

Das Besserstellungsverbot

Eine Übersicht aller bisherigen Gutachten und Stellungnahmen

- Seite 2 – 3: Gutachten von Rechtsanwalt Dr. Matthias Ziegler vom 24.07.2003
- Seite 4 – 7: Zusammenfassung der gutachterlichen Stellungnahme von Hans Löffler, Fachanwalt für Arbeitsrecht, vom 31.10.2003
- Seite 8 - 12 Gutachten von Wolfgang Koberski, Ministerial im Bundesministerium für Arbeit- und Sozialordnung
- Seite 13 - 38 Gutachten von Dr. Eberhard Baden, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, vom 01.12.2006
- Seite 39 – 41 Antwort der Bundesregierung vom 06.12.2007 auf eine kleine Anfrage der Abgeordneten Werner Dreibus, Dr. Barbara Höll, Ursula Lötzer, Kornelia Möller, Dr. Herbert Schui, Dr. Axel Troost, Sabine Zimmermann und der Fraktion DieLinke vom 23.01.2007

das ohne die Zuwendung nicht oder nicht im notwendigen Umfang befriedigt werden kann. Bei jeder Zuwendungsgewährung ist also zunächst zu prüfen, ob und in welchem Umfang anderweitige Mittel zur Verfügung stehen oder erlangt werden können, mit denen der Zuwendungszweck realisiert werden könnte. Zuwendungen sollen nur Finanzierungslücken schließen.

Nur die unbedingt erforderlichen Aufwendungen sind förderungsfähig. Höhere Ausgaben als die, die der Staat zur Erfüllung des Zuwendungszwecks aufbringen müsste, wären aus Sicht des Staates unwirtschaftlich. Er könnte dann die Aufgaben wirtschaftlicher selbst übernehmen (Krämer/Schmidt, B III 3.3.2.1., 3.3.2.1., 3.3.6; D II 1). Deshalb verbietet das Besserstellungsverbot, dass der Zuwendungsgeber seinen Mitarbeitern finanziell bessere Arbeitsbedingungen als der öffentlichen Dienst bietet (Krämer/Schmidt, D XI 8). Auch wenn angesichts der Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie (Art. 9 Abs. 3 GG) dem Zuwendungsempfänger nicht vorgehalten werden kann, aufgrund der für ihn geltenden Tarifverträge höhere Leistungen gewähren zu müssen, erhält er Zuwendungen nur in der Höhe, wie er sie bei Geltung des Tarifrechts des öffentlichen Dienstes erhalten würde (BayVGH, 25.2.1998, 19 B 94.3076, bestätigt durch BVerwG, 3.5.99, 3 B 91/98, zitiert bei Krämer/Schmidt, J I 5 S. 9 + 21; s. auch Krämer/Schmidt, D XI 8, 8.2.1.2.).

Die Absenkung der Arbeitszeit des Personals von Zuwendungsempfängern analog der für den öffentlichen Dienst tariflich vereinbarten reduzierten Arbeitszeit ist aber weder nach dem Wirtschaftlichkeits- noch nach dem Subsidiaritätsprinzip geboten. Bereits bei der Bewilligung der Zuwendung wird ja im einzelnen konkret für jedes Projekt geprüft, ob der angesetzte Personalaufwand notwendig und wirtschaftlich ist. Es wurde festgestellt, dass die sich aus dem Stellenplan ergebenden Arbeitskapazitäten auch unter wirtschaftlicher Betrachtungsweise nötig sind, um den im öffentlichen Interesse liegenden Zweck zu erreichen. Anders als im Land Berlin, wo ein Arbeitskräfteüberhang besteht, der abgebaut werden muss, sind hier die personellen Kapazitäten projektbezogen genau berechnet, beantragt und bewilligt worden.

c) Eine Arbeitszeitreduzierung bei den zuwendungsgeförderten Projekten würde gegen gesetzliche Vorgaben verstoßen.

Eine Arbeitszeitreduzierung um 8 - 12 % würde dazu führen, dass entweder der Zuwendungszweck nicht mehr (voll) erreicht werden kann, oder dass entweder die Mitarbeiter in geringerer Zeit dasselbe Pensum erfüllen müssten (Intensivierung der Arbeitleistung, Erhöhung der Beanspruchung), oder Mehrarbeit und Überstunden erforderlich sind, die ihrerseits zusätzlich entgolten werden müssen, obwohl dem Zuwendungsempfänger, wie ja bei Zuwendungsbewilligung schon unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität geprüft, dafür keine (eigenen oder Dritt-) Mittel zur Verfügung stehen.

Anders als das personell mit Überkapazitäten ausgestattete Land Berlin können Zuwendungsempfänger den durch eine Arbeitszeitreduzierung eintretenden Verlust an Arbeitskapazität nicht ausgleichen. Es bleiben nur folgende Möglichkeiten, die aber bei näherer Prüfung nicht gangbar sind:

- Die Zuwendungsempfänger müssten also entweder den Zuwendungszweck ändern/reduzieren und damit den Widerruf der Zuwendung wegen Zuwiderhandlung gegen die Zuwendungsbedingungen riskieren; der Zuwendungsgeber würde sehenden Auges das Erreichen des Zuwendungszwecks in Frage stellen, was gegen § 23 LHO verstoßen würde.
- Oder die Zuwendungsempfänger müssten den Mitarbeitern zumuten, die bisher erledigte Arbeit in um 8 - 12 % verkürzter Arbeitszeit zu schaffen; da aber bei der Zuwendungsbewilligung geprüft und festgestellt wurde, dass die Aufgaben nur in der bewilligten Arbeitszeit zu schaffen sind, besteht kein Spielraum an zumutbarer Mehrbelastung; außerdem würde der Mitbestimmungstatbestand der "Hebung der Arbeitsleistung" vorliegen, so dass Personal- oder Betriebsrat oder Mitarbeitervertretung zustimmen müssten, wobei sie bei Überlastung oder Überbeanspruchung oder Überforderung die Zustimmung verweigern werden.
- Oder die Zuwendungsempfänger müssten ihr Personal veranlassen, die angeblich reduzierte Arbeitszeit unentgeltlich zu leisten, ein Verlangen, das arbeitsrechtlich unzulässig und sozialpolitisch unerwünscht wäre und nichts mit einem Besserstellungsverbot zu tun hätte, sondern auf ein unzulässiges Schlechterstellungsgebot hinauslaufen würde.

Alle Wege führen also in Sackgassen, sind rechtlich sowohl haushalts- und zuwendungsrechtlich wie arbeitsrechtlich unzulässig, wenn nicht unmöglich.

C. Ergebnis

Das Besserstellungsverbot führt nicht dazu, dass Zuwendungsempfänger die Arbeitszeit ihrer Mitarbeiter im Umfang der vom Land Berlin im geplanten Tarifvertrag für Beschäftigte des öffentlichen Dienstes vorgesehenen Reduzierung der Arbeitszeit durch Tausch von Entgelt gegen Freizeit verringern müssen.

Berlin, den 24. Juli 2003

Dr. Matthias Zieger
Rechtsanwalt

Zieger-Gutachten zum "Besserstellungsverbot" liegt vor

Der PARITÄTISCHE hat durch den Berliner Rechtsanwalt Dr. Matthias Zieger prüfen lassen, ob der vorliegende Entwurf eines Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst über das so genannte "Besserstellungsverbot" Auswirkungen auf Zuwendungsempfänger hat. Das Gutachten kommt zu dem Ergebnis, dass das Besserstellungsverbot nicht dazu führt, "dass Zuwendungsempfänger die Arbeitszeit ihrer Mitarbeiter im Umfang der vom Land Berlin im geplanten Tarifvertrag für Beschäftigte des öffentlichen Dienstes vorgesehenen Reduzierung der Arbeitszeit durch Tausch von Entgelt gegen Freizeit verringern müssen".

Der Wortlaut des Gutachten im Original:

A. Problemskizze

Nach Nr. 1.3, ANBest-P darf der Zuwendungsempfänger dann, wenn seine Gesamtausgaben überwiegend von der öffentlichen Hand bestritten werden, seine Beschäftigten finanziell nicht besser stellen als vergleichbare Dienstkräfte im unmittelbaren Landesdienst Berlin, insbesondere dürfen höhere Vergütungen oder Löhne als nach den für das Land Berlin jeweils geltenden Tarifvorschriften sowie sonstige über- und außertarifliche Leistungen nicht gewährt werden.

In den "Eckpunkten eines Tarifvertrags" wird trotz Austritts des Landes Berlin aus der Tarifgemeinschaft der Länder der Tarifabschluss vom 9.1.2003 für die Beschäftigten des Landes Berlin übernommen und werden für die Laufzeit des Vertrages, also bis zum 31.12.2009, betriebsbedingte Kündigungen ausgeschlossen.

Im Gegenzug erfolgt nach einem gestaffelten System der Tausch von Entgelt gegen Freizeit bzw. Ansammlung von Ansprüchen in Arbeitszeitkonten bzw. Verkürzung der Lebensarbeitszeit. Die tarifliche Wochenarbeitszeit wird zwischen 8-12 % abgesenkt bei entsprechender Kürzung des Entgelts. Die Beschäftigten des öffentlichen Dienstes werden also trotz der Tarifierhöhung etwas weniger Vergütung erhalten, haben dafür aber mehr Freizeit. Das Land Berlin kann also Sparvorgaben nachkommen und die viel zu hohen Personal- und Arbeitskapazitäten (viele Mitarbeiter befinden sich - unkündbar- im Personalüberhang) ohne Kündigung reduzieren.

Es stellt sich die Frage, ob aus dem Besserstellungsverbot für Zuwendungsempfänger eine Pflicht erwächst, bei ihren Beschäftigten ebenfalls einen Tausch Entgelt in Freizeit vorzunehmen.

B. Rechtliche Diskussion

1. Keine Vergleichbarkeit

Gegen die Annahme einer Verpflichtung der Zuwendungsempfänger zur Senkung der Arbeitszeit spricht bereits, dass der genannte Tausch Entgelt gegen Freizeit im öffentlichen Dienst Teil eines in den "Eckpunkten" vereinbarten Pakets von Leistung und Gegenleistung ist: Die Arbeitnehmer erhalten Tarifierhöhungen und langjährigen Schutz vor betriebsbedingten Kündigungen. Im Gegenzug wird Arbeitszeit reduziert.

Eine solche Situation liegt bei Zuwendungsempfängern tatsächlich und rechtlich nicht vor. Sie sind meist nicht tarifgebunden, und wenn es Tarifverträge gibt, handelt es sich (z.B. bei den Kirchen) um andere Regelwerke, die sich nur in Teilbereichen (z.B. Vergütung) an den BAT oder BMT-G anlehnen. Einen Anspruch auf Teilhabe an der Tarifierhöhung des öffentlichen Dienstes haben ihre Mitarbeiter meist nicht. Das kann ihnen auch nicht zugesagt werden, denn der Zuwendungsempfänger ist an den Finanzierungsplan und die dort vorgegebenen Beträge gebunden.

Der Zuwendungsempfänger kann sich auch nicht verpflichten, betriebsbedingte Kündigungen zu unterlassen, denn die meisten Zuwendungsempfänger erhalten nur jährlich befristete Bescheide im Rahmen der Projektförderung und wissen nicht, wie lange ihr Projekt weiterhin als förderungsfähig angesehen wird. Wird die Förderung gestrichen oder abgebaut, sind betriebsbedingte Kündigungen notwendig. Von daher wäre es auch illusorisch, gesicherte Arbeitszeitkonten oder gar Lebensarbeitszeitkonten einzuführen.

2. Keine Anwendbarkeit des Besserstellungsverbots auf Arbeitszeitreduzierungen im öffentlichen Dienst

a) Gleichbleibendes Verhältnis von Wert der Arbeitskraft pro Arbeitsstunde und Entgelt

Dies schon deshalb nicht, weil die Arbeitszeitreduzierung die finanziellen Arbeitsbedingungen, den Gegenwert der Arbeitsleistung (Entgelt pro Arbeitsstunde) nicht senkt, sondern sogar um die Tarifierhöhung vom 9.1.2003 erhöht.

b) Das Besserstellungsverbot als Ausdruck der Gebote von Wirtschaftlichkeit und Subsidiarität verlangt die Angleichung nicht.

Das Besserstellungsverbot ist Ausdruck der Verpflichtung des Staates auf Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit und des Gebots der Subsidiarität. Hintergrund der Regelung ist, dass nach § 14 HGrG und § 23 LHO Zuwendungen an Stellen außerhalb der Verwaltung nur gegeben werden dürfen, wenn das Land an der Erfüllung ein erhebliches Interesse hat,

Das Besserstellungsverbot in der Forschungszentrum Karlsruhe GmbH

Auswirkungen auf individualvertragliche
und kollektivrechtliche Regelungen

Zusammenfassung der gutachterlichen Stellungnahme *

I. Die FZK GmbH als außeruniversitäre Großforschungseinrichtung

1.
Die Forschungszentrum Karlsruhe GmbH (kurz FZK GmbH) ist eine bundesdeutsche Großforschungseinrichtung und seit dem 12.09.2001 Mitglied des Vereines „Hermann von Helmholtz-Gemeinschaft Deutscher Forschungszentren e. V.“. Die Gesellschafter sind die Bundesrepublik Deutschland und das Land Baden-Württemberg im Verhältnis 90 % zu 10 %. Die FZK GmbH ist Mitglied im kommunalen Arbeitgeberverband. Auf die Arbeitsverhältnisse kommen die jeweils gültigen Tarifverträge des BAT bzw. BMT-G zur Anwendung.

Die Rechte und Pflichten der Gesellschafter Bundesrepublik Deutschland und Land Baden-Württemberg werden ausweislich des Haushaltsgrundsätzegesetzes sowie der Bundeshaushaltsordnung ergänzt und konkretisiert über das jeweilige Haushaltsgesetz, hier das Haushaltsgesetz 2002. Darüber hinaus haben die Gesellschafter Bundesrepublik Deutschland und Land Baden-Württemberg über den Gesellschaftsvertrag der FZK GmbH das hieraus abgeleitete und vereinbarte Finanzstatut der FZK GmbH und den von der FZK GmbH zu erstellenden Wirtschaftsplan sowie letztendlich über den Zuwendungsbescheid und seine Auflagen umgesetzt und vollzogen.

2.
Die FZK GmbH ist als außeruniversitäre Forschungseinrichtung privatrechtlich organisiert und unterliegt dem Geltungsbereich des BetrVG.

3.
Unter Hinweis auf § 8 Abs. 2 Haushaltsgesetz 2002 verlangt der Bundesrechnungshof, teilweise seit Jahren bestehende Betriebsvereinbarungen aufzukündigen, Eingruppierungen nach unten zu korrigieren sowie weitere Vereinbarungen abzuändern, da sie über die Ar-



**Löffler · Steigelmann
Krieger & Partner**

Rechtsanwälte
Steuerberater

Karlsruhe - Landau

Jahnstr. 6
76133 Karlsruhe
Tel. 0721 91348 0
Fax 0721 91348 48
Mail lsk-partner@t-online.de

beitsbedingungen der Beschäftigten des Bundes hinaus reichen. Insoweit würde eine Besserstellung der Mitarbeiter/innen der FZK GmbH gegenüber den vergleichbaren Bediensteten des Bundes gegeben sein. Die Bundesrepublik Deutschland, das Land Baden-Württemberg und der Bundesrechnungshof haben die jetzt gerügten Betriebsvereinbarungen, Eingruppierungen/Einstufungen sowie sonstigen Vereinbarungen seit Jahren gekannt und in den jeweiligen Wirtschaftsplänen gebilligt und abgezeichnet.

II. Haushaltsrecht contra Arbeitsrecht

Die haushaltsrechtlichen Vorgaben des Bundes (Bundeshaushaltsordnung, Haushaltsgrundsätzegesetz, Haushaltsgesetz 2002) haben **keine** rechtliche Bindungswirkung für die FZK GmbH. Der jeweilige Haushaltsplan, die jeweiligen Zuwendungsbescheide etc. haben keine rechtverbindliche Wirkung gegenüber der privatrechtlich strukturierten FZK GmbH, mit der Folge, dass die betriebliche Mitbestimmung als auch individualvertragliche Vereinbarungen abgeändert oder eingeschränkt werden können. Die haushaltsrechtlichen Vorgaben binden den Bund und/oder das Land, nicht jedoch die FZK GmbH als privatrechtlich organisiertes Unternehmen.

Dies gilt umso mehr, als mit der Mitgliedschaft im HGF-Verein ein Programmwechsel von der institutionellen Förderung zur programmorientierten Förderung vollzogen wird und sich die FZK GmbH in Konkurrenz zu den anderen Helmholtz-Gesellschaften bei der Mittelvergabe durchsetzen muss im Sinne besserer, schnellerer und kostengünstigerer Forschung.

III. Das Besserstellungsverbot

Das Besserstellungsverbot hatte ursprünglich im Zeitalter der Gründung der privatrechtlich strukturierten außeruniversitären Forschungseinrichtungen den Sinn und Zweck, keine Kon-

kurrenzsituation mit den vergleichbaren Arbeitnehmern des Bundes und der Länder in Forschungseinrichtungen zu erzeugen. Ausgegangen wurde damals von der Annahme, dass die Arbeits- und Forschungsbedingungen in bundeseigenen Einrichtungen unter den gleichen Vorzeichen erfolgen wie die in Privatrechtsform durch den Bund sowie das jeweilige Sitzland organisierten Betriebe der außeruniversitären Forschungseinrichtungen. Das in § 8 Abs. 2 Haushaltsgesetz 2002 verankerte Besserstellungsverbot verlangt, dass die Mitarbeiter der FZK GmbH im Hinblick auf ihre „Arbeitsbedingungen“ nicht besser gestellt werden sollen als die vergleichbaren Beschäftigten des Bundes. Im Finanzstatut wird verlangt, dass die Vergütung sowie die Einstufung der Beschäftigten der FZK GmbH gegenüber den Bediensteten der Zuwendungsgeber (Bundesrepublik Deutschland sowie Land Baden-Württemberg) nicht besser sein dürfe.

1. Fehlende Vergleichbarkeit

Eine Vergleichbarkeit der Beschäftigten der FZK GmbH mit den Arbeitnehmern des Bundes bzw. den Bediensteten der Zuwendungsgeber (Bund, Land Baden-Württemberg) ist nicht definiert. Die Arbeitsbedingungen der Beschäftigten des Bundes sind geprägt vom öffentlichen Dienstrecht. Überschneidungen im öffentlichen Dienstrecht für die Angestellten mit beamtenrechtlichen Regelungen sind gegeben und auch gewollt, da dort die Angestellten neben und zusammen mit Beamten arbeiten. Bei der FZK GmbH gibt es keine Beamten und die Arbeits- und Forschungsbedingungen erfolgen unter völlig anderen Gesichtspunkten. Die Arbeitsbedingungen der FZK GmbH, spätestens seit Gründung des HGF-Vereines, sind immer stärker geprägt von den globalen Markt- und Forschungsbedingungen (auch unter Berücksichtigung der Zusammenarbeit mit der Industrie). Der sich hieraus ergebende Zwang zur Flexibilisierung ist mit den zu vergleichenden Arbeitsbedingungen mit den Beschäftigten des Bundes nicht in Einklang zu bringen. Eine Vergleichbarkeit ist auf Grund der vollkommen unterschiedlichen Regelungs- und Kompetenzstrukturierung nicht möglich. Die Gründung des HGF-Vereines durch den Bund mit dem Ziel, nur noch eine programmorientierte Mittelvergabe an die unter sich konkurrierenden einzelnen außeruniversitären Großforschungseinrichtungen zu vergeben, steht in diametralem Gegensatz zu der Forderung, die in diesen Einrichtungen tätigen Mitarbeiter mit den Beschäftig-

ten des Bundes und/oder den Bediensteten (einschließlich der Beamten) beim Bund und/oder dem Land Baden-Württemberg zu vergleichen.

2. Verstoß gegen Bestimmtheitsgebot

Das Besserstellungsverbot verstößt gegen den Grundsatz des Bestimmtheitsgebotes. Nach der Rechtsprechung müssen Rechtsvorschriften ausreichend bestimmt bzw. bestimmbar sein. Das Bestimmtheitsgebot besagt, dass bei der zulässigen Verwendung von Generalklauseln unbestimmte Rechtsbegriffe sich mit Hilfe allgemeiner Auslegungsgrundsätze sicher erschließen lassen müssen. Genau diese Anforderungen sind in § 8 Abs. 2 Haushaltsgesetz nicht erfüllt. Die Auslegung des Besserstellungsverbots erfolgt nicht auf Grund eindeutig nachvollziehbarer Grundsätze, denn es fehlt die Definition des Begriffs der Arbeitsbedingungen sowie der Vergleichbarkeit. Der Bundesrechnungshof hat in der Vergangenheit die Eingruppierungen, Betriebsvereinbarungen etc. im Zuge der jeweiligen Wirtschaftspläne gekannt und akzeptiert und keinen Verstoß gegen das Besserstellungsverbot gerügt. In Zeiten knapper Mittel kann die bisherige rechtliche Würdigung nicht eine völlig andere sein. Damit würde die Rechtsanwendung und Rechtsauslegung zur Disposition von wirtschaftlichen Erwägungen gestellt.

3. Verstoß gegen Grundsätze der Gleichbehandlung

Das Besserstellungsverbot kann nicht auf den Grundsatz der Gleichbehandlung gestützt werden nach Art. 3 Abs. 1 GG, da es an der Vergleichbarkeit fehlt. Nach diesem Grundsatz sind wesentlich gleiche Sachverhalte gleich zu behandeln und im Umkehrschluss ungleiche Sachverhalte ihrer Eigenart nach verschieden zu behandeln. Der Bundesrechnungshof will über das Besserstellungsverbot ungleiche Sachverhalte (Arbeitsbedingungen FZK GmbH contra Arbeitsbedingungen bei der Bundesrepublik Deutschland) willkürlich angleichen. Dieser reklamierte Gleichbehandlungsgrundsatz scheitert jedoch schon bei dem Vergleich verschiedener Bereiche, die unterschiedlichen Rechtsordnungen zuzuweisen sind. Die FZK GmbH arbeitet im privatrechtlich strukturierten Bereich. Die Beschäftigten des Bundes sind dem öffentlichen Dienstrecht zugeordnet. Die FZK GmbH unterliegt dem BetrVG. Die Beschäftigten des Bundes unterliegen dem Bun-

despersonalvertretungsrecht. Zu berücksichtigen ist weiterhin: Gemäß des zwischen den Gesellschaftern und der FZK GmbH vereinbarten Finanzstatutes soll das Besserstellungsverbot sich auf die Vergütung und Einstufung beschränken und als Vergleich auf die Bediensteten des Bundes als auch des Landes Baden-Württemberg abgestellt werden. Das Finanzstatut, abgeschlossen vom Mehrheitsgesellschafter Bundesrepublik Deutschland u. a., geht den Vorgaben des Haushaltsgesetzes 2002 als speziellere Regelung vor. Die Parameter der Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer der FZK GmbH mit den Bediensteten des Landes Baden-Württemberg und des Bundes sind jedoch noch weniger zu erkennen. Bei den Bediensteten des Landes Baden-Württemberg als auch des Bundes handelt es sich um Angestellte als auch Beamte. Das Besserstellungsverbot, bezogen auf das Finanzstatut, soll daher die Arbeitsbedingungen der Angestellten mit den völlig unterschiedlichen und nicht näher definierten Bedingungen der Beamten und Angestellten beim Land Baden-Württemberg als auch bei der Bundesrepublik Deutschland als gleichwertig annehmen. Diese Fiktion ist von den tatsächlichen als auch rechtlichen Ausgangsbedingungen nicht zu begründen.

Die strukturellen Unterschiede schließen daher eine Vergleichbarkeit im Sinne des § 8 Abs. 2 Haushaltsgesetz 2002 aus. Dies ergibt sich u. a. auch aus den bestehenden Gesetzen zum BetrVG bzw. Landespersonalvertretungsgesetz Baden-Württemberg bzw. Bundespersonalvertretungsgesetz. Die Betriebsparteien sind gemäß § 71 LPVG Baden-Württemberg bei der Ausübung ihrer Regelungsbefugnis verpflichtet, die Vorgaben des Haushaltsgesetzes zu beachten. Das BetrVG kennt eine solch eingrenzende Vorgabe nicht. Die Bundesrepublik Deutschland hat bei der Novellierung des BetrVG hier keine Änderung vorgenommen, trotz Kenntnis der Sach- und Rechtslage. Die Bundesrepublik Deutschland als Mehrheitsgesellschafter und Zuwendungsgeber kann den strukturellen Unterschied nicht über das Besserstellungsverbot und den hiervon abgeleiteten Zuwendungsbescheid samt Auflage außer Kraft setzen. Nach der Rechtsprechung des BAG bricht Haushaltsrecht nicht kollektives und/oder individuelles Arbeitsrecht.

4. Verstoß gegen Verhältnismäßigkeit

Das Besserstellungsverbot verstößt auch gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Das

Besserstellungsverbot verletzt die unternehmerische Entscheidungsfreiheit der FZK GmbH gemäß Art. 2 Abs. 1 GG sowie der betrieblichen Mitbestimmung des Betriebsrates der FZK GmbH im Sinne der Art. 1, 2, 12 GG. Dieser Eingriff liegt vor, da das Besserstellungsverbot der Zuwendungsgeber direkt Einfluss nimmt auf die Vergütung und damit die Anzahl als auch die Qualität der beschäftigten Mitarbeiter/innen, damit mit diesen lediglich Verträge auf der Basis der Bedingungen der Beschäftigten des Bundes abgeschlossen werden (können). Dem gegenüber ist nach dem Gesellschaftsvertrag sowie dem GmbH-Gesetz die Geschäftsführung im Rahmen der bewilligten Mittel zur eigenverantwortlichen Geschäftsführung berechtigt. Die vom Bund initiierte Gründung des HGF-Vereines betont diese Eigenverantwortlichkeit in der HGF-Satzung ausdrücklich. Über das Besserstellungsverbot greift der Zuwendungsgeber über seine ihm ohnehin gesellschaftsrechtlich zugebilligte Einflussmöglichkeit hinaus direkt in die Geschäftsführung der FZK GmbH ein. Gerade durch die Doppelstellung der Bundesrepublik Deutschland als Zuwendungsgeber auf der einen und als Mehrheitsgesellschafter auf der anderen Seite sind die Möglichkeiten einer gesellschaftsrechtlichen Einflussnahme unter Berücksichtigung der haushaltsrechtlichen Vorgaben abgesichert und ausreichend.

5. Verstoß gegen Vertrauensschutz

Das Besserstellungsverbot verstößt gegen die Grundsätze des Vertrauensschutzes. Die Betriebsparteien haben in den vergangenen Jahren und Jahrzehnten in zahlreichen der betrieblichen Mitbestimmung unterliegenden Bereichen Betriebsvereinbarungen abgeschlossen. Die sich aus den Betriebsvereinbarungen ergebenden finanziellen Lasten fanden und finden sich im jeweiligen jährlichen Wirtschaftsplan, der den Zuwendungsgebern zuvor zur Genehmigung vorlag bzw. vorliegt. Der Bundesrechnungshof kannte diese Wirtschaftspläne und rügte sie in der Vergangenheit zu keiner Zeit. Die Zuwendungsgeber haben die FZK GmbH entsprechend legitimiert und gleichzeitig das Verbot der Besserstellung gemäß § 11 des Finanzstatutes unter den Vorbehalt einer abweichenden Zustimmung gestellt. Auf Grund dieser Legitimation durch die Gesellschafter kann im Nachhinein eine Verletzung gerade dieses Besserstellungsverbotes nicht Anlass und Grundlage für den Eingriff bezüglich betrieblicher Mitbestimmung unterliegender Rege-

lungsbereiche sein. Sowohl die FZK GmbH als auch der Betriebsrat haben in Anbetracht der teilweise bis zu 14 Jahre in die Vergangenheit zurückliegender Vereinbarungen im Hinblick auf die Zuwendungsgeber als auch den Bundesrechnungshof auf die Bestandskraft vertrauen können und dürfen. Gleiches gilt für die Eingruppierungen, Einstufungen, die teilweise über 20 Jahre in der FZK GmbH Bestand haben.

IV. Besserstellungsverbot und HGF-Verein

Die vom Zuwendungsgeber maßgeblich geförderten Gründung des HGF-Vereines zieht die Umsetzung einer weitergehenden Flexibilisierung in der Forschungspolitik unabdingbar nach sich. Zukünftig wird sich die Forschungspolitik bei der FZK GmbH auf eine permanente Konkurrenzsituation mit anderen außeruniversitären Forschungseinrichtungen einstellen müssen, mit der Folge, dass feste Mittelzusagen mit über 5 Jahre hinausgehenden Laufzeiten sowie die Verbindlichkeit der Stellenpläne hiermit nicht mehr in Einklang gebracht werden können. Mit der Gründung des HGF-Vereines soll eine bundesweite Forschungsstruktur hergestellt werden, die in klarem Kontrast zu dem starren öffentlichen Dienstrecht stehen. Das Verständnis des von der Bundesrepublik Deutschland geforderten und initiierten HGF-Vereines zielt auf die möglichst wirtschaftliche und effektive Forschung der einzelnen außeruniversitären Forschungszentren ab. Dies wird konterkariert durch die wiederum von der Bundesrepublik Deutschland gleichzeitig verlangte Gleichstellung dieser außeruniversitären Großforschungseinrichtungen mit den Bedingungen des öffentlichen Dienstrechtes.

V. Keine einschlägigen Tarifverträge

Der Hinweis des Bundesrechnungshofes, dass die von der FZK GmbH mit dem Betriebsrat abgeschlossenen Betriebsvereinbarungen sowie die vorgenommenen Eingruppierungen teilweise gegen § 77 Abs. 3 BetrVG verstoßen, da sie angeblich abschließende tarifvertragliche Regelungen verletzen, geht fehl. Für die FZK GmbH gibt es keinen betrieblich-fachlich einschlägigen Tarifvertrag. Nach der Rechtsprechung des BAG bedarf es hierzu eines Tarifvertrages für außeruniversitäre, privatrechtlich strukturierte Großforschungseinrichtungen. Der BAT bzw. der BMT-G erfüllen diese betrieblichen/fachlichen Anforderungen für einen für die

FZK GmbH einschlägigen Tarifvertrag nicht. Insoweit besteht keine Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 BetrVG. Im übrigen ist § 112 BetrVG von § 77 Abs. 3 BetrVG ausgenommen. Die Mitbestimmungsrechte nach § 87 BetrVG verlangen im übrigen eine abschließende, die Sache selbst regelnde und verbindliche gesetzliche oder tarifvertragliche Vorgabe. Einschlägige tarifvertragliche Regelungen, die verbindlich und abschließend die bisher von den Betriebsparteien als auch zwischen FZK GmbH und Arbeitnehmer geregelten Sachverhalte verdrängen, gibt es deshalb nicht. Das Haushaltsgesetz 2002 enthält in der Sache selbst keine abschließende, sachliche Vorgabe, da die entsprechenden Ausgangsbedingungen sowie die Prüfungskriterien nicht definiert sind. Es gibt keine Definition der „Arbeitsbedingungen“, der zu vergleichenden Beschäftigtengruppen, der Anzahl und Qualität der Vergleichskriterien, insbesondere auch im Hinblick darauf, ob eine Einzelpunkt Betrachtung oder eine Gesamtwürdigung der zu vergleichenden Arbeitsbedingungen anzustellen ist.

VI. Ergebnis

Das Besserstellungsverbot stellt daher keine Rechtsgrundlage zum Eingriff in die kollektivrechtlichen sowie individualvertraglichen Vereinbarungen dar. Das Besserstellungsverbot bindet die FZK GmbH rechtlich im Hinblick auf die genannten Betriebsvereinbarungen sowie die weiteren kollektivrechtlichen wie einzelvertraglichen Regelungsbereiche nicht. Das Besserstellungsverbot ist auf Grund Verstoßes gegen den Bestimmtheitsgrundsatz, gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und gegen das Verbot gleicher Behandlung unterschiedlicher Lebenssachverhalte unwirksam. Das Besserstellungsverbot gefährdet das Ziel des HGF-Vereines, bundesweit eine flexible und wettbewerbsorientierte Forschungsstruktur zu schaffen.

Hans Löffler
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Karlsruhe, 31. Oktober 2003

* Bei Bedarf kann die Langfassung des Gutachtens für den Betriebsrat des Forschungszentrums Karlsruhe vom September 2002 unter <http://hikwww1.fzk.de/br/pdf/Loeffler-Gutachten.pdf> nachgelesen werden.

Gutachten

Das Besserstellungsverbot und seine Vereinbarkeit mit Art. 9 Abs. 3 GG

erstellt von

Wolfgang Koberski
Ministerialrat
im Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, Bonn

im Auftrag des

Deutschen Paritätischen Wohlfahrtsverbandes,
Landesverband Berlin e.V.

Im Rahmen des Gutachtens soll auch zum sogenannten Besserstellungsverbot und seiner Vereinbarkeit mit Art. 9 Abs. 3 GG Stellung genommen werden.

Anlass für dieses Ersuchen ist, dass die Träger freier Wohlfahrtspflege, die für ihre Tätigkeit auf staatliche Zuwendungen angewiesen sind, Zuweisungen nur erhalten, wenn sie sich dem von der Bewilligungsbehörde im Zuwendungsbescheid ausgesprochenen Besserstellungsverbot unterwerfen. Mit dieser Auflage (§ 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG) wird gleichzeitig eine tarifgerechte Eingruppierung und Vergütung nach den tarifrechtlichen Regelungen für die öffentliche Verwaltung verbindlich vorgeschrieben, vielfach ohne die Art der Tätigkeit oder die Umstände am Arbeitsplatz gebührend zu berücksichtigen. Durch die auf dem Verwaltungsweg so erzwungene Bindung an die Arbeitsbedingungen der öffentlichen Verwaltung werden Arbeitnehmergruppen der Träger freier Wohlfahrtspflege in ihrer Möglichkeit, ihre Arbeitsbedingungen entsprechend den spezifischen Anforderungen ihres Arbeitsplatzes zu gestalten, erheblich beschränkt. Zu prüfen ist, ob diese Verfahrensweise einen Eingriff in die Tarifautonomie darstellt, der verfassungsrechtlich bedenklich ist.

Der Staat (Bund/Länder) kann Aufgaben durch Stellen außerhalb der staatlichen Verwaltung erfüllen lassen und dafür im Haushaltsplan Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen veranschlagen (Zuwendungen), wenn er an der Erfüllung bestimmter Zwecke durch solche Stellen/Zuwendungsempfänger ein erhebliches Interesse hat, das ohne die Zuwendung nicht oder nicht im notwendigen Umfang befriedigt werden kann (§ 23 BHO/LHO).

Die Zuwendungen, die der Staat (Bund/Länder) aus öffentlichen Mitteln privaten (und auch öffentlichen) Organisationen zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Zwecke gewährt, haben einen erheblichen Umfang, der es rechtfertigt, für die Veranschlagung von Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen zur Gewährung von Zuwendungen nach haushaltsrechtlichen Regeln zu verfahren. Zu den Zuwendungen gehören zweckgebundene Zuschüsse, Zuweisungen, Schuldendiensthilfen und andere, nicht rückzahlbare Leistungen sowie zweckgebundene Darlehen und andere bedingt oder unbedingt rückzahlbare Leistungen.

Die Besonderheit der Ausgaben für Zuwendungen ergibt sich aus dem Umstand, dass bei der Rechnungslegung nur die Auszahlung der Bundes-/Ländermittel an die Stellen außerhalb der staatlichen Verwaltung durch den Zuwendungsempfänger nachzuweisen ist, während die weitere Verwendung der Mittel dem Zuwendungsempfänger obliegt, der jedoch infolge der Zweckgebundenheit der Mittel daher nach § 44 Abs. 1 BHO/LHO dem Zuwendungsgeber die zweckentsprechende Verwendung nachzuweisen hat.

Eine Veranschlagung von Ausgaben für Zuwendungen ist indessen nur gerechtfertigt, wenn das Interesse des Staates, bestimmte Zwecke durch Stellen außerhalb der staatlichen Verwaltung erfüllen zu lassen, so "erheblich" ist, dass es ohne die vorgesehene Zuwendung nicht oder nicht im notwendigen Umfang befriedigt werden kann. Diese am Wirtschaftlichkeitsprinzip (§ 7 BHO/LHO) orientierten Voraussetzungen lassen erkennen, dass für die Veranschlagung und spätere Gewährung einer Zuwendung nicht der Mittelbedarf des Zuwendungsempfängers, sondern das Maß des Interesses des Zuwendungsgebers bestimmend ist.

Um einem denkbaren Ausufernden der Personalausgaben bei den Zuwendungsempfängern zu begegnen,

hat zunächst der Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages beschlossen, dass "die Arbeitnehmer vom Zuwendungsempfänger nicht besser gestellt werden sollten, als die Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes". In den Vorläufigen Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung (Vorl. VV-BHO vom 21.5.1973) zu

§§ 44, 44 a BHO wurde dieses Besserstellungsverbot präzisiert. Danach darf der Zuwendungsempfänger seine Beschäftigten nicht besser stellen als vergleichbare Bundesbedienstete. Höhere Vergütungen als nach dem BAT oder MTB sowie sonstige außertarifliche Leistungen dürfen nicht gewährt werden. Bei über- bzw. außertariflichen Angestellten bedarf die Festsetzung der Vergütung in jedem Einzelfall der vorherigen Zustimmung der Bewilligungsbehörde .

Dieses Besserstellungsverbot gilt uneingeschränkt für institutionell geförderte Zuwendungsempfänger als auch eingeschränkt für Empfänger von Zuwendungen zur Projektförderung, wenn die Gesamtausgaben des Zuwendungsempfängers überwiegend aus öffentlichen Mitteln finanziert werden.

Das Besserstellungsverbot beschränkt sich nicht nur auf Vergütungen und Löhne, sondern erfasst alle personalbezogenen Ausgaben wie z.B. Urlaubs- und Weihnachtsgeld, Reisekosten, Aufwandsentschädigungen oder Zulagen .

Im Haushaltsgesetz 1992 vom 20.12.1991 ist nunmehr festgelegt, dass Zuwendungen zur institutionellen Förderung nur mit der Auflage bewilligt werden dürfen, dass der Zuwendungsempfänger seine Beschäftigten nicht besser stellt als vergleichbare Arbeitnehmer des Bundes; vorbehaltlich einer abweichenden tarifvertraglichen Regelung dürfen deshalb keine günstigeren Arbeitsbedingungen vereinbart werden, als sie für Arbeitnehmer des Bundes jeweils vorgesehen sind. Entsprechendes gilt bei Zuwendungsempfängern zur Projektförderung, wenn deren Gesamtausgaben überwiegend aus öffentlichen Mitteln finanziert werden (§ 6 Abs. 2).

In den Vorläufigen Verwaltungsvorschriften zu §§ 44, 44 a BHO/LHO ist diese vom Gesetzgeber vorgenommene Präzisierung des Besserstellungsverbots nicht nachvollzogen.

Das Besserstellungsverbot ist also als Auflage neben den sonstigen Bedingungen in den Zuwendungsbescheid bzw. Zuwendungsvertrag aufzunehmen (Vorl. VV Nr. 4 zu §§ 44, 44 a BHO). Wird vom Zuwendungsempfänger gegen das Besserstellungsverbot verstoßen, kann dies zur Folge haben, dass die Bewilligung widerrufen und die Zuwendung zurückgefordert wird (§ 44 BHO; Vorl. VV Nr. 8 zu §§ 44, 44 a BHO) . Alle Haushaltsordnungen der Länder und dazugehörige Verwaltungsvorschriften enthalten entsprechende Regelungen.

Die Begründungen für das Besserstellungsverbot lassen sich im wesentlichen in drei Punkten zusammenfassen: Zunächst spielt der Grundsatz der Homogenität und Stabilität des Tarifgefüges im öffentlichen Dienst eine besondere Rolle. Dem liegt wohl der Gedanke zugrunde, Tarifverträge über höhere oder zusätzliche Leistungen - als im Bundes- oder Landesdienst üblich - präjudizierten die Tarifverhandlungen im öffentlichen Dienst. Es bestehe dadurch die Gefahr, dass sich das Lohn- und Gehaltsniveau im gesamten öffentlichen Dienst nach oben verschieben könnte. Dies gilt vor allem für alle Bereiche, in denen Zuwendungsempfänger Aufgaben wahrnehmen, die auch von der öffentlichen Hand erfüllt werden, also die Gefahr der Konkurrenz um Arbeitnehmer besteht (z.B. Pflegepersonal in Krankenhäusern).

Ein zweiter Grund ist die Auffassung, dass ein solcher Tarifvertrag das gesetzliche Gebot zur sparsamen und wirtschaftlichen Mittelverwendung verletze, das dem Tarifvertrag als stärkere Rechtsquelle vorgehe. Diese Auffassung findet sich auch im Entwurf eines Bundesbesoldungs- und Versorgungsanpassungsgesetzes 1991 (BT-Drucksache 12/732) wieder.

Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit werden als eine Grenze für die Tariffreiheit angesehen. Daraus wird offenbar der Schluss gezogen, dass die Bewilligungsbehörde, wenn sie schon Zuwendungen bewilligt, im Gegenzug verlangen kann, dass die Zuwendungsempfänger ihre aus Beiträgen und anderen Einnahmen fließenden Mittel nicht für im Verhältnis zur öffentlichen Verwaltung überhöhte Personalkosten aufwenden.

Schließlich wird darauf verwiesen, dass arbeitsvertragliche Vereinbarungen und der Erlass von Arbeitsvertragsrichtlinien, die auf die Anwendung der Tarifverträge des öffentlichen Dienstes ausgerichtet sind, zu einer Selbstbindung der Zuwendungsempfänger geführt haben, die durch die Gewährung höherer Leistungen nicht mehr durchbrochen werden kann.

Gemessen an diesen Begründungen müsste das Besserstellungsverbot dazu führen, dass die Arbeitsbe-

dingungen bei Trägern der freien Wohlfahrtspflege zwangsläufig und ausschließlich an den für den öffentlichen Dienst geltenden Tarifverträgen orientiert werden. Das Besserstellungsverbot wirkt allerdings nicht unmittelbar auf die Arbeitsverhältnisse, sondern es muss von den Zuwendungsempfängern nach den Regeln des Arbeits- und Tarifrechts umgesetzt werden.

Soweit die Zuwendungsempfänger der freien Wohlfahrtspflege entsprechend den Auflagen in den Zuwendungsbescheiden die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes für die Arbeitsverhältnisse ihrer Arbeitnehmer zur Anwendung brachten, geschah dies überwiegend auf drei Wegen:

Erstens erfolgte die Vereinbarung der Geltung des BAT/MTB oder Teile derselben im Arbeitsvertrag. Insbesondere finanziell schwache Träger können jedoch die strikte Bindung an die tatsächliche Vergütung vergleichbarer Angestellter des öffentlichen Dienstes, die der Vierte Senat des BAG zum rechtserheblichen Entlohnungsgrundsatz erhoben hat, nicht verwirklichen.

Zweitens haben einige Träger der freien Wohlfahrt durch Tarifvertrag die Anwendung des BAT in ihrem Verantwortungsbereich sichergestellt bzw. eigene, mit dem BAT inhaltsgleiche Tarifverträge abgeschlossen.

Schließlich wurden von einigen Trägern Arbeitsvertragsrichtlinien erlassen, die sich inhaltlich an die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes anlehnen, ohne dass damit die Arbeitnehmer an den rechtlichen Vorteilen tarifvertraglicher Regelungen unmittelbar teilhaben können.

Im Zusammenhang mit der beabsichtigten Bildung eines Arbeitgeberverbandes des Paritätischen Wohlfahrtsverbandes, der die Belange der Zuwendungsempfänger unter Berücksichtigung des Besserstellungsverbots vertreten will, wird als Ausgangspunkt für die rechtliche Würdigung die Tarifautonomie zu wählen sein. Sie ist Bestandteil der in Art. 9 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich garantierten Koalitionsfreiheit der arbeitsrechtlichen Koalitionen auf Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite. Dieses Grundrecht gilt ohne Einschränkungen auch in den Bereichen der freien Wohlfahrtspflege. Somit steht den Gewerkschaften das Recht zum Abschluss von Tarifverträgen mit den Trägern der freien Wohlfahrtspflege zu. Die Betätigungsfreiheit beider arbeitsrechtlicher Koalitionen gerät hier in den Einflussbereich öffentlich-rechtlicher Gesetze. Dies könnte möglicherweise zur Einschränkung der tariflichen Bewegungsfreiheit führen. Vor allem die in den Haushaltsgesetzen verankerten Gebote der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit könnten dies rechtfertigen.

Überwiegende Meinung ist, dass der zum Gesetz erhobene Haushaltsplan kein Gesetz im materiellen Sinne darstellt und deswegen keine Rechte und Pflichten Dritter begründet. Dieser Haushaltsgrundsatz ist in den Haushaltsordnungen ausdrücklich niedergelegt (vgl. § 3 Abs. 3 BHO/ LHO). In Anbetracht dieser Lage ist das BAG von Anfang an davon ausgegangen, dass das Haushaltsrecht auf die Gestaltung von Tarifverträgen grundsätzlich keinen unmittelbaren Einfluss hat.

Zunächst kann das Besserstellungsverbot, das die Zuwendungsempfänger im Bereich der freien Wohlfahrtspflege zur Angleichung der Arbeitsbedingungen an die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes zwingt und Höchstbedingungen festsetzt, bereits gegen die Grundprinzipien des Tarifrechts verstoßen.

Abschlussparteien eines Tarifvertrags können nur tariffähige Koalitionen sein (vgl. Kapitel IV. 1). Das setzt aber nicht nur das formelle Recht zum Tarifabschluss voraus, sondern verlangt auch, dass den an den Tarifverhandlungen beteiligten Tarifvertragsparteien ein eigener Verhandlungs- und Gestaltungsspielraum zusteht. Insofern verstoßen Höchstbegrenzungsvorschriften gegen das Recht auf von staatlicher Intervention freie Tarifverhandlungen. Dies folgt aus dem Grundverständnis des Tarifrechts, wonach die Tariffähigkeit voraussetzt, durch Vereinbarung mit der anderen Tarifvertragspartei Arbeitsbedingungen für die tarifgebundenen Personen unmittelbar und zwingend regeln zu können. Die Tariffähigkeit setzt auch für den Arbeitgeber Verhandlungsspielraum voraus. Dieser Verhandlungsspielraum lässt sich jedoch nicht reduzieren auf Abweichungen nach unten. Er wäre durch gesetzliche Tarifgrenzen auch weitgehend bedeutungslos. Ein eigener Regelungsspielraum für die Träger der freien Wohlfahrtspflege ist auch unentbehrlich, weil die Arbeitsbedingungen in vielen Punkten mit denen der öffentlichen Verwaltung nicht zu vergleichen sind. Die eigenverantwortliche Regelung dieser Fragen ist der Sinn der Tariffähigkeit auf Arbeitgeberseite, wobei der Verhandlungsspielraum durch die ökonomischen Daten der Träger der freien Wohlfahrtspflege begrenzt ist.

Gesetzliche Höchstbegrenzungen gegenüber Tarifverträgen berühren nicht nur die Willensbildung der Arbeitgeber, sondern auch arbeitsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten der Arbeitnehmerkoalition, denn sie sind für Gewerkschaften und Arbeitgeber gleichermaßen verbindlich.

Das sog. Besserstellungsverbot kollidiert aber auch mit der durch Art. 9 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich geschätzten Koalitionsfreiheit. Das in der Verfassung verankerte Recht zur Bildung von Vereinigungen zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen schützt nicht nur den einzelnen Arbeitnehmer oder Arbeitgeber, sondern auch den Zusammenschluss von Arbeitgebern und Arbeitnehmern in arbeitsrechtlichen Koalitionen und garantiert die Freiheit spezifisch koalitionsmäßiger Betätigung, hierzu gehört im besonderen Maße der Abschluss von Tarifverträgen. Darin sieht das BVerfG das eigentliche Betätigungsfeld arbeitsrechtlicher Koalitionen. Mit dem Tarifabschluss ist gleichzeitig die Tarifautonomie verfassungsrechtlich verbürgt.

Gesetzliche Tarifangleichungspflicht und gesetzliche Höchstbegrenzungen wären mit Art. 9 Abs. 3 GG nur vereinbar, wenn die Schranken, denen die Koalitionsfreiheit unterliegt, solche Eingriffe in die Tarifautonomie zuließen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gewährleistet Art. 9 Abs. 3 GG eine Ordnung des Arbeits- und Wirtschaftslebens, bei der der Staat seine Zuständigkeit zur Rechtsetzung weit zurückgenommen und die Bestimmungen über die regelungsbedürftigen Einzelheiten des Arbeitsvertrags grundsätzlich den Koalitionen überlassen hat. Den frei gebildeten Koalitionen ist durch Art. 9 Abs. 3 GG die im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe zugewiesen und in einem Kernbereich garantiert, insbesondere Löhne und sonstige materielle Arbeitsbedingungen in einem von staatlicher Rechtsetzung freigelassenen Raum in eigener Verantwortung und im wesentlichen ohne staatliche Einflussnahme durch unabdingbare Gesamtvereinbarung sinnvoll zu ordnen.

Laut Bundesverfassungsgericht besitzen Koalitionen ein Vorrecht, die Arbeitsbedingungen durch eigene Normsetzung zu wahren. Die staatliche Rechtsetzungskompetenz ist subsidiär gegenüber der Tarifautonomie und setzt erst ein, wenn die Sozialpartner ihre Aufgabe allein nicht mehr sinnvoll erfüllen können und der Eingriff durch die soziale Schutzbedürftigkeit einzelner Arbeitnehmer oder Arbeitnehmergruppen oder sonst im öffentlichen Interesse gerechtfertigt ist.

Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG schützt Art. 9 Abs. 3 GG die Koalitionsfreiheit und damit auch das Betätigungsrecht der Koalitionen, jedoch nur in einem Kernbereich, also nur insoweit, als dies für die Erhaltung und Existenz der Koalition unerlässlich ist.

Die Festsetzung der materiellen Arbeitsbedingungen ist aber gerade wesentlicher Bestandteil des Kernbereichs koalitionsgemäßer Betätigung. Zwar hat das BVerfG bisher noch nicht entschieden, ob gesetzliche Höchstbegrenzungen tariflicher Lohnabschlüsse in den verfassungsmäßig geschätzten Kernbereich der Tarifautonomie eingreifen, allerdings dürfte gerade die Entgeltfindung einem besonderen verfassungsrechtlichen Schutz unterliegen.

Eine Verpflichtung auf das Besserstellungsverbot würde den Tarifvertragsparteien Höchstarbeitsbedingungen vorgeben, von denen sie nur "nach unten" abweichen könnten. Eine Möglichkeit zu eigenständiger tariflicher Regelung mit dem Ziel der Verbesserung der Arbeitsbedingungen bestünde nicht mehr. Es würde damit eine "Tarifsperr" errichtet. Darüber hinaus ist von entscheidender Bedeutung, dass sich jede Einschränkung des tarifvertraglichen "Könnens" der Arbeitgeberseite gleichzeitig als Beschränkung der Befugnisse des sozialen Gegenspielers darstellt. Aus der Sicht des Grundrechts der Koalitionsfreiheit ist die damit bewirkte Einschränkung der koalitionsmäßigen Betätigungsfreiheit der Gewerkschaften bereits nicht hinnehmbar.

Ein Interesse, sich in den arbeitsrechtlichen Koalitionen zu organisieren, würde entfallen, wenn eine eigenständige Interessenwahrnehmung nicht mehr stattfinden kann, sondern andere Tarifverträge nur nachvollzogen werden dürfen. Damit wären die arbeitsrechtlichen Koalitionen jedoch in ihrem Bestand gefährdet.

Etwas anderes kann auch deshalb nicht gelten, weil das Besserstellungsverbot die Tarifpraxis nur mittelbar berührt, da die Tarifvertragsparteien der freien Wohlfahrtspflege zwar in ihrer Abschlusspraxis formell frei sind, andererseits immer dann, wenn sie von den Vorgaben des BAT und MTB nach oben abweichen, der Widerruf und die Rückforderung der Zuwendungen gemäß §§ 44, 44 a BHO/LHO droht, ihnen damit aber die Grundlage ihrer Arbeit entzogen wird.

Erschwerend kommt hinzu, dass das Besserstellungsverbot den Tarifvertragsparteien der freien Wohlfahrtspflege den erforderlichen Verhandlungsspielraum verweigert, obwohl die Arbeitsbedingungen, die BAT und MTB regeln, in vielen Fällen mit den spezifischen Bedingungen bei den Trägern der freien

Wohlfahrtspflege nicht vergleichbar sind. Das Besserstellungsverbot verliert aber dort seinen Sinn, wo nicht vergleichbare Tatbestände in das Tarifkorsett des öffentlichen Dienstes gezwungen werden.

Für diese Auslegung kann auch auf § 6 Abs. 2 Haushaltsgesetz 1992 zurückgegriffen werden, wonach sich das Besserstellungsverbot zunächst und vor allem an Zuwendungsempfänger richtet, die nicht tarifgebunden sind und intern die in ihrem Bereich geltenden Arbeitsbedingungen regeln oder einzelvertraglich vereinbaren. Der Wortlaut von § 6

Abs. 2 Haushaltsgesetz 1992 kann so verstanden werden, dass tarifvertragliche Regelungen dem Besserstellungsverbot nicht unterworfen werden. Sie werden vielmehr als wirksam hingenommen, auch wenn sie Regelungen enthalten, die von Tarifregelungen des öffentlichen Dienstes abweichen.

Heinle
Felsch
Baden
Redeker
+ Partner GbR
Rechtsanwälte

Tarifbindung und Besserstellungsverbot

Rechtsgutachten

erstattet für den AWO Bundesverband e.V., Bonn

von

Dr. Eberhard Baden

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

1. Problemstellung und Gutachtauftrag

Die AWO erfährt in weiten Bereichen ihrer Tätigkeit eine Projektförderung durch den Bund. Zahlreiche Projekte und Aktivitäten der AWO und ihrer Untergliederungen sind ohne die Bezuschussung aus öffentlichen Mitteln nicht zu realisieren.

Seit Jahren ist die AWO im Rahmen dieser ihrer Aktivitäten mit einer Vielzahl von lokalen Projekten zur „Integration junger Spätaussiedler/-innen und Ausländer/-innen“ befasst. Diese Projekte erfahren eine Förderung durch das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF), teilweise im Sinne einer Fehlbedarfsfinanzierung, zum anderen aber auch im Wege einer Festbetragsfinanzierung. Die auf der Grundlage einzureichender Finanzierungspläne für diese Einzelprojekte jeweils zeitabschnittsweise neu bereitgestellten Mittel enthalten insbesondere auch Personalmittel.

Die Beschäftigten der AWO unterliegen teilweise kraft Tarifbindung, im übrigen kraft individualvertraglicher Bezugnahme den Bestimmungen eigener (Haus-) Tarifverträge der AWO. Diese weichen partiell von den im öffentlichen Dienst des Bundes und der Länder geltenden Tarifverträgen (vormals BAT, nunmehr TVöD) ab. Insbesondere sind Abweichungen im Bereich des Urlaubsgeldes und der Sonderzuwendung („Weihnachtsgeld“) entstanden, nachdem die öffentlichen Arbeitgeber die einschlägigen BAT-zugehörigen Tarifverträge zum 30.6. 2003 (Urlaubsgeld) bzw. 31.7.2003 (Sonderzuwendung) kündigten. Zwar entfalteten diese Tarifverträge in Altfällen für die tarifgebundenen Beschäftigten Nachwirkungen bis zum In-Kraft-Treten der Neuregelungen des TVöD. Neu eingestellte Bedienstete standen jedoch teilweise merklich schlechter.

Auch der AWO Bundesverband (AWO-BV) als Partner der einschlägigen (Haus-) Tarifverträge hat die einschlägigen Zuwendungstarifverträge gekündigt, blieb jedoch aufgrund der auch hier zu beachtenden Nachwirkung für Altfälle gebunden. Rückwirkend zum 1.4.2004 sind hier jedoch Übergangs-Tarifverträge vom 23.12.2004 abgeschlossen worden, die u.a. die Gewährung von Urlaubs- und Weihnachtsgeld im Jahre 2004 regelten; ab 2005 sollen hiernach die „jeweils im öffentlichen Dienst tarifvertraglich vereinbarten Bemessungssätze“ gelten.

In Anwendung dieses Haustarifvertrages sind im Vergleich zu entsprechenden Be-
diensteten der öffentlichen Arbeitgeber partielle Besserstellungen verblieben.

Demgegenüber unternehmen die Bewilligungsbescheide des BAMF den Versuch,
die AWO an die Höchstgrenzen des Tarifentgelts des öffentlichen Dienstes zu bin-
den; hierzu wird auf das gesetzliche „Besserstellungsverbot“ verwiesen, wie es in
§ 8 Abs. 2 des Haushaltsgesetzes 2005 und entsprechend § 8 Abs. 2 Haushaltsge-
setz 2006 niedergelegt ist. Dieses besagt, dass

*„Zuwendungen zur institutionellen Förderung nur mit der Auflage bewilligt
werden (dürfen), dass der Zuwendungsempfänger seine Beschäftigten nicht
besser stellt als vergleichbare Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des
Bundes“.*

Da hier keine „institutionelle Förderung“, sondern eine Projektförderung vorliegt,
kommt diese Vorgabe nur nach dem Inhalt der Gleichstellungsregelung in § 8 Abs.
2 Satz 2 HaushG 2006 zum Tragen:

*„Entsprechendes gilt bei Zuwendungen zur Projektförderung, wenn die Ge-
samtausgaben des Zuwendungsempfängers überwiegend aus öffentlichen
Mitteln finanziert werden. (...)“*

Der AWO-BV hat hierzu in mehreren Stellungnahmen an das BAMF den Standpunkt
eingenommen, dass dieses Besserstellungsverbot wegen des Vorranges des für
seinen Bereich geltenden und arbeitgeberseitig strikt zu beachtenden (Haus-) Tarif-
vertrages nicht gelten könne. Demgegenüber meint das BAMF, das Besserstel-
lungsverbot erfordere bei überwiegender Förderung der Personalkosten aus öffent-
lichen Mitteln (mehr als 50 %) strikte Anwendung und gelte auch bei Vorliegen von
abweichenden tariflichen Regelungen.

Vor diesem Hintergrund hat der AWO-BV zur grundsätzlichen Klärung der aufge-
worfenen Rechtsfragen das vorliegende Gutachten in Auftrag gegeben.

2. rechtliche Grundlagen

2.1.

Das Besserstellungsverbot findet seine Rechtsgrundlage in den Bestimmungen des jeweiligen Haushaltsgesetzes des Bundes, hier § 8 Abs. 2 HaushG 2005¹. Dort heißt es im Bezug auf „Zuwendungen i.S.d. § 23 BHO zur Deckung der gesamten Ausgaben oder eines nicht abgegrenzten Teils der Ausgaben einer Einrichtung außerhalb der Bundesverwaltung (institutionelle Förderung)“ unter weitgehender Gleichstellung der Projektförderung:

„Die in Absatz 1 genannten Zuwendungen zur institutionellen Förderung dürfen nur mit der Auflage bewilligt werden, dass der Zuwendungsempfänger seine Beschäftigten nicht besser stellt als vergleichbare Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Bundes. Entsprechendes gilt bei Zuwendungen zur Projektförderung, wenn die Gesamtausgaben des Zuwendungsempfängers überwiegend aus öffentlichen Mitteln finanziert werden. Das Bundesministerium der Finanzen kann bei Vorliegen zwingender Gründe Ausnahmen zulassen.“

§ 8 Abs. 2 HaushG 2006 ist wortgleich², ebenso bereits das HaushG 2004³. Frühere Haushaltsgesetze kannten in diesem Punkt jedoch einen Tarifvorbehalt; in § 8 Abs. 2 HaushG 2003⁴ z.B. hieß es stattdessen in einem dann ab 2004 entfallenen Nachsatz zu Satz 1:

„...; vorbehaltlich einer abweichenden tarifvertraglichen Regelung dürfen deshalb keine günstigeren Arbeitsbedingungen vereinbart werden, als sie für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Bundes jeweils vorgesehen sind. (...)“

¹ G. v. 3.3.2005, BGBl. I S. 467.

² G. v. 18.7.2006, BGBl. I S. 1634.

³ G. v. 25.2.2004, BGBl. I S. 230.

⁴ G. v. 30.4.2003, BGBl. I S. 574; ebenso bereits z.B. HaushG 2002 v. 21.12.2001, BGBl. I S. 3964.

Von der Normstruktur her richten sich die genannten Bestimmungen allerdings allein an die mittelbewilligenden Stellen; sie entfalten keine weitergehende Bindungswirkung gegenüber den Zuwendungsempfängern selbst. Die Bewilligungsbehörde wird vielmehr angehalten, das intendierte Besserstellungsverbot durch Auflage zum jeweiligen Bewilligungsbescheid weiter zu geben und erst konkret umzusetzen.

2.2.

Das BAMF hat diese haushaltsrechtliche Vorgabe in seinen Bewilligungsbescheiden wie folgt umgesetzt:

a) Die jeweiligen Mittelbewilligung sind im Rahmen der ergangenen Bescheide selbst mit ausdrücklichen „Nebenbestimmungen gem. § 36 Abs. 2 VwVfG“ verknüpft worden. Undifferenziert nach den in Betracht kommenden Arten von Nebenbestimmungen heißt es dann in einem das Haushaltsjahr 2005 betreffenden Bescheid⁵ in Ziff. 12:

*„Der Abschluss von Arbeitsverträgen, die zeitlich über den vorgenannten Bewilligungszeitraum hinausgehen, erfolgt auf eigene Verantwortung des Zuwendungsempfängers bzw. des jeweiligen Projektträgers (...); d.h. alle eventuellen arbeitsrechtlichen Konsequenzen im Zusammenhang mit dem eingesetzten Projektpersonal trägt der Zuwendungsempfänger bzw. jeweilige Projektträger. (...)
Ich behalte mir im Hinblick auf die noch ausstehende endgültige Entscheidung hinsichtlich der Auszahlung von Urlaubs- und Weihnachtsgeld im öffentlichen Dienst eine entsprechende Kürzung der Personalkosten ausdrücklich vor“.*

b) In einem späteren Bewilligungsbescheid für das Haushaltsjahr 2006⁶ heißt es dann in Ziff. 11 nach identischem Einleitungssatz konkreter:

„Hinweise zur Gewährung von Urlaubs- und Weihnachtsgeld bitte ich dem beigefügten Merkblatt zu entnehmen, das insoweit Bestandteil dieses Bescheides ist (...).“

In dem besagten Merkblatt – Anlage 4 zum Bewilligungsbescheid – wird dann über die Regelungen des TVöD unterrichtet, der mit Wirkung ab 1.10.2005 an die Stelle

⁵ Bescheid v. 2.3.2005 – 9457.2.2/686 11 Seite 3.

⁶ Bescheid ohne Datum, Eing. 3.4.2006, - 9457.2.2 .

der gekündigten Tarifverträge über eine Zuwendung (Weihnachtsgeld) und die Tarifverträge über ein Urlaubsgeld getreten sei. Das Merkblatt erläutert die für 2005 vorzunehmenden Zahlungen und differenziert dabei nach

- Mitarbeitern, die vor dem 1.8.2003 eingestellt wurden - diese erhalten das Urlaubs- und Weihnachtsgeld in bisheriger Höhe zusammengefasst in einer Jahressonderzahlung nach Maßgabe der nachwirkenden Alt-Tarifverträge – ,
- Beschäftigten, die nach dem 1.10.2005 eingestellt wurden – diese erhalten für 2005 eine Zuwendung in Höhe von 60 % der Monatsvergütung – und
- Beschäftigten, deren Arbeitsverhältnis in dem Interimszeitraum vom 1.8.2003 bis 30.9.2005 begründet wurde – diese haben nach dem Merkblatt keinen Anspruch auf Urlaubs- oder Weihnachtsgeld, erhalten aber eine freiwillige, außertarifliche Zuwendung i.H.v. ebenfalls 60 % der Monatsvergütung.

Zu der Handhabung in 2006 (also dem Jahr, für das der Bewilligungsbescheid gelten soll) finden sich keine Angaben; es wird auf eine erst noch kommende Regelung durch den BMI verwiesen.

c) Beiden Bescheiden sind weiterhin „Allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung (ANBest-P)“ beigefügt. Im Eingang dieser ANBest-P heißt es:

„Die ANBest-P enthalten Nebenbestimmungen im Sinne des § 36 VwVfG sowie notwendige Erläuterungen. Die Nebenbestimmungen sind Bestandteil des Zuwendungsbescheides, soweit dort nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist.“

Alsdann bestimmt im Einzelnen Ziff. 1.3 ANBest-P:

„Dürfen aus der Zuwendung auch Personalausgaben oder sachliche Verwaltungsausgaben geleistet werden und werden die Gesamtausgaben des Zuwendungsempfängers überwiegend aus Zuwendungen der öffentlichen Hand bestritten, darf der Zuwendungsempfänger seine Beschäftigten nicht besser stellen als vergleichbare Bundesbedienstete. Höhere Vergütungen als nach dem BAT oder MTB sowie sonstige über- oder außertarifliche Leistungen dürfen nicht gewährt werden.“⁷

⁷ Das Beiblatt der ANBest-P ist unverändert (also mitsamt seinem Hinweis auf BAT / MTB) den Zuwendungsbescheiden für 2005 und für 2006 beigefügt, obwohl ab 1.10.2005 bereits der neue TVöD an die Stelle von BAT und MTB getreten war.

2.3.

Im öffentlichen Dienst wurde vormals ein Urlaubsgeld nach Maßgabe des Urlaubsgeld-TV in gestaffelter, jedoch in Fixbeträgen festgesetzter Höhe von zuletzt 332,34 € bzw. 255,65 €.

Außerdem wurde ein Weihnachtsgeld nach dem Zuwendungs-TV gezahlt. Diese Zuwendung betrug ursprünglich eines volles Monatsgehalt; sie wurde indes 1994 eingefroren und belief sich infolge nachfolgender Vergütungsanpassungen zuletzt nur noch auf 82,14 % eines solchen.

Die genannten Tarifverträge sind arbeitgeberseitig gekündigt worden, entfalteten jedoch für „Altfälle“ bis zu In-Kraft-Treten einer neuen tariflichen Regelung Nachwirkung.

Infolgedessen sind bis zum In-Kraft-Treten des TVöD zum 1.10.2005 in den Altfällen die vormaligen Gelder weiter gezahlt worden. Nach der Kündigung der Tarifverträge neu eingestellte Beschäftigte, die von der Nachwirkung nicht zu profitieren vermochten, hatten in der Interimszeit keinen tariflichen Rechtsanspruch. Der Bund hat sich insoweit durch die Bereitstellung einer freiwilligen, einheitlichen und außertariflichen Sonderzuwendung i.H.v. 60 % eines Monatsgehalts beholfen; diese ersetzte damit für den betroffenen Beschäftigtenkreis sowohl das Urlaubsgeld wie das Weihnachtsgeld .

Die Nachwirkung für die Altfälle und der tariflose Zustand für die Interimsfälle endete mit dem In-Kraft-Treten des neuen TVöD zum 1.10.2005 (für den hier im Vergleich maßgebenden Bundesbereich). Nach § 20 TVöD erhalten Beschäftigte, die zum 1. Dezember in einem Arbeitsverhältnis stehen, eine (einheitliche) Jahressonderzahlung, in der das vormalige Urlaubs- und das „Weihnachtsgeld“ aufgehen; diese wird nach Entgeltgruppen gestaffelt in Höhe von 90, 80 oder 60 % eines durchschnittlichen Monatsentgelts gezahlt.

2.4.

Die Haustarifverträge für den Bereich der AWO-Beschäftigten, insbesondere der Bundesmanteltarifvertrag für die Arbeitnehmer der Arbeiterwohlfahrt (BMT-AW II) und die Tarifverträge über ein Urlaubsgeld zum BMT-AW II und über die Gewährung von Zulagen zum BMT-AW II, waren ebenfalls gekündigt, allerdings genauso mit

Nachwirkung für Altbeschäftigte. Unter dem 23.12.2004 sind an deren Stelle mit Rückwirkung zum 1.3.2004 Übergangstarifverträge (Ost und West; ÜbgTV-BUND-West bzw. ÜbgTV-BUND-Ost) getreten. Diese regeln die Gewährung von Urlaubs- und Weihnachtsgeld für die Jahre 2004 und ab 2005 ff. wie folgt neu:

„... der Text des ehemaligen § 47 Abs. 1 BMT-AW II (erhält) folgende Fassung:

Die Höhe der Zuwendung beträgt

a) im Jahre 2004 82,14 v.H.⁸ der Bemessungsgrundlage (aktueller Bemessungssatz);

b) ab dem Jahr 2005 analog des jeweils im öffentlichen Dienst tarifvertraglich vereinbarten Bemessungssatzes.“

Erläuternd und ergänzend heißt es dann in den Übergangstarifverträgen:

„Die Jahressonderzahlungen (Urlaubsgeld/Zuwendungen) bleiben ab dem 1.1.2005 im Grundsatz bestehen ... entsprechend den Regelungen im öffentlichen Dienst.

Abweichend davon wird für Betriebe, die keine öffentliche Personalkostenbezuschung erfahren (Bund/Länder/Kommunen) ein Teil der Zuwendung ergebnisabhängig gestellt. Dabei ist eine betriebseinheitliche Minderung des Bemessungssatzes um bis zu 5 Prozentpunkte zulässig.

Für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit Vergütungen II b und höher BMT-AW II ist eine Minderung des Bemessungssatzes um bis zu 10 Prozentpunkte zulässig.“

Für 2003 enthalten die Übergangstarifverträge keine abschließende Regelung. Gemäß Protokollerklärung belief sich der Anspruch vorbehaltlich des Ausganges eines zwischen dem AWO-BV und der Gewerkschaft ver.di seinerzeit laufenden arbeitsgerichtlichen Verfahrens auf zunächst 83,79 %⁹ der Bemessungsgrundlage. Der besagte Vorbehalt ist inzwischen durch das im Sinne des Arbeitgebers abschließende Urteil des BAG vom 5.7.2006 entfallen.

Zum 1.1.2007 hat der AWO-BV zugunsten seiner regionalen Untergliederungen seine Tarifhoheit – außer für sich und seine eigenen Angestellten – aufgegeben; die bundesweit abgeschlossenen Tarifverträge sind zum 31.12.2006 gekündigt. Dies betrifft auch die vorstehend behandelten Übergangs-Tarifverträge. Danach werden

⁸ im ÜbgTV-BUND Ost: 61,60 %

⁹ im ÜbgTV-BUND Ost: 62,84 %

diese, wenn sie nicht bis dahin durch eigene Tarifverträge der AWO-Untergliederungen ersetzt sind, nachwirken.

2.5.

Aus alledem ergibt sich bei jeweiliger Beachtung der Tarifbindungen zwischen den Beschäftigten des Bundes einerseits und denjenigen des AWO-BV andererseits eine Differenz in der Höhe der Sonderzahlungen in den Jahren 2003 und 2004; ab 2005 ist dank der „Analogieklausel“ des jeweiligen § 47 Abs. 1 BMT-AW II i.d.F. der Übergangs-Tarifverträge Ost und West wieder ein Gleichklang hergestellt, so dass das Problem für die Zeit ab 2005 entschärft ist.

Umgekehrt ist in beiden Tarifwerken unter der Herrschaft der Nachwirkungen der gekündigten Altverträge ebenfalls keine Differenz zu erkennen, weil auch der Bund gehalten war, bis zum In-Kraft-Treten des neuen TVöD zum 1.10.2005 bei Altverträgen die vormaligen Regelungen des Sonderzuwendungs-TV und des Urlaubsgeld-TV weiter anzuwenden.

Unmittelbare praktische Relevanz entfaltet das aufgezeigte Problem danach für die Differenz-Zeit zwischen der Kündigung der vormaligen Tarifverträge und dem Neuabschluss des TVöD im Bezug auf die nicht tarifgebundenen Neuverträge aus der insoweit „tariflosen“ Zeit, und zwar genau für die Zeitabschnitte, in denen die entsprechenden (Neu-) Beschäftigten der AWO aufgrund des Übergangs-TV wieder über einen tariflichen Anspruch verfügten, soweit dieser höher ausgefallen ist als der den vergleichbaren Beschäftigten des Bundes ohne Anerkennung einer Rechtspflicht zugestandene Anspruch i.H.v. 60 % einer Monatsvergütung.

3. Rechtliche Würdigung

Werden diese tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten im Hinblick auf die Ausgangsfrage gewürdigt, so bietet es sich an, zunächst die einzelnen in Erwägung zu ziehenden Rechtsbereiche zu unterscheiden und jeweils für sich zu betrachten, um erst in einem zweiten Schritt dem Kernproblem näher zu kommen.

3.1. Die tarifrechtliche Seite

Mit Ausnahme der im Interimszeitraum für Neuverträge gezahlten freiwilligen und außertariflichen Sonderzuwendung des Bundes beruhen die in Rede stehenden und in der Höhe miteinander in Beziehung zu setzenden Ansprüche der jeweiligen Beschäftigten sowohl unter der Herrschaft der vormaligen wie der nunmehr geltenden Tarifverträge auf eben diesen tariflichen Normen des kollektiven Arbeitsrechts. Selbst die Kündigung der einschlägigen Tarifverträge durch den Bund einerseits und den AWO-BV andererseits konnte die hieraus fließenden Rechtsansprüche der Beschäftigten nicht beeinträchtigen; aufgrund der statuierten Fortwirkung gekündigter Tarifverträge bis zum Inkrafttreten eines neuen Tarifwerkes haben naturgemäß auch die entsprechenden Rechtsansprüche weiter bestanden.

Ab dem Neuabschluss der Übergangs-Tarifverträge im AWO-BV ist wiederum ein tariflicher Anspruch entstanden, nur ab 2005 mit der Maßgabe, dass dank dynamischer Verweisung auf das jeweils im Bund geltende Sonderzuwendungsrecht ein tariflicher Gleichklang hergestellt wurde, der das Problem des möglichen Auseinanderklaffens beseitigen soll. Und entsprechend gilt im Bund mit dem In-Kraft-Treten des TVöD zum 1.10.2005 wiederum eine tarifvertragliche Grundlage für die nunmehr eingeführte Jahres-Sonderzuwendung in jeweils gestaffelter Höhe.

Weil hiernach die Zahlungsansprüche entweder auf geltenden oder aber zumindest auf fortgeltenden Tarifverträgen beruhen und beruhten, waren die jeweiligen Arbeitgeber gehalten, die entsprechenden Zahlungen auch tatsächlich zu leisten. Sie waren und blieben ohne Wenn und Aber an die abgeschlossenen Tarifverträge gebunden. Eine einseitige Kürzung der Zahlungen an die Mitarbeiter hätte deren vertragliche Rechte verletzt.

Zuwendungsrechtliche Einschränkungen, insbesondere das „Besserstellungsverbot“ des § 8 Abs. 2 der jeweiligen Haushaltsgesetze für die Jahre 2004 ff., können diese Bindung des jeweiligen Arbeitgebers an die für seinen Bereich maßgebenden Tarifverträge nicht beseitigen; sie können insbesondere nicht in das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und jeweils anspruchsberechtigtem Arbeitnehmer „hereinregieren“ und deren Anspruchsposition beeinträchtigen. Weder die genannten Bestimmungen selbst noch die in ihrer Umsetzung ergangenen Zuwendungsbescheide messen sich eine derartige Rechtsmacht zu. Insbesondere das gesetzliche Besserstellungsverbot selbst beschränkt sich auf den Versuch, den potentiellen Zuwendungsempfängern eine „Auflage“ zu oktroyieren, ihr Tarifrecht anzupassen, unternimmt aber nicht den Versuch, selbst in geltende Tarifverträge oder gar in die tariflich begründeten Ansprüche der Beschäftigten einzugreifen.

An der Notwendigkeit, die tarifrechtlich begründeten Ansprüche der Beschäftigten zu befriedigen, führt daher kein Weg vorbei.

3.2. Die haushaltsrechtliche Seite

Auf der anderen Seite ist verständlich und nachvollziehbar, dass der Haushaltsgesetzgeber zuwendungsrechtlich der Gefahr vorbeugen möchte, bei aus guten Gründen erwogener institutioneller Förderung von Einrichtungen und Projekten „überhöhte“ Personalkosten mit subventionieren zu müssen, die auf dort geltenden (Haus-) Tarifverträgen beruhen. Insbesondere wenn es aus Gründen des jeweiligen Förderungszwecks geboten ist, die Subvention im Sinne einer Fehlbedarfsfinanzierung zu gewähren, könnte der subventionsfähige „Bedarf“ durch autonome Tarifregelungen des Zuwendungsempfängers zu Lasten des Bundes manipuliert werden.

Es ist daher zweifellos ein berechtigtes Interesse des Subventionsgebers, bei Personalkostenzuschüssen nur einen Betrag als anerkennungsfähig zugrunde zu legen, der bestimmte Größenordnungen nicht überschreitet.

Da der Haushaltsgesetzgeber seinerseits für den Bereich der Mittelbereitstellung „autonom“ ist, kann er gewiss auch die Bedingungen diktieren, unter denen geför-

dert wird. Soweit es – wie im Subventionsrecht regelmäßig der Fall – keinen unab-
weisbaren Rechtsanspruch auf Förderung gibt, die Mittelvergabe also innerhalb der
dafür bereitgestellten Haushaltstitel durch Ermessensentscheidungen der zuständi-
gen Verwaltung erfolgt, wird der Haushaltsgesetzgeber selbstredend auch die
Rahmenbedingungen solcher Ermessensbetätigung vorgeben können.

3.3. Die verwaltungsrechtliche Seite

Vorliegend ist dies durch eine (seit 2004 vorbehaltlose) Vorgabe in den jeweiligen
§§ 8 Abs. 2 der Haushaltsgesetze dahingehend erfolgt, dass

*„die in Absatz 1 genannten Zuwendungen zur institutionellen Förde-
rung[...]nur mit der Auflage bewilligt werden [dürfen], dass der Zuwendungs-
empfänger seine Beschäftigten nicht besser stellt als vergleichbare Arbeit-
nehmerinnen und Arbeitnehmer des Bundes“.*

Fälle der Projektförderung – wie hier vorliegend – sind bei überwiegender Gesamt-
förderung aus öffentlichen Mitteln, wie oben dargelegt, gleichgestellt.

Dem Wortlaut zufolge unternimmt diese haushaltsrechtliche Bestimmung den Ver-
such, die Vergabe entsprechender Haushaltsmittel, soweit sie auch Personalkosten
enthalten, mit einer Auflage versehen zu lassen, die den Zuwendungsempfänger in
dessen Eigenschaft als Arbeitgeber zwingt, seinen Beschäftigten im Falle von Ver-
gütungsdifferenzen zu den Vergleichswerten des Bundes nicht besser zu stellen als
den vergleichbaren Arbeitnehmer des Bundes.

Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers, wollte man ihn insoweit beim Wort
nehmen, geschähe dies im Rahmen der jeweiligen Zuwendungsentscheidung, also
durch Beifügen einer Auflage zum Bewilligungsbescheid. Das Bewilligungsverfahren
als Verwaltungsverfahren unterliegt dabei den Bestimmungen des Verwaltungsver-
fahrensgesetzes (VwVfG) und den Rechtsgrundsätzen des Allgemeinen Verwal-
tungsrechts. Dort ist der Begriff der „Auflage“ als Terminus bekannt und geläufig, so
dass zunächst einmal davon ausgegangen werden muss, dass der Gesetzgeber in

Kenntnis dessen auf den verwaltungsrechtlichen Begriff der Auflage rekurrieren mochte.

Unter einer „Auflage“ versteht § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG

„eine Bestimmung, durch die dem Begünstigten ein Tun, Dulden oder Unterlassen vorgeschrieben wird.

Neben Bedingungen, Befristungen und Vorbehalten zählt die Auflage damit zu den Nebenbestimmungen, die einem Verwaltungsakt beigefügt werden können; sie sind bei einem Verwaltungsakt, auf den ein Anspruch besteht, statthaft, wenn sie durch Rechtsvorschrift ausdrücklich zugelassen sind oder wenn sie dazu dienen, sicher zu stellen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsaktes erfüllt werden, § 36 Abs. 1 VwVfG. Bei Verwaltungsakten, auf deren Erlass kein Rechtsanspruch besteht, wird in weitergehendem Umfang von der Beifügung von Nebenbestimmungen Gebrauch gemacht werden können.

Die Auflage unterscheidet sich dabei von der zumindest teilweise ähnliche Zielrichtungen verfolgenden Bedingung dadurch, dass sie den Bestand und das Wirksamwerden des Verwaltungsaktes selbst unberührt lässt, aber von Behördenseite selbstständig durchgesetzt werden kann. Wollte man also (im Sinne dieser Terminologie) dem Bewilligungsbescheid eine Auflage beifügen, die das vorgesehene Besserstellungsverbot durchsetzen soll, so gelangte der Zuwendungsempfänger – unbedingt – in den Genuss der Zuwendung, müsste aber bei Meidung von Zwangsmaßnahmen dem ihm aufgegebenen Tun, Dulden oder Unterlassen nachkommen.

In einem solchen Verständnis bereitet eine dem Zuwendungsbescheid beigefügte Auflage im Sinne des § 8 Abs. 2 HaushG indessen Probleme in zweierlei Hinsicht:

- Entweder müsste der Arbeitgeber in Erfüllung der Auflage seinen Beschäftigten, soweit sich eine Vergütungsdifferenz zum Bund ergibt, weniger zahlen. Dies würde ihm, wenn er tarifgebunden ist und die Vergütungsansprüche aus dem Tarifvertrag fließen – wie vorliegend –, einen Rechtsverstoß im Verhältnis zu den Beschäftigten und dem Tarifpartner abverlangen. Entsprechendes gälte im übrigen auch bei individualvertraglicher Grundlegung entsprechen-

der Ansprüche, würde dem Arbeitgeber doch auch dort praktisch aufgegeben, gegen die abgeschlossenen Verträge zu verstoßen.

- Oder der Arbeitgeber würde durch eine solche Auflage genötigt, die bestehenden Tarifverträge (womöglich auch gegen seinen Willen) zu ändern oder zu beenden. Selbst wenn er sich freilich in Erfüllung der Auflage genötigt sähe, die bestehenden Tarifverträge zu kündigen, um eine Absenkung der Vergütung auf das Niveau des Bundes durchzusetzen, könnte er damit nicht dem Problem der inkriminierten Besserstellung entgehen, bliebe er doch unbeschadet der Kündigungsmöglichkeit dank der Nachwirkung bis zum Abschluss eines neuen Tarifvertrages an die vormaligen Ansprüche gebunden, und weil zu Tarifverhandlungen und Tarifabschlüssen immer auch noch die Zustimmung des anderen Teils gehört, ist keineswegs selbstverständlich, dass der Arbeitgeber als Tarifpartner die Vorstellungen, die ihm die Auflage zum Bewilligungsbescheid oktroyieren mag, auch umsetzen kann.

3.4. Die verfassungsrechtliche Seite

Eine Auflage, die den Verpflichteten zu einem rechtswidrigen Verhalten veranlassen sollte, kann ihrerseits nicht rechtmäßig sein. Die die Zuwendung bewilligende und damit eine solche Auflage verfügende Dienststelle ist immerhin als Behörde Teil der staatlichen Gewalt und schon deswegen nach Art. 20 Abs. 3 GG an „Gesetz und Recht“ gebunden. Sie wird daher nicht initiierender Anstoß für anderweitige Rechtsverstöße sein dürfen.

Aber auch die Alternative – der Versuch der Einflussnahme auf den Inhalt der bestehenden (Tarif-) Verträge – dürfte kaum rechtmäßig sein. Immerhin besteht im Bezug auf Abreden der in Art. 9 Abs. 3 GG angesprochenen „Vereinigungen“ – der Tarifpartner – zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ zu treffen, Koalitions- und Tarifvertragsfreiheit.

„Abreden, die dieses Recht einschränken oder zu behindern suchen, sind nichtig, hierauf gerichtete Maßnahmen sind rechtswidrig“,

ergänzt ausdrücklich Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG.

Damit mag die Bewilligungsbehörde vielleicht noch berechtigt sein, auf den Zuwendungsempfänger Druck auszuüben, dass dieser sich in seiner Eigenschaft als Arbeitgeber und Tarifpartner für eine (anpassende) Änderung seiner bestehenden Tarifverträge verwenden möge – vorschreiben, wie das Ergebnis einer tarifrechtlichen Regelung aussehen muss, kann und darf die Behörde gewiss nicht.

Die in § 8 Abs. 2 der Haushaltsgesetze 2004 ff. bei wortwörtlicher Interpretation vorgesehene Auflage würde aber genau dies postulieren: Sie zwänge den Zuwendungsempfänger, tarifrechtliche Regelungen mit genau vorgeschriebenem (Höchst-) Inhalt abzuschließen.

Wollte und müsste man die Vorgabe des § 8 Abs. 2 der Haushaltsgesetze 2004 ff. in diesem Sinne verstehen und wortgenau umsetzen, so wäre das Ergebnis verfassungswidrig.

Ob damit auch die Norm selbst als verfassungswidrig angesehen werden müsste, ist eine andere, hier nicht notwendig zu entscheidende Frage. Immerhin bestünde innerhalb des verbleibenden Anwendungsbereiches der Norm noch die im Ermessensrahmen liegende Alternative, bei Vorliegen einer den potentiellen Zuwendungsempfänger bindenden Tarifvorgabe, die eine höhere als die vorgestellte Vergütung für die Beschäftigten beinhaltete, folgerecht *keine Zuwendung* zu vergeben. Ob solches in voller Konsequenz aber beabsichtigt war kann füglich bezweifelt werden, weil damit in einem „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ jegliche Förderung auch durch aus gewollter Subventionsziele ausscheiden müsste.

3.5. Die verwaltungspraktische Seite

Dies alles kann letztlich aber dahinstehen, denn eine Überprüfung dessen, was von Seiten des BAMF tatsächlich verfügt wurde, zeigt, dass eine solche Auflage, wie sie denn in wortwörtlicher Anwendung des § 8 Abs. 2 der Haushaltsgesetze zu erwarten gewesen wäre, gar nicht erteilt wurde. Die Bewilligungsbescheide enthalten we-

der in ihrem eigentlichen Text noch in der Anlage ANBest-P noch schließlich in dem Merkblatt, dass zum Bestandteil des Zuwendungsbescheides erklärt wurde, eine solche Auflage, die den AWO-BV zwänge, entweder gegen das für ihn maßgebende Tarifrecht zu verstoßen oder aber die bestehenden Tarifverträge zu kündigen und (nur noch) mit bestimmtem, vorgegebenen (Höchst-) Inhalt neu abzuschließen.

3.5.1. – Der Bewilligungsbescheid

Wenn es in Ziff. 12 des Bewilligungsbescheides für das Jahr 2005 heißt

„Der Abschluss von Arbeitsverträgen, die zeitlich über den vorgenannten Bewilligungszeitraum hinausgehen, erfolgt auf eigene Verantwortung des Zuwendungsempfängers bzw. des jeweiligen Projektträgers (...); d.h. alle eventuellen arbeitsrechtlichen Konsequenzen im Zusammenhang mit dem eingesetzten Projektpersonal trägt der Zuwendungsempfänger bzw. jeweilige Projektträger. (...)

Ich behalte mir im Hinblick auf die noch ausstehende endgültige Entscheidung hinsichtlich der Auszahlung von Urlaubs- und Weihnachtsgeld im öffentlichen Dienst eine entsprechende Kürzung der Personalkosten ausdrücklich vor“,

so beinhaltet dies neben dem eher unverbindlich gehaltenen Hinweis auf das selbstverständlich beim Zuwendungsempfänger verbleibende Risiko arbeitsrechtlicher Konsequenzen von Vertragsabschlüssen, die über den Bewilligungszeitraum hinaus gehen, nur einen Überprüfungs- und Änderungsvorbehalt mit dem Ziel einer ggfs. in Betracht kommenden Kürzung der personalbezogenen Zuwendungen. Eine Auflage, Arbeits- oder Tarifverträge nur noch in bestimmter Weise abzuschließen oder anzuwenden, ist dies nicht.

Bei der hier konkret vorliegenden Projektförderung in der Form einer **Fehlbedarfsfinanzierung** sähe dies so aus, dass anlässlich einer solchen Überprüfung bestimmte Personal-Mehrkosten, die aus Zahlungen an Beschäftigte der AWO oberhalb des Limits der vergleichbaren Ansprüche der vergleichbaren Beschäftigten des öffentlichen Dienstes resultieren, unberücksichtigt blieben und schlicht aus der Berechnung herausgenommen würden; dies reduzierte den zu fördernden Fehlbedarf um eben diese Summen und bewirkte eine *unmittelbare* Reduktion des Zuschusses. Ginge es stattdessen um eine **Festbetragsfinanzierung**, so bliebe diese zunächst unbeeinflusst, könnte jedoch durch vorbehaltenen *Änderungsbescheid* entsprechend reduziert wer-

den; der Vorbehalt hinderte insoweit das Aufkommen eines Vertrauensschutzes.

3.5.2. – Das Merkblatt

Ähnlich verhält es sich mit der Beifügung des „Merkblattes“, der zum ausdrücklichen Bestandteil des Bewilligungsbescheides 2006 erhoben wurde. Abgesehen davon, dass vom Sachverhalt her die Vergütungshöhe in 2006 – jedenfalls was das vormalige Urlaubs- und Weihnachtsgeld in Gestalt der jetzt eingeführten Jahres-Sonderzuwendung anlangt – ab dem Wiedergleich-Laufen der beiderseitigen Tarifsysteme seit dem 1.10.2005 (In-Kraft-Treten des TVöD) dank des Generalverweises in den für 2005 ff. geltenden Fassungen des geänderten § 47 Abs. 1 BMT-AW gem. den ÜbgTV-BUND des AWO-BV keine Rolle mehr spielen wird, ist hierzu Folgendes festzustellen:

Der Bewilligungsbescheid formuliert im Zusammenhang mit diesem Merkblatt keine konkreten (umsetzungsfähigen) Gebote eines bestimmten Tuns oder Unterlassens, sondern gibt lediglich „Hinweise“:

„Hinweise zur Gewährung von Urlaubs- und Weihnachtsgeld bitte ich dem beigefügten Merkblatt zu entnehmen, das insoweit Bestandteil dieses Bescheides ist (...)“.

Aber auch das Merkblatt – Anlage 4 zum Bewilligungsbescheid – selbst postuliert kein bestimmtes Verhalten des Zuwendungsempfängers: Es wird lediglich über die Regelungen *des TVöD unterrichtet*, der mit Wirkung ab 1.10.2005 an die Stelle der gekündigten Tarifverträge über eine Zuwendung (Weihnachtsgeld) und die Tarifverträge über ein Urlaubsgeld getreten sei. Das Merkblatt erläutert alsdann die *für 2005* vorzunehmenden Zahlungen.

Der Leser des Merkblattes wird also bei Lektüre erfahren, wie im Bereich des TVöD die Zahlung der verschiedenen Zuwendungen in 2005 zu handhaben sei; eine an den Zuwendungsempfänger gemünzte Forderung, nunmehr sein eigenes Vergütungssystem diesem Modell anzupassen, im Sinne einer eigenständig vollziehbaren „Auflage“ lässt sich auch diesem Bescheid-Bestandteil nicht entnehmen.

Abgesehen davon macht es wenig Sinn, dieses Merkblatt dem Bewilligungsbescheid für das Jahr 2006 beizufügen, wenn es zu den Zahlungen in 2006 gar keine Aussage enthält, sondern dies einer noch zu erwartenden Regelung durch den BMI vorbehalten will.

3.5.3. – Ziff. 1.3. ANBest-P

Allerdings findet sich eine konkretere Regelung in beiden Bescheiden in den zur Anlage derselben genommenen ANBest-P, die „*Nebenbestimmungen im Sinne des § 36 VwVfG sowie notwendige Erläuterungen*“ enthalten sollen.

Wenn es dazu ergänzend heißt: „*Die Nebenbestimmungen sind Bestandteil des Zuwendungsbescheides, soweit dort nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist*“, darf mangels einer solchen anderweitigen Bestimmung im konkreten Einzelfall, wie er hier zu untersuchen ist, davon ausgegangen werden, dass sich hier tatsächlich „Nebenbestimmungen“ i.S.d. § 36 VwVfG und damit ggfs. auch eine Auflage der zu untersuchenden Art finden.

In der Sache einschlägig ist die bereits oben wiedergegebene Ziff. 1.3 AN-Best-P, wo es wie folgt heißt:

„Dürfen aus der Zuwendung auch Personalausgaben oder sachliche Verwaltungsausgaben geleistet werden und werden die Gesamtausgaben des Zuwendungsempfängers überwiegend aus Zuwendungen der öffentlichen Hand bestritten, darf der Zuwendungsempfänger seine Beschäftigten nicht besser stellen als vergleichbare Bundesbedienstete. Höhere Vergütungen als nach dem BAT oder MTB sowie sonstige über- oder außertarifliche Leistungen dürfen nicht gewährt werden.“

Mit dieser Vorgabe wird konkret das „Besserstellungsverbot“ umgesetzt und in den Bewilligungsbescheid implementiert. Die Formulierung entspricht exakt dem, was § 8 Abs. 2 der HaushG ab 2004 verlangt; die Forderung geht sogar nach weiter präzisierend darüber hinaus („Höhere Vergütungen dürfen nicht gewährt werden ...“), und sogar der Ausnahmehinweis des § 8 Abs. 2 fehlt, so dass die Annahme nahe liegt, hier finde die vermutete Umsetzung der Vorgaben des § 8 Abs. 2 HaushG statt.

Gleichwohl bedarf die Regelung einer näheren Betrachtung.

3.5.3.1. – Stellt Ziff. 1.3. ANBest-P eine „Auflage“ dar?

Ziff. 1.3 ANBest-P besagt nämlich nichts über die mit einem etwaigen Verstoß verbundenen Rechtsfolgen. Handelte es sich – wie die Vorgabe in § 8 Abs. 2 HaushG vermuten lassen könnte – tatsächlich um eine Auflage i.S.d. § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG, so wäre die Rechtsfolge eines Verstoßes, dass die Bewilligungsbehörde die Beachtung des Verbotes selbständig – notfalls im Wege des Verwaltungszwangs – erzwingen könnte.

Eine solche Auflage wäre aber, gemessen an den o.a. Vorgaben, rechts- und verfassungswidrig. Sie würde entweder von dem Zuwendungsempfänger ein seinerseits rechtswidriges Handeln verlangen (Zahlung einer niedrigeren Vergütung unter Verstoß gegen zwingende tarifrechtliche Vorgaben), oder aber unzulässig in die Tarifautonomie der beiden am Tarifanschluss beteiligten Parteien – Arbeitgeber und Gewerkschaft – eingreifen.

Nun kann aber nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen, wenn mehrere Auslegungsmöglichkeiten bestehen, nicht davon ausgegangen werden, dass gerade diejenige Interpretationsalternative „gewollt“ sei, die ein rechtswidriges Ergebnis zeitigen würde. Im Zweifel wird sich die Verwaltung rechtmäßig verhalten wollen.

3.5.3.2. – oder eine anderweitige Nebenbestimmung ?

Daher stellt sich die Frage nach einem anderen, alternativen Verständnis der Vorgabe aus Ziff. 1.3 ANBest-P.

Die Möglichkeit dazu eröffnet der Umstand, dass die Formulierung in Ziff. 1.3 ANBest-P nicht ausdrücklich als „Auflage“ angeführt wird. Sie findet sich in einem umfangreicheren Katalog von „Nebenbestimmungen i.S.d. § 36 VwVfG sowie notwendigen Erläuterungen“. Eine eindeutige Zuordnung der einzelnen Vorgaben der ANBest-P zu den rechtlichen Kategorien „Befristung“, „Bedingung“, „Auflage“ oder „Vorbehalt“ sowie alternativ den ebenfalls angeführten

„Erläuterungen“ unterbleibt. Es ist daher der Auslegung vorbehalten, welcher Kategorie die jeweilige Ziffer zuzuordnen ist.

Ergäbe sich aus dem weiteren Zusammenhang von Bescheid, Merkblatt und beigefügten ANBest-P, dass sich der Zuwendungsgeber das Recht vorbehalte, den Zuwendungsempfänger im Falle von Verstößen gegen das Besserstellungsverbot notfalls mit Mitteln des Verwaltungszwanges zur Zahlung niedrigerer Vergütungen zu zwingen (und damit gegen Tarif- und Arbeitsrecht zu verstoßen), so wäre wohl die Auslegung im Sinne einer Auflage zwingend, und die Regelung müsste für rechtswidrig erachtet werden.

In diesem Falle allerdings ergäbe sich verfahrensrechtlich des Weiteren das Problem, dass die Regelung als möglicherweise rechtswidrige Auflage sogleich hätte angefochten werden müssen, sollte sie nicht in Bestandskraft erwachsen und dann trotz gegebener Rechtswidrigkeit durchsetzbar sein, falls nicht ausnahmsweise sogar Nichtigkeit angenommen werden könnte (§ 44 VwVfG).

Tatsächlich lassen Bescheid und ANBest-P aber nicht erkennen, dass dies gewollt sei. Im Gegenteil lässt der Bescheid erkennen, dass die arbeitsrechtliche Gebundenheit des Zuwendungsempfängers grundsätzlich unberührt bleiben soll, er vielmehr in diesem Falle nur das Risiko trage, zu Leistungen verpflichtet zu sein, diese aber nicht über die Zuwendung refinanziert zu bekommen (angesprochen nicht konkret im Bezug auf höhere Vergütungen, wohl aber auf Beschäftigungslaufzeiten über die Bewilligungsperiode hinaus; der gedankliche Ansatz wird aber übertragen werden können).

Und zum Zweiten wird für den konkret angesprochenen Fall der Gewährung von Urlaubs- und Weihnachtsgeld – also genau dasjenige Gebiet, wo vorliegend eine mögliche „Überzahlung“ im Verhältnis zu den Beträgen des öffentlichen Dienstes des Bundes zu besorgen war – (lediglich) ein Vorbehalt ausgesprochen, gegebenenfalls die Personalkosten innerhalb der Subvention kürzen zu wollen.

Hieraus lässt sich ein Verständnis ablesen, das sich in Beachtung des „Besserstellungsverbot“ keineswegs anmaßt, den Zuwendungsempfänger im

Sinne rechtswidriger Handlungsweisen zu drangsalieren, sondern lediglich vorbehält, im Falle des Zurückbleibens der entsprechenden Beträge im Tarifwerk des öffentlichen Dienstes hinter dem, was der Zuwendungsempfänger tariflich zu tragen hat, die Subvention auf den Betrag herunterzukürzen, der sich ergeben würde, legte man die etwa niedrigeren Beträge des öffentlichen Dienstes des Bundes zugrunde, sei es im Falle der *Festbetragsfinanzierung* durch Erlass des für diesen Fall vorbehaltenen Änderungs- und Kürzungsbescheides, ggfs. verbunden mit einem Rückforderungsbescheid, sei es im Falle der *Fehlbedarfsfinanzierung* dadurch, dass die entsprechenden Summen schlichtweg aus der Kalkulation herausgenommen und als nicht förderungsfähig behandelt werden, so dass sich die Zuwendung in der jeweiligen Schlussabrechnung „automatisch“ entsprechend reduziert.

3.5.3.3. – Ziff. 1.3. ANBest-P als „bedingter Vorbehalt“

In solchem Verständnis lässt sich die Regelung in Ziff. 1.3 ANBest-P als bedingter Vorbehalt verstehen und damit im Sinne einer anderen Art von Nebenbestimmung interpretieren.

Eine solche Vorgehensweise wäre auch zulässig. Da im Subventionsrecht kein Rechtsanspruch auf den Erlass eines Verwaltungsaktes bestimmten Inhalts besteht, greifen die Grenzen des § 36 Abs. 1 VwVfG nicht ein, und die Beifügung einer (beliebigen) Nebenbestimmung wäre im Zusammenhang mit dem verfolgten Gesamt-Regelungskonzept innerhalb der Grenzen einer sachlichen Begründetheit bei nicht willkürlicher Handhabung ohne Weiteres statthaft.

Dass § 8 Abs. 2 HaushG – dem reinen Wortlaut zufolge – etwas Anderes gemeint haben könnte, stünde diesem Ergebnis nicht entgegen. Ungünstigstenfalls wäre dann die gesetzliche Vorgabe, eine „Auflage“ des vorgestellten Inhalts beizufügen, nicht hinlänglich umgesetzt; auf einen solchen „Fehler“ könnte sich der Zuwendungsempfänger aber nicht berufen, weil die haushaltsrechtliche Vorgabe erstens gar nicht an ihn gerichtet ist, sondern lediglich die Bewilligungsbehörden binden soll, und weil ihn diese – angenommene – Rechtsverletzung nicht in eigenen Rechten beeinträchtigen kann, wäre

doch das Ergebnis bei konsequenter Umsetzung der so verstandenen Vorgabe für ihn noch wesentlich belastender.

3.5.3.4. – verfassungskonforme Reduktion des § 8 Abs. 2 HaushG 2004 ff.

Tatsächlich müsste aber auch im Bezug auf die Normvorgabe selbst (§ 8 Abs. 2 HaushG) der Vorrang der verfassungskonformen Auslegung und Reduktion greifen, wenn dies möglich ist, um ein anderenfalls drohendes Verdikt der Verfassungswidrigkeit zu vermeiden. Tatsächlich ist dem erkennbaren Anliegen des Haushaltsgesetzgebers bereits dadurch Rechnung zu tragen, dass im Falle der Mittelgewährung zu Zuwendungsfähigkeit von Personalkosten auf diejenigen Beträge begrenzt wird, die im Falle der Bearbeitung mit eigenem Personal des Bundes an Vergütung aufgewendet werden müssten – den Zuwendungsempfänger zu einer weitergehenden Handlungsweise im Sinne einer Verletzung tariflich gegebener Ansprüche oder im Sinne einer unzulässigen Vorgabe für das Ergebnis etwaiger Tarifverhandlungen zuzwingen ist zur Zweckerreichung gar nicht notwendig.

4. Zusammenfassung

Damit ergibt sich folgender Befund:

4.1.

Das aus § 8 Abs. 2 der Haushaltsgesetze des Bundes ab 2004 uneingeschränkt vorgegebene Besserstellungsverbot führte zu verfassungswidrigen Ergebnissen, wenn es dahin verstanden werden sollte, dass sich die Bewilligungsbehörden die Befugnis anmaßen sollen, den Zuwendungsempfänger im Wege der förmlichen „Auflage“ notfalls im Wege des Verwaltungszwanges zwingen zu wollen, entweder gegebene tarifliche Ansprüche der Beschäftigten zu verletzen, oder gar Tarifverträge lediglich bestimmten, mit Höchstsätzen belegten Inhalts einzugehen. Ein solches Vorgehen würde gegen die Grundsätze der Gesetzes- und Rechtsgebundenheit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) bzw. der Tarifautonomie (Art. 9 Abs. 3 GG) widersprechen.

Ein Verständnis der Vorgabe dahingehend, dass bei Nichterfüllen der Vorgabe des § 8 Abs. 2 HaushG erst gar keine Zuwendung gewährt werden kann, ist zwar denkbar, aber ersichtlich nicht gewollt, weil kontraproduktiv.

4.2.

Das Besserstellungsverbot wird in den Bewilligungsbescheiden allein durch die Nebenbestimmung der Ziff. 1.3 ANBest-P umgesetzt. Diese ist auslegungsfähig und Auslegungsbedürftig.

Wollte man sie als „Auflage“ im strengen Sinne des § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG verstehen, so würden sich Versuche, diese eigenständig durchzusetzen, als rechts- und verfassungswidrig erweisen; als Auflage verstanden dürfte die Regelung rechtswidrig sein. Ob sie in diesem Falle zwingend sogleich nach Ergehen des Bewilligungsbescheides mit Widerspruch und ggfs. anschließender Anfechtungsklage hätte angefochten werden müssen, kann vorliegend dahingestellt bleiben.

Denn der Gesamtzusammenhang der Regelung in Ziff. 1.3. ANBest-P mit den weiteren Aussagen des Bewilligungsbescheides belegt, dass die Bestimmung – „verfassungskonform“ – in dem Sinne eines bedingten Vorbehalts, im Verstoßfall gegebene

nenfalls die Zuwendungsmittel entsprechend zu kürzen, ausgelegt werden kann; in einem solchen Verständnis hält die Regelung einer rechtlichen Überprüfung stand.

Gleichwohl darf beanstandend festgehalten werden, dass die verwaltungsseitige Handhabung des Besserstellungsverbot im Hinblick auf die Inkonsistenz der getroffenen Regelungen und der für den Betroffenen zwangsläufig entstehenden interpretations- und Anwendungsschwierigkeiten unnötig belastend und regelungstechnisch defizitär bleibt.

4.3.

Damit restiert hinsichtlich der ergangenen Bescheide ein Kürzungsvorbehalt für den Fall, dass Beschäftigte der AWO in Anwendung der dort geltenden tariflichen Regelungen eine höhere Vergütung erhalten haben, als sie vergleichbare Beschäftigte im öffentlichen Dienst des Bundes bekommen hätten. Diesen Kürzungsvorbehalt könnte das BAMF aufgreifen und ausnutzen, indem die Bewilligungsbescheide um die entsprechenden Teilbeträge zurückgenommen und anschließend eine etwaige Überzahlung zurückgefordert bzw. etwa noch nicht ausbezahlte Beträge einbehalten werden. Ob das BAMF von dieser Möglichkeit Gebrauch macht, ist allerdings offen. Geschieht dies nicht, bleiben die Bewilligungsbescheide in der vorliegenden Form allein maßgebende Rechtsgrundlage der bewilligten und gewährten Zahlungen.

4.4.

Realistisch betrachtet ist der mögliche Anwendungsbereich einer Zuwendungskürzung indes recht schmal.

4.4.1.

- Soweit der Bund aufgrund der Fortwirkung der seinerseits gekündigten Tarifverträge in der Zeit bis zum 1.10.2005 (In-Kraft-Treten des TVöD) in den Fällen von „Altverträgern“ die vormals geltenden Zuwendungen weiter zahlen musste, ergibt sich gegenüber entsprechenden Beschäftigten der AWO mit ebenfalls „Altverträgen“ keine Differenz.
- Seit In-Kraft-Treten des TVöD kann sich gleichfalls keine mehr Differenz ergeben, nachdem die Zuwendungen im Tarifrecht der AWO (§ 47 Abs. 1 BMT-AWO i.d.F. der ÜbgTV-Bund (West/Ost)) im Wege der gleitenden (dynamischen)

schen) Verweisung auf die „jeweils im öffentlichen Dienst tarifvertraglich vereinbarten“ Bemessungssätze analog zurückgreift.

- Entsprechendes gilt für „Altvertragler“ für die Zeit vom 1.1.2005 bis 30.9.2005: In dieser Zeitspanne hat es zwar im Bundesbereich noch keinen neuen Tarifvertrag gegeben, wohl aber galten (auch) im Bundesbereich die fortwirkenden „alten“ Tarifverträge fort; die dynamische Verweisung in der jeweiligen Fassung des § 47 Abs. 1 BMT-AW nimmt auch hierauf Bezug, so dass auch in diesem Bereich keine Differenz auftreten kann.
- Für 2003 kann sich – unbeschadet der Regelungen und Vorbehalte in den Übergangs-TV'en vom 23.12.2004 – auch keine relevante Differenz ergeben, weil seinerzeit das Besserstellungsverbot des § 8 Abs. 2 HaushG 2003 noch mit der Öffnungsklausel versehen war, wonach es „*vorbehaltlich einer abweichenden tarifvertraglichen Regelung*“ gelten sollte.

4.4.2.

Was demgegenüber an möglicher Differenz i.S. einer tariflich geschuldeten oder außertariflich gezahlten Höhervergütung der Beschäftigten der AWO gegenüber vergleichbaren Beschäftigten des Bundes verbleibt, sind die Fälle

- der in - beim Bund - „tarifloser“ Zeit neu eingestellten Beschäftigten
 - für den Zeitraum nach dem 1.1.2004
 - und äußerstenfalls bis zum 1.10.2005 (Beginn der neuen Tarifbindung beim Bund = TVöD)
 - richtigerweise allerdings nur bis zum 31.12.2004 (s. unten *),
 - soweit diese aufgrund der ÜbgTV'e – BUND eine höhere Zuwendung als die im Bundesbereich gezahlte – freiwillige und außertarifliche – Sonderzuwendung erhalten haben.

* Im Detail ist für diesen Personenkreis sogar fraglich, ob nicht im Hinblick auf die AWO-tarifvertragliche Analogregelung der *gesamte Jahresbereich 2005 ausscheiden* muss. Zwar sprechen die Übergangstarifverträge Ost/West vom 23.12.2004 nur von beim Bund tarifvertraglich vereinbarten Bemessungssätzen, so dass die freiwillig und außertariflich gezahlte Sonderzuwendung streng genommen nicht erfasst ist. Gemeint war aber zweifellos auch schon in der Zeit vom 1.1. – 30.9.2005 eine vollständige analoge Übernahme dessen, was im Bund gezahlt werden würde, unab-

hängig davon, ob diese Zahlung auf tariflicher Grundlage oder außerhalb einer solchen „freiwillig und außertariflich“ gezahlt wurde. Immerhin war bei Abschluss der Übergangs-Tarifverträge nicht absehbar, wie sich die Dinge beim Bund entwickeln würden. Die Tarifpartner beim Bund werden angesichts der „freiwilligen“ Zuwendung für die verhältnismäßig niedrige Anzahl von „Neuvertraglern“ keine Notwendigkeit mehr gesehen haben, diese Zahlung – ex post – tarifvertraglich gewissermaßen in Übergangsbestimmungen zu verankern; wäre dies nicht erfolgt, so hätte man gewiss im Zusammenhang mit dem Abschluss des TVöD eine entsprechende Regelung für die zurückliegende Zeit auch tarifrechtlich getroffen. Da diese Entwicklung aber beim Abschluss der Übergangs-TV'e noch nicht vorausgesehen werden konnte, wird man dem Tatbestandsmerkmal „tarifvertraglich“ in den Übergangsfassungen des § 47 Abs. 1 BMT-AW keine konstitutive Bedeutung beimessen können.

4.4.3.

Betragsmäßig schwindet alsdann die verbleibende Differenz bei „Neuvertraglern“ in der Zeit vor dem 1.1.2005 auf die Spanne zwischen 60 % und 82,14 % (2004) bzw. 83,79 % (2003) für West-Beschäftigte und zwischen 60 % und 61,60 % (2004) bzw. 62,84 % (2003) für Ost-Beschäftigte.

Damit entschwindet angesichts des äußerst geringen Differenz-Prozentsatzes für die Ost-Beschäftigten letztlich auch in diesem Bereich die Gefahr eines Aufgreifens von Vergütungsdifferenzen auf eine eher geringe „Risikosumme“. Realistische Gefahren drohen angesichts des dort weit höheren Differenz-Prozentsatzes damit nur noch bei den West-Beschäftigten unter den Neuvertraglern, und zwar begrenzt auf das Jahr 2004, denn in 2003 beinhaltete § 8 Abs. 2 HaushG 2003 noch den ausdrücklichen Vorbehalt abweichender Tarifverträge.

Bonn, am 1. Dezember 2006

Dr. Baden

Rechtsanwalt / Fachanwalt für Verwaltungsrecht



Karl Diller MdB
Parlamentarischer Staatssekretär

POSTANSCHRIFT Bundesministerium der Finanzen, 11016 Berlin

Präsident des Deutschen Bundestages
Herrn Dr. Norbert Lammert MdB
Platz der Republik
11011 Berlin

HAUSANSCHRIFT Wilhelmstraße 97, 10117 Berlin

TEL +49 (0) 1888 682-42 83

FAX +49 (0) 1888 682-44 97

E-MAIL Karl.Diller@bmf.bund.de

TELEX 886645

DATUM 6. Februar 2007

BETREFF Kleine Anfrage des Abgeordneten Werner Dreibus u.a. und der Fraktion DIE LINKE
„Tarifbindung und Besserstellungsverbot“;
BT-Drucksache 16/4127 vom 23. Januar 2007

ANLAGEN 5 Mehrabdrucke

GZ **II A 2 - BA 1041/07/0002**

DOK 2007/0032398

(bei Antwort bitte GZ und DOK angeben)

Sehr geehrter Herr Präsident,

namens der Bundesregierung beantworte ich die oben genannte Kleine Anfrage wie folgt:

„1. Greift das Besserstellungsverbot auch bei Vorliegen von abweichenden tariflichen Regelungen beim Zuwendungsempfänger?“

Zuwendungen zur institutionellen Förderung dürfen nur mit der Auflage bewilligt werden, dass der Zuwendungsempfänger seine Beschäftigten nicht besser stellt als vergleichbare Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Bundes (siehe § 8 Abs. 2 Satz 1 Haushaltsgesetz 2007). Entsprechendes gilt bei Zuwendungen zur Projektförderung, wenn die Gesamtausgaben des Zuwendungsempfängers überwiegend aus Zuwendungen der öffentlichen Hand bestritten werden (siehe § 8 Abs. 2 Satz 2 Haushaltsgesetz 2007). Konkret bedeutet dies: In den genannten Fällen dürfen die Zuwendungsgeber mit ihren Beschäftigten keine günstigeren Arbeitsbedingungen vereinbaren, als sie im Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Bundes vorgesehen sind. Diese Regelung wird als Besserstellungsverbot bezeichnet.

Das haushaltsgesetzliche Besserstellungsverbot richtet sich an die Bewilligungsbehörden, die zu einer entsprechenden Auflage im Zuwendungsbescheid verpflichtet werden und die Einhaltung dieser Auflage zu überwachen haben. Gewährt ein dem Besserstellungsverbot unterliegender Zuwendungsempfänger (im Folgenden nur: Zuwendungsempfänger) seinen Beschäftigten auf Grund eines Tarifvertrages Arbeitsbedingungen, die günstiger sind als die, die vergleichbare Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Bundes erhalten, ist er dazu zwar rechtlich verpflichtet. Tarifverträge haben Rechtsnormcharakter und gehen dem Zuwendungsrecht vor. Gleichwohl verstößt er damit gegen das Besserstellungsverbot. Daraus folgt, dass eine Förderung von Zuwendungsempfängern, die tarifvertraglich zu einer Besserstellung verpflichtet sind, grundsätzlich nicht zulässig ist.

- „2. Wenn ja, führt die Anwendung von tariflichen Arbeitszeitregelungen, die eine geringere wöchentliche Arbeitszeit vorsehen beim Zuwendungsempfänger zu Mittelkürzungen?“

Ob ein von einem Zuwendungsempfänger anzuwendender Tarifvertrag im Einklang mit dem Besserstellungsverbot steht, hängt nicht davon ab, ob Einzelregelungen sich im Rahmen entsprechender Regelungen des TVöD halten. Entscheidend ist, dass bei einer Gesamtabwägung aller bzw. aller sachlich zusammenhängenden Arbeitsbedingungen für keinen Beschäftigten günstigere Arbeitsbedingungen vereinbart werden als für vergleichbare Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer des Bundes. Wird zum Beispiel eine geringere Arbeitszeit vereinbart, zugleich aber auch eine entsprechend geringere Bezahlung, bestehen dagegen unter dem Gesichtspunkt des Besserstellungsverbots keine Bedenken.

Werden allerdings Bedingungen vereinbart, die in der Gesamtabwägung zu einer Besserstellung der Beschäftigten des Zuwendungsempfängers führen (zum Beispiel geringere Arbeitszeit bei im Übrigen gleichen Arbeitsbedingungen), liegt ein Verstoß gegen das Besserstellungsverbot vor mit der Folge, dass grundsätzlich keine Zuwendungen gewährt werden dürfen.

Bei Vorliegen zwingender Gründe kann das Bundesministerium der Finanzen Ausnahmen vom Besserstellungsverbot zulassen (§ 8 Abs. 2 Satz 3 Haushaltsgesetz 2007). Im Fall einer Projektförderung könnte eine Ausnahme vom Besserstellungsverbot zum Beispiel davon abhängig gemacht werden, dass die Ausgaben des Zuwendungsempfängers nur insoweit als zuwendungsfähig anerkannt werden, als sie bei Anwendung des TVöD entstehen würden. Allerdings wäre von der antragstellenden Bewilligungsbehörde zunächst nachvollziehbar darzulegen, dass überhaupt zwingende Gründe für die Förderung einer Einrichtung sprechen, die an einen derartigen Tarifvertrag gebunden ist oder sich entsprechend binden will.

- „3. Warum wurde der Tarifvorbehalt, den das Haushaltsgesetz 2003 in Bezug auf das Besserstellungsverbot noch kannte, gestrichen?“

Paragraph 8 Abs. 2 Satz 1 Haushaltsgesetz 2003 enthielt folgenden Nachsatz: „...: vorbehaltlich einer abweichenden tarifvertraglichen Regelung dürfen deshalb keine günstigeren Arbeitsbedingungen vereinbart werden, als sie für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Bundes jeweils vorgesehen sind.“ Diese Formulierung ist in den Haushaltsgesetzen der Folgejahre nicht mehr verwendet worden.

Grund für die Streichung war das Anliegen des Bundesministeriums der Finanzen, Missverständnisse bei der Anwendung der Regelung zu verhindern. Ursprüngliches Regelungsziel war allein der Hinweis, dass das Besserstellungsverbot bei abweichenden Tarifverträgen für bestimmte Berufsgruppen, zum Beispiel für Bergarbeiter, nicht berührt sein sollte. Dieses Ergebnis folgt allerdings schon daraus, dass es für derartige Berufsgruppen keine **vergleichbaren** Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Bundes geben dürfte. Nicht beabsichtigt war es, einzelnen Zuwendungsempfängern die Möglichkeit zu eröffnen, durch den Abschluss von „Haustarifverträgen“ das Besserstellungsverbot zu umgehen. Dies ist durch die Streichung nunmehr klargestellt.

„4. Wie bewertet die Bundesregierung das Besserstellungsverbot in Bezug auf Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz?“

Artikel 9 Abs. 3 des Grundgesetzes gewährleistet das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden. Dies beinhaltet auch die so genannte Tarifautonomie, also das Recht zum Abschluss von Tarifverträgen. Dieses Recht wird durch das Besserstellungsverbot nicht berührt. Den geschützten Vereinigungen steht es frei, darüber zu entscheiden, wie sie ihre Angelegenheiten ordnen. Es ist ihnen auch unbenommen, zur Erfüllung ihrer Aufgaben Zuwendungen nach §§ 23, 44 der Bundeshaushaltsordnung zu beantragen und entgegenzunehmen. Entscheiden sie sich für eine Zuwendungsfinanzierung, haben sie die hierfür geltenden Regelungen einzuhalten.

Mit freundlichen Grüßen

