Hiervon profitieren auch die durch die AVE tarifunterworfenen Arbeitgeber, die jedenfalls bei Fortbestand der Arbeitsverhältnisse ggf. verpflichtet wären, Annahmeverzugsleistungen nach § 615 BGB zu erbringen. Gleiches gilt beispielsweise im Hinblick auf die deutliche Verkürzung der Kündigungsfristen gegenüber den gesetzlichen Fristen *(§ 11 BRTV)*.

b) Das allgemeine Interesse nicht tarifgebundener Arbeitgeber, die Rahmenbedingungen der Arbeitsverhältnisse ihrer Beschäftigten freier Vereinbarung auf Grundlage gesetzlicher Mindestbedingungen zu unterwerfen, muss demgegenüber zurücktreten. Weitere, etwa darüber hinausgehende Belastungen haben die Antragsteller in Bezug auf den BRTV nicht benannt. Solche sind auch nicht erkennbar. Eine Abwägung dieser Interessen vorzunehmen, ist Aufgabe des BMAS. Wenn sich das BMAS bei einer solchen Ausgangslage dazu entschließt, das öffentliche Interesse an einer AVE trotz entgegenstehender Interessen der nicht tarifgebundenen Arbeitgeber zu bejahen, kann dies nicht als unvertretbar oder unverhältnismäßig angesehen werden. 131

IX. Die nach § 5 Abs. 1a TVG ergangene AVE VTV 2015 vom 6. Juli 2015 ist rechtswirksam. 132

1. Ein Tarifvertrag über eine gemeinsame Einrichtung kann zur Sicherung ihrer Funktionsfähigkeit für allgemeinverbindlich erklärt werden, wenn er die Einziehung von Beiträgen und die Gewährung von Leistungen durch eine gemeinsame Einrichtung mit bestimmten Gegenständen regelt *(§ 5 Abs. 1a Satz 1* 133

TVG). Der Tarifvertrag kann dabei nach Abs. 1a Satz 2 alle mit dem Beitragseinzug und der Leistungsgewährung in Zusammenhang stehenden Rechte und Pflichten einschließlich der dem Verfahren zugrunde liegenden Ansprüche der Arbeitnehmer und Pflichten der Arbeitgeber regeln; er ist nicht auf die Errichtung der gemeinsamen Einrichtung und auf Verfahrensfragen beschränkt.

a) Erste Tatbestandsvoraussetzung zur Eröffnung des Anwendungsbereichs des § 5 Abs. 1a TVG ist bereits nach dem Wortlaut der Norm, dass es sich um einen Tarifvertrag über eine gemeinsame Einrichtung handelt, der die Einziehung von Beiträgen und die Gewährung von Leistungen hinsichtlich bestimmter Gegenstände zum Inhalt hat *(Forst RdA 2015, 25, 30; Preis/ Povedano Peramato S. 59; Sittard in Henssler/Moll/Bepler Der Tarifvertrag 2. Aufl. Teil 7 Rn. 69)*. Ein Tarifvertrag mit einem anderen Regelungsgegenstand genügt nicht. Der Begriff der gemeinsamen Einrichtung entspricht dem von § 4 Abs. 2 TVG *(NK-GA/Forst § 5 TVG Rn. 104)*. Gemeinsame Einrichtungen sind danach von den Tarifvertragsparteien geschaffene und von ihnen abhängige Organisationen, deren Zweck und Organisationsstruktur durch Tarifvertrag festgelegt wird *(BAG 25. Januar 1989 - 5 AZR 43/88 - zu II der Gründe, BAGE 61, 29; BVerfG 15. Juli 1980 - 1 BvR 24/74, 1 BvR 439/79 - zu A I 2 der Gründe, BVerfGE 55, 7; umfassend Strippelmann S. 17 ff.)*. Nur Tarifverträge, die einen solchen Regelungsgehalt haben, können nach § 5 Abs. 1a TVG für allgemeinverbindlich erklärt werden und die hieran anknüpfenden besonderen Rechtswirkungen entfalten *(§ 5 Abs. 4 Satz 2 TVG)*. Um sich als Tarifvertrag über eine gemeinsame Einrichtung in diesem Sinn zu qualifizieren, muss der Tarifvertrag mindestens überwiegend Regelungen treffen, die die Errichtung der gemeinsamen Einrichtung, das Verfahren von Beitragseinzug und Leistungsgewährung oder die dem Verfahren zugrunde liegenden Ansprüche der Arbeitnehmer und Pflichten der Arbeitgeber regeln. Dabei genügt es, wenn einer der Katalogtatbestände vorliegt, der Tarifvertrag über die gemeinsame Einrichtung muss nicht alle vom Gesetz zugelassenen Gegenstände eines solchen Tarifvertrags erfassen. Für die von einem Teil der Antragsteller vertretene Auffassung, ein solcher Tarifvertrag müsse stets kumulativ Regelungen zu den in § 5 Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 bis Nr. 5 TVG genannten Gegenständen treffen, findet sich 134

im Gesetz kein Anhaltspunkt. Allerdings ist nicht ausreichend, wenn ein allgemeiner Tarifvertrag auch Regelungen enthält, die mit einer gemeinsamen Einrichtung zusammenhängen. § 5 Abs. 1a Satz 2 TVG lässt zwar zu, dass andere Regelungsgegenstände einschließlich der materiellen Anspruchsgrundlagen in einem Tarifvertrag über eine gemeinsame Einrichtung enthalten sein können. Die Bestimmung ergänzt aber lediglich Satz 1, ohne das dort aufgestellte Erfordernis des Bestehens eines Tarifvertrags mit bestimmten besonderen Regelungsgegenständen aufzugeben.

b) Nicht erforderlich ist, dass ein Tarifvertrag nach § 5 Abs. 1a Satz 1 TVG ausschließlich Regelungen über gemeinsame Einrichtungen enthält *(ebenso Henssler RdA 2015, 43, 52; vgl. auch BT-Drs. 18/2010 S. 17)*. Tarifnormen, die inhaltlich nicht unter den Katalog nach § 5 Abs. 1a Satz 1 TVG fallen, aber Teil eines Tarifvertrags über eine gemeinsame Einrichtung sind, können dann allerdings nicht nach § 5 Abs. 1a TVG für allgemeinverbindlich erklärt werden *(AR/Krebber 8. Aufl. § 5 TVG Rn. 15; Henssler RdA 2015, 43, 52 f.)*. Dem steht die klare und als abschließend zu verstehende Liste *(Forst RdA 2015, 25, 31; Preis/Povedano Peramato S. 36, 64)* der tariflich regelbaren Gegenstände entgegen, die unter Abs. 1a fallen und die Verdrängungswirkung nach Abs. 4 Satz 2 auslösen können. Zwar wurde im Gesetzgebungsverfahren im Ausschuss für Arbeit und Soziales auf Frage der SPD-Fraktion vom BMAS die Auffassung vertreten, unter § 5 Abs. 1a TVG fielen alle Tarifverträge, in denen Aufgaben und Leistungen einer gemeinsamen Einrichtung geregelt seien, auch wenn neben diesen Bestimmungen, die die gemeinsame Einrichtung beträfen, ggf. auch noch andere Arbeitsbedingungen in diesen Tarifverträgen normiert würden *(BT-Drs. 18/2010 S. 17)*. Daraus lässt sich aber nicht ableiten, dass auch die Erstreckung anderer Tarifnormen nach dieser Vorschrift erfolgen könnte *(vgl. dazu auch BT-Drs. 18/1558 S. 49 vorletzter Absatz; ablehnend gegenüber einer solchen Sichtweise unter Hinweis auf das verfassungsrechtliche Übermaßverbot auch Preis/Povedano Peramato S. 61 ff.)*. Hingegen können in solchen Tarifverträgen enthaltene Tarifnormen anderen Inhalts nach § 5 Abs. 1 TVG unter den dortigen Voraussetzungen für allgemeinverbindlich erklärt werden *(Däubler/Lakies TVG 4. Aufl. § 5 Rn. 129; Löwisch/Rieble TVG 4. Aufl. § 5* 135

Rn. 80 [getrennte Verfahren fordernd]; NK-GA/Forst § 5 TVG Rn. 107 [„Mischantrag“]; Preis/Povedano Peramato S. 63 f.; Prokop S. 75; Schaub ArbR-HdB/Treber 17. Aufl. § 205 Rn. 19; Sittard in Henssler/Moll/Bepler Der Tarifvertrag 2. Aufl. Teil 7 Rn. 69 [allerdings offenlassend, ob nicht der gesamte Tarifvertrag nach § 5 Abs. 1 TVG für allgemeinverbindlich erklärt werden muss]). Gleichermaßen schließt § 5 Abs. 1a TVG nicht aus, dass Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen nach § 5 Abs. 1 TVG für allgemeinverbindlich erklärt werden, ohne dann an der Wirkung nach § 5 Abs. 4 Satz 2 TVG teilzuhaben *(aA Löwisch/Rieble aaO Rn. 78, die eine AVE bei Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen ausschließlich unter den Voraussetzungen des § 5 Abs. 1a TVG zulassen wollen)*.

c) Weitere Voraussetzung für den Erlass einer AVE nach § 5 Abs. 1a TVG ist die „Sicherung der Funktionsfähigkeit“ der gemeinsamen Einrichtung. Die Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrags muss deshalb das Ziel haben können, die (Fort-)Existenz der gemeinsamen Einrichtung der Tarifvertragsparteien sicherzustellen. Weitere tatsächliche Voraussetzungen, wie zB eine überwiegende Bedeutung des Tarifvertrags, sind - anders, als von den Rechtsbeschwerden teilweise vertreten wird - nicht erforderlich *(zB AR/Krebber 8. Aufl. § 5 TVG Rn. 15; ErfK/Franzen 18. Aufl. § 5 TVG Rn. 14c)*. 136

d) Auch der Erlass einer AVE nach § 5 Abs. 1a TVG erfordert eine abschließende Gesamtbeurteilung durch das BMAS, ob die AVE im öffentlichen Interesse geboten erscheint. Das kann nur verneint werden, wenn besonders gewichtige Umstände oder überragende entgegenstehende Interessen bestehen. 137

aa) Der Wortlaut des § 5 Abs. 1a Satz 1 TVG regelt dies allerdings - anders als § 5 Abs. 1 Satz 1 TVG - nicht ausdrücklich; der Begriff des öffentlichen Interesses wird dort nicht genannt. Die Verwendung des Worts „kann“ zeigt jedoch, dass dem BMAS auch im Fall der Entscheidung über die AVE eines Tarifvertrags über eine gemeinsame Einrichtung ein normatives Ermessen zusteht. Deshalb gibt es auch dann keine „Automatik“ für den Erlass einer entsprechenden AVE, wenn diese der Sicherung der Funktionsfähigkeit einer gemeinsamen 138

Einrichtung dient. Systematisch wird die Notwendigkeit des Bestehens eines öffentlichen Interesses an der AVE im Übrigen auch an § 5 Abs. 5 Satz 1 TVG deutlich. Danach kann das BMAS eine AVE im Einvernehmen mit dem Tarifausschuss aufheben, wenn die Aufhebung im öffentlichen Interesse geboten erscheint. Die Norm unterscheidet nicht zwischen der Aufhebung einer AVE nach § 5 Abs. 1 TVG und der AVE eines Tarifvertrags über eine gemeinsame Einrichtung nach § 5 Abs. 1a TVG. An die Aufhebung einer AVE können aber keine höheren Anforderungen gestellt werden als an deren Erlass. Deshalb bedarf es im Fall des Erlasses einer AVE nach Abs. 1a einer abschließenden Gesamtbeurteilung hinsichtlich des Bestehens eines öffentlichen Interesses *(im Ergebnis ebenso, wenn auch mit unterschiedlichen Begründungsansätzen: BeckOK ArbR/Giesen TVG § 5 Rn. 17; Däubler/Lakies TVG 4. Aufl. § 5 Rn. 124; Löwisch/Rieble TVG 4. Aufl. § 5 Rn. 214; Preis/Povedano Peramato S. 75; Prokop S. 226 f., 249; Schaub ArbR-HdB/Treber 17. Aufl. § 205 Rn. 20; Sittard in Henssler/Moll/Bepler Der Tarifvertrag 2. Aufl. Teil 7 Rn. 78; Strippelmann S. 181)*. Hiervon ist - wie sich aus der Begründung des Gesetzentwurfs ergibt - auch der Gesetzgeber ausgegangen *(BT-Drs. 18/1558 S. 49)*. Ein solches Verständnis trägt darüber hinaus der verfassungsrechtlichen Anforderung Rechnung, auch die Interessen der Außenseiter bei der Entscheidung über die AVE zu wahren *(BVerfG 24. Mai 1977 - 2 BvL 11/74 - zu B II 2 b der Gründe, BVerfGE 44, 322)*. Hingegen gibt das Gesetz keine Anhaltspunkte für die teilweise von den Antragstellern vertretene Auffassung, wonach auch Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen nur unter den Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 Satz 2 TVG für allgemeinverbindlich erklärt werden könnten.

bb) Allerdings wird systematisch durch die Schaffung eines eigenen Absatzes und im Hinblick auf die verwendete abweichende Formulierung deutlich, dass das Gesetz - über die Vermutungswirkung des § 5 Abs. 1 Satz 2 TVG hinaus - davon ausgeht, dass ein öffentliches Interesse an einer solchen Sicherung der Funktionsfähigkeit einer gemeinsamen Einrichtung „grundsätzlich“ gegeben ist, weil eine allgemeinverbindliche tarifliche Regelung hinsichtlich der in Nr. 1 bis Nr. 5 genannten Gegenstände „sozialpolitisch grundsätzlich erwünscht“ ist *(BT-Drs. 18/1558 S. 49; Löwisch/Rieble TVG 4. Aufl. § 5 Rn. 211:* 139

„Sonderfall öffentlichen Interesses“; Schaub ArbR-HdB/Treber 17. Aufl. § 205 Rn. 20: „besonderes öffentliches Interesse“). Die Ablehnung eines öffentlichen Interesses an der AVE eines Tarifvertrags über eine gemeinsame Einrichtung, der der Sicherung ihrer Funktionsfähigkeit dient, kommt daher nur in Betracht, wenn ganz besonders gewichtige Umstände oder überragende Interessen entgegenstehen. Eine solche Situation könnte beispielsweise vorliegen, wenn ein wenig repräsentativer Tarifvertrag über eine gemeinsame Einrichtung für allgemeinverbindlich erklärt werden soll, der sich in der Praxis noch nicht bewährt hat und bei dem auch nicht erkennbar ist, dass ein branchenbezogener Anspruchserwerb erforderlich ist, weil der einzelne Arbeitgeber solche Leistungen nicht erbringen kann *(vgl. zu diesen Aspekten ErfK/Franzen 18. Aufl. § 5 TVG Rn. 14c; HWK/Henssler 7. Aufl. § 5 TVG Rn. 19)*. Ähnliches gilt, wenn die Nachteile einer erstreckten tariflichen Regelung für Außenseiter im Einzelfall ein solches Gewicht erlangen, dass die AVE auch im Licht des besonderen öffentlichen Interesses an dem Bestand der gemeinsamen Einrichtung nicht geboten erscheint.

e) Bestehen in ihrem fachlichen Geltungsbereich mindestens teilweise überschneidende Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen, hat das BMAS bei seiner Entscheidung über die AVE zusätzlich die Repräsentativität der jeweiligen Tarifverträge zu berücksichtigen. 140

aa) Nach § 5 Abs. 1a Satz 3 TVG soll § 7 Abs. 2 AEntG entsprechende Anwendung finden. Diese Norm bestimmt, dass der Verordnungsgeber des AEntG im Rahmen einer Gesamtabwägung auch die Repräsentativität der jeweiligen Tarifverträge zu berücksichtigen hat, wenn in einer Branche mehrere Tarifverträge mit zumindest teilweise demselben fachlichen Geltungsbereich zur Anwendung kommen. Als Ziel der Regelung wird allgemein gesehen, die Verdrängung konkurrierender gemeinsamer Einrichtungen zu vermeiden oder jedenfalls nur dann geschehen zu lassen, wenn eine hinreichende Bedeutung des für allgemeinverbindlich zu erklärenden Tarifvertrags besteht *(Henssler RdA 2015, 43, 53; NK-GA/Forst § 5 TVG Rn. 121; Löwisch/Rieble TVG 4. Aufl. § 5 Rn. 217; Preis/Povedano Peramato S. 70; Sittard in Henssler/Moll/Bepler* 141

Der Tarifvertrag 2. Aufl. Teil 7 Rn. 79). Darauf, ob hinsichtlich des anderen Tarifvertrags ebenfalls eine AVE beantragt ist, kommt es dabei nicht an *(so aber wohl BeckOK ArbR/Giesen TVG § 5 Rn. 19; ErfK/Franzen 18. Aufl. § 5 TVG Rn. 14b)*. Auch bei einem Verzicht der Tarifvertragsparteien der konkurrierenden gemeinsamen Einrichtung auf den Antrag einer AVE wäre der Bestand der dortigen gemeinsamen Einrichtung wegen § 5 Abs. 4 Satz 2 TVG durch die Bindung an den für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag gefährdet.

bb) Eine gesonderte Repräsentativitätsprüfung ist hingegen nicht erforderlich, wenn die Verdrängung eines potenziell konkurrierenden Tarifvertrags schon deshalb ausscheidet, weil die AVE von den Antragstellern mit einer Einschränkungsklausel versehen wurde, die das Auftreten entsprechender Konkurrenzen vermeidet. Gleiches gilt, wenn das BMAS die AVE nur mit einer solchen Einschränkung erlassen will. In einem solchen Fall erfolgt wegen der Einschränkungsklausel in deren Reichweite schon keine Erstreckung auf die an einen anderen Tarifvertrag gebundenen Arbeitgeber, so dass eine kraft Gesetzes nach § 5 Abs. 4 Satz 2 TVG aufzulösende Konkurrenz nicht auftritt. Da in einem solchen Fall keine konkurrierende Regelung verdrängt wird, kommt es auf die Repräsentativität des Tarifvertrags der beantragten AVE nicht an. 142

2. Das Rechtsinstitut der Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags über gemeinsame Einrichtungen nach § 5 Abs. 1a TVG nF begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. 143

a) Wie bereits dargelegt, hat das Bundesverfassungsgericht die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien nach § 5 TVG aF als unbedenklich angesehen *(BVerfG 15. Juli 1980 - 1 BvR 24/74, 1 BvR 439/79 - zu B III der Gründe, BVerfGE 55, 7; vgl. auch 10. September 1991 - 1 BvR 561/89 - zu II der Gründe)*. Dem hat sich das Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung angeschlossen *(zB BAG 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 - Rn. 95, BAGE 156, 213)*. Hieran ist auch für § 5 Abs. 1a TVG festzuhalten. 144

aa) Auch für AVE nach § 5 Abs. 1a TVG wird durch das Erfordernis eines gemeinsamen Antrags aller tarifvertragsschließenden Parteien gewährleistet, dass die Abstützung der tariflichen Ordnung aus Sicht sämtlicher Parteien des Tarifvertrags erforderlich erscheint *(BT-Drs. 18/1558 S. 48)*. Die Transparenz des Verfahrens wurde durch § 5 Abs. 7 Satz 2 TVG verbessert. 145

bb) § 5 Abs. 1a TVG verlangt für den Erlass einer AVE ebenfalls die abschließende Gesamtbeurteilung durch das BMAS, ob ein öffentliches Interesse besteht, und die zustimmende Befassung durch den zuständigen Minister oder Staatssekretär, um eine ausreichende demokratische Legitimation herbeizuführen *(BAG 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 - Rn. 138 ff., BAGE 156, 213)*. Dabei sind die Interessen der Außenseiter zu berücksichtigen, die im Verfahren der AVE Gelegenheit haben, diese einzubringen. Ein Verstoß gegen deren Grundrechte aus Art. 9 Abs. 3, Art. 12 Abs. 1 oder Art. 2 Abs. 1 GG liegt in der AVE in einer solchen Ausgestaltung nicht; die Aufrechterhaltung der 50-Prozent-Quote nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG aF als Voraussetzung für den Erlass der AVE ist nicht von Verfassungs wegen geboten *(ausführlich B VIII 3)*. 146

b) Die Sonderregelung für Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen verstößt auch nicht gegen Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG. Die Norm bestimmt, dass ein Gesetz, soweit nach dem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten muss. Das schließt die Regelung eines Einzelfalls nicht aus, wenn der Sachverhalt so beschaffen ist, dass es nur einen Fall dieser Art gibt, und die Regelung dieses singulären Sachverhalts von sachlichen Gründen getragen wird. Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG enthält letztlich eine Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes; danach ist es dem Gesetzgeber verboten, aus einer Reihe gleichgelagerter Sachverhalte einen Fall herauszugreifen und zum Gegenstand einer Sonderregel zu machen *(BVerfG 6. Dezember 2016 - 1 BvR 2821/11 - Rn. 394, BVerfGE 143, 246)*. Dass gemeinsame Einrichtungen in besonderem Maß auf die AVE der zugrunde liegenden Tarifverträge angewiesen sind, weil alle Arbeitgeber zur Tragung der finanziellen Lasten herangezogen werden müssen, um die Gefahr einer zufällig überhöhten Belastung 147

des Einzelnen zu verhindern, hat das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich anerkannt *(BVerfG 15. Juli 1980 - 1 BvR 24/74, 1 BvR 439/79 - zu B II 2 b der Gründe, BVerfGE 55, 7)*. Deshalb ist es dem Gesetzgeber verfassungsrechtlich nicht verwehrt, für die AVE solcher Tarifverträge besondere Voraussetzungen zu schaffen. Entgegen der Auffassung der Antragsteller handelt es sich auch nicht um eine Regelung, die ausschließlich zugunsten der Sozialkassen des Baugewerbes ergangen ist *(kritisch zB auch NK-GA/Forst § 5 TVG Rn. 102 „dient Partikularinteressen", ohne hieraus aber durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf Art. 19 GG abzuleiten)*. Auch wenn in dieser Branche die gemeinsamen Einrichtungen traditionell eine besondere Rolle spielen, gibt es eine Vielzahl weiterer gemeinsamer Einrichtungen in anderen Branchen, für die § 5 Abs. 1a TVG Bedeutung hat oder noch Bedeutung gewinnen kann *(vgl. zB § 21 BetrAVG nF)*.

c) Soweit die Antragsteller verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 5 Abs. 4 Satz 2 TVG äußern, ist das für die Frage, ob die AVE von Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen unter den in § 5 Abs. 1a TVG festgeschriebenen Bedingungen mit verfassungsrechtlichen Vorgaben vereinbar ist, ohne Bedeutung. Die Norm ordnet an, dass ein nach § 5 Abs. 1a TVG für allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag auch dann von einem Arbeitgeber einzuhalten ist, wenn dieser nach § 3 TVG an einen anderen Tarifvertrag gebunden ist. Das entspricht der Regelung in § 8 Abs. 2 AEntG. Das zwischen den beiden Tarifverträgen bestehende Konkurrenzverhältnis löst die Norm zugunsten des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags über eine gemeinsame Einrichtung auf *(aA Löwisch/Rieble TVG 4. Aufl. § 5 Rn. 327: Parallelgeltung beider Tarifverträge)*. Sie regelt damit die Wirkung einer AVE für den betroffenen anderweitig tarifgebundenen Arbeitgeber, nicht aber deren Voraussetzungen. Selbst wenn die gegen die Wirkung des § 5 Abs. 4 Satz 2 TVG erhobenen verfassungsrechtlichen Bedenken durchgreifen sollten, würde dies nicht zur Unwirksamkeit einer AVE nach § 5 Abs. 1a TVG führen. Vielmehr wäre die dann entstehende Tarifkonkurrenz nach den allgemeinen Regeln aufzulösen *(Spezialitätsgrundsatz, vgl. dazu zB BAG 23. Januar 2008 - 4 AZR 312/01 - Rn. 31, BAGE 125, 314; 25. Juli 2001 - 10 AZR 599/00 - zu II 3 der Gründe, BAGE 98, 263 [betreffend* 148

das Sozialkassenverfahren]; eingeschränkt aber im Geltungsbereich des AEntG aF BAG 18. Oktober 2006 - 10 AZR 576/05 - Rn. 34 f., BAGE 120, 1; kritisch zur Rspr. zB ErfK/Franzen 18. Aufl. § 4a TVG Rn. 33).

3. Nach diesen Grundsätzen ist die AVE VTV 2015 vom 6. Juli 2015 rechtswirksam. 149

a) Beim VTV handelt es sich um einen Tarifvertrag über eine gemeinsame Einrichtung iSv. § 5 Abs. 1a Satz 1 TVG. Der VTV regelt das Verfahren zum Beitragseinzug und teilweise zur Leistungsgewährung hinsichtlich des Urlaubs *(§ 5 Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 TVG)*, hinsichtlich einer betrieblichen Altersversorgung iSd. Betriebsrentengesetzes *(§ 5 Abs. 1a Satz 1 Nr. 2 TVG)* und zum Berufsbildungsverfahren *(§ 5 Abs. 1a Satz 1 Nr. 3 TVG)*. Die Durchführung erfolgt durch gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien *(§ 3 VTV)*. Die Regelung im VTV ist insoweit nicht abschließend, sondern wird ergänzt durch die materiell-rechtlichen Vorschriften im BRTV, im BBTV und im TZA Bau. Hinsichtlich ihrer Zwecksetzung und ihrer praktischen Auswirkungen sind die Tarifverträge dabei einheitlich zu betrachten *(BAG 24. Januar 1979 - 4 AZR 377/77 - BAGE 31, 241)*. 150

b) Die Annahme, die AVE VTV 2015 sei zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtungen erforderlich, ist nicht zu beanstanden. Erst die Erstreckung der entsprechenden Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen ermöglicht den Tarifvertragsparteien, solche wirksam zu errichten. Es ist naheliegend, dass das System der Umlagefinanzierung nur funktioniert, wenn alle Betriebe am Sozialkassenverfahren teilnehmen. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf das Urlaubskassenverfahren und das Ausbildungsumlageverfahren einschließlich des Systems der überbetrieblichen Ausbildung und ihrer Finanzierung. 151

c) Ebenso wenig bestehen Einwände gegen die Annahme des Landesarbeitsgerichts, das BMAS habe den ihm zustehenden Beurteilungsspielraum mit der Bejahung eines öffentlichen Interesses an der AVE des VTV nicht überschritten. Besonders gewichtige Umstände oder überragende entgegenstehende Interessen, die gegen die Annahme eines öffentlichen Interesses sprechen könnten, sind weder vorgetragen noch erkennbar. Die getroffene Entscheidung erscheint nicht unvertretbar oder unverhältnismäßig. 152

aa) Der Senat hat im Zusammenhang mit der - aus anderen Gründen unwirksamen - AVE VTV 2014 die damalige Annahme des BMAS, ein öffentliches Interesse iSv. § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 TVG aF habe vorgelegen, nicht beanstandet *(BAG 21. September 2016 - 10 ABR 48/15 - Rn. 111 ff., BAGE 156, 289)*. Dabei hat der Senat insbesondere angenommen, das im VTV geregelte Urlaubskassenverfahren verfolge das vom Gesetzgeber sozialpolitisch gewollte Ziel, Arbeitnehmern den Erwerb zusammenhängender Urlaubsansprüche zu ermöglichen. Auch die vom VTV mitumfasste zusätzliche Altersversorgung verfolgt ein vom Gesetzgeber sozialpolitisch gewolltes Ziel. Ihr Zweck ist daran ausgerichtet, den Arbeitnehmern unverfallbare Anwartschaften auf eine zusätzliche Altersversorgung zu sichern, wie es der Gesetzgeber mit den Bestimmungen des BetrAVG erreichen will. Die Ausbildungsumlage steht vor dem Hintergrund einer vom Gesetzgeber für sinnvoll gehaltenen geordneten und einheitlichen Berufsausbildung *(vgl. § 4 Abs. 1 BBiG)*, deren Lasten verteilt werden sollen. Diese Erwägungen sind ohne Abstriche auf die AVE VTV 2015 übertragbar. 153

bb) Diesen für ein öffentliches Interesse an der AVE VTV 2015 sprechenden Umständen stehen vor allem die Interessen der nicht tarifgebundenen Arbeitgeber gegenüber, nicht mit Beitragszahlungen an die ULAK belastet zu werden. Überragende entgegenstehende Interessen nicht tarifgebundener Arbeitnehmer sind in diesem Zusammenhang nicht zu erkennen. Die (zusätzliche) Zahlungsverpflichtung der nicht tarifgebundenen Arbeitgeber ist im Ergebnis begrenzt, weil sie auch gesetzlich verpflichtet sind, Urlaub und Urlaubsentgelt zu gewähren, und das Urlaubskassenverfahren in seiner praktischen Ausprägung nur einen anderen Abwicklungsweg darstellt. Auch die Ausbildungsumla- 154

ge verteilt im Wesentlichen nur Lasten gleichmäßig auf die Arbeitgeber, die unabhängig von der tarifvertraglichen Regelung entstehen. Die von der AVE VTV 2015 erfassten Arbeitgeber profitieren auch dann mittelbar von einer so geförderten Berufsausbildung, wenn sie nicht selbst zu den Ausbildungsbetrieben gehören. Eine effektive zusätzliche Zahlungsbelastung der nicht tarifgebundenen Arbeitgeber ergibt sich nur aus den eigenen Verwaltungskosten der ULAK sowie der gesetzlich nicht verpflichtend vorgeschriebenen zusätzlichen Altersversorgung für Arbeitnehmer.

cc) Eine Abwägung dieser Interessen vorzunehmen, ist Aufgabe des BMAS. Wenn es sich dazu entschließt, das öffentliche Interesse an einer AVE trotz entgegenstehender Belange der nicht tarifgebundenen Arbeitgeber zu bejahen, kann dies vor dem Hintergrund des bereits durch den Gesetzgeber erheblich gewichteten öffentlichen Interesses an der Sicherung der Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtungen nicht als unvertretbar oder unverhältnismäßig angesehen werden. Die von den Antragstellern vorgebrachten Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit von § 17 VTV führen zu keinem anderen Ergebnis. Wie bereits dargelegt, führte eine Unwirksamkeit dieser Tarifnorm nicht zur Unwirksamkeit der AVE VTV 2015. 155

d) Ebenfalls nicht zu beanstanden ist die vom Landesarbeitsgericht gebilligte Annahme des BMAS, dass es keiner Repräsentativitätsprüfung iSv. § 5 Abs. 1a Satz 3 TVG iVm. § 7 Abs. 2 AEntG bedurfte. Konkurrierende Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen bestehen nicht. Konkrete Einwendungen gegen diese Annahme haben die Antragsteller nicht erhoben. 156

X. Die AVE BBTV 2015 vom 6. Juli 2015 ist rechtswirksam, soweit sie überwiegend nach § 5 Abs. 1a TVG erfolgt ist. Hinsichtlich der AVE der §§ 6, 10, 12 bis 15 BBTV konnte mangels antragsbefugter Beteiligter hingegen keine Sachentscheidung ergehen. 157

1. Beim BBTV handelt es sich um einen Tarifvertrag über eine gemeinsame Einrichtung iSv. § 5 Abs. 1a TVG. Der sowohl qualitativ wie auch quantitativ überwiegende Teil des BBTV regelt die Vergütung der Auszubildenden und das Erstattungsverfahren für Ausbildungsvergütungen und überbetriebliche Ausbildungskosten *(§ 5 Abs. 1a Satz 1 Nr. 3 TVG)*. Die Durchführung erfolgt über die ULAK bzw. die Sozialkasse des Berliner Baugewerbes als gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien. Die Vorschriften über die Urlaubsdauer und die Freistellung am 24. und 31. Dezember *(§§ 6, 10, 12 bis 15 BBTV)* haben demgegenüber untergeordnete Bedeutung. 158

2. Die Annahme, die AVE BBTV 2015 - ohne die §§ 6, 10, 12 bis 15 BBTV - sei zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtungen erforderlich, ist nicht zu beanstanden. Erst die Erstreckung der entsprechenden Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen ermöglicht den Tarifvertragsparteien, ein System der überbetrieblichen Ausbildung zu errichten und die Kosten hierfür gleichmäßig zu verteilen. Dieses Verfahren kann nur funktionieren, wenn alle Arbeitgeber der Branche herangezogen werden und sich beteiligen. 159

3. Ebenso wenig ist die Annahme des Landesarbeitsgerichts zu beanstanden, das BMAS habe den ihm zustehenden Beurteilungsspielraum mit der Bejahung eines öffentlichen Interesses an der AVE der wesentlichen Teile des BBTV nicht überschritten. Die Ausbildungsumlage steht vor dem Hintergrund einer vom Gesetzgeber für sinnvoll gehaltenen geordneten und einheitlichen Berufsausbildung *(vgl. § 4 Abs. 1 BBiG)*, deren Lasten verteilt werden sollen. Auch eine angemessene Vergütung der Auszubildenden liegt im öffentlichen Interesse. Besonders gewichtige Umstände oder überragende entgegenstehende Interessen, die gegen die Annahme eines öffentlichen Interesses sprechen könnten, sind weder vorgetragen noch ersichtlich. Die getroffene Entscheidung erscheint nicht unvertretbar oder unverhältnismäßig. 160

4. Auch im Hinblick auf den BBTV ist mangels eines konkurrierenden Tarifvertrags über eine gemeinsame Einrichtung keine Repräsentativitätsprüfung erforderlich. 161

5. Über die Wirksamkeit der AVE 2015 der §§ 6, 10, 12 bis 15 des BBTV konnte keine Sachentscheidung nach § 98 Abs. 4 Satz 1 ArbGG ergehen. Insoweit fehlte es - wie dargelegt - auch den Beteiligten zu 27., 28., 34., 36. und 38. an einer Antragsbefugnis. Dies ist in der Beschlussformel des Landesarbeitsgerichts klarzustellen. 162

XI. Die nach § 5 Abs. 1a TVG ergangene AVE TZA Bau 2015 vom 6. Juli 2015 ist rechtswirksam. 163

1. Beim TZA Bau handelt es sich um einen Tarifvertrag über eine gemeinsame Einrichtung iSv. § 5 Abs. 1a Satz 1 TVG. Der TZA Bau regelt ua. die (neue) Tarifrente Bau, die die früheren Regelungen über Rentenbeihilfen im Baugewerbe abgelöst hat. Auf Grundlage einer Beitragszusage mit Mindestleistungen werden eine Altersrente und ggf. eine Erwerbsminderungs- oder Unfallrente gewährt. Die Durchführung des überbetrieblichen Altersversorgungssystems erfolgt durch die ZVK Bau als gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien. Es handelt sich - trotz der überbetrieblichen Abwicklung - um eine Regelung über eine betriebliche Altersversorgung iSd. Betriebsrentengesetzes *(§ 5 Abs. 1a Satz 1 Nr. 2 TVG)*. 164

2. Die Annahme, die AVE TZA Bau 2015 sei zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtung erforderlich, ist nicht zu beanstanden. Erst die Erstreckung der entsprechenden Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen ermöglicht den Tarifvertragsparteien, solche wirksam zu errichten. Es ist naheliegend, dass ein überbetriebliches Altersversorgungssystem mit einem branchenbezogenen Anspruchserwerb und einer Portabilität der Anwartschaften nur erreicht werden kann, wenn alle Arbeitgeber der Branche sich hieran beteiligen. 165

3. Ebenso wenig ist die Annahme des Landesarbeitsgerichts zu beanstanden, das BMAS habe den ihm zustehenden Beurteilungsspielraum mit der Bejahung eines öffentlichen Interesses an der AVE des TZA Bau nicht überschritten. Mit dem Aufbau bzw. der Fortführung einer zusätzlichen Altersversorgung verfolgt der TZA Bau - erstmals auch unter Einbeziehung der neuen Bundesländer - ein sozialpolitisch gewolltes Ziel. Sein Zweck ist daran ausgerichtet, den Arbeitnehmern unverfallbare Anwartschaften auf eine zusätzliche Altersversorgung zu sichern, wie es der Gesetzgeber mit den Bestimmungen des BetrAVG erreichen will. Besonders gewichtige Umstände oder überragende entgegenstehende Interessen, die gegen die Annahme eines öffentlichen Interesses sprechen könnten, sind weder vorgetragen noch erkennbar. Die getroffene Entscheidung erscheint weder unvertretbar noch unverhältnismäßig. 166

4. Auch im Hinblick auf den TZA Bau ist mangels eines konkurrierenden Tarifvertrags über eine gemeinsame Einrichtung keine Repräsentativitätsprüfung erforderlich. 167

XII. Das Landesarbeitsgericht hat nach § 98 Abs. 4 Satz 1 ArbGG zutreffend die Wirksamkeit der streitgegenständlichen AVE festgestellt und dies in seiner Beschlussformel ausgesprochen. Zwar hat nur die ULAK hinsichtlich der AVE VTV 2015 einen positiven Feststellungsantrag gestellt. Vor dem Landesarbeitsgericht waren auch von anderen Beteiligten keine Zurückweisungsanträge gestellt worden. Mit der Abweisung der negativen Feststellungsanträge aus materiellen Gründen steht aber gleichzeitig das kontradiktorische Gegenteil, also die Wirksamkeit der angegriffenen AVE, fest und muss, um die Veröffentlichung nach § 98 Abs. 4 Satz 3 ArbGG zu ermöglichen, ausgesprochen werden *(ebenso GK-ArbGG/Ahrendt Stand Juni 2017 § 98 Rn. 48)*. Lediglich zu Ziff. III. der Beschlussformel des Landesarbeitsgerichts war klarzustellen, dass mangels Antragsbefugnis keine materielle Entscheidung über die Wirksamkeit der AVE der §§ 6, 10, 12 bis 15 BBTV ergangen ist. 168

Das BMAS hat die Entscheidungsformel des Beschlusses des Landesarbeitsgerichts mit den erfolgten Klarstellungen im Bundesanzeiger bekannt zu machen *(§ 98 Abs. 4 Satz 3 ArbGG)*. 169

C. In diesem Verfahren werden Kosten nicht erhoben, § 2 Abs. 2 GKG. 170

Gallner Brune W. Reinfelder

Rudolph Budde

ECLI:DE:BAG:2018:210318.B.10ABR62.16.0