

# Kommentare

Thomas Dieterich

## Tarifautonomie: Altes Modell – neue Realität

### *I. Probleme und Konflikte*

Die Tarifautonomie war jahrzehntelang ein befriedetes Rechtsgebiet. Nach den bitteren Konflikten von Kapital und Arbeit im 19. Jahrhundert und abgeschwächt auch noch in der Zeit der Weimarer Republik schienen nach 1945 alte klassenkämpferische Rituale erledigt zu sein. Dass die Arbeitsbedingungen der abhängig Beschäftigten grundsätzlich und weitgehend durch Tarifverträge geregelt werden, dass der Staat nur eine gesetzliche Rahmenordnung zur Verfügung stellen muss, das entsprach allgemeiner Auffassung und erwies sich außerdem für alle Beteiligten als Erfolgsgeschichte. Die westdeutsche Wirtschaft erlebte erst einen märchenhaften Aufstieg und überstand danach verschiedene regionale und branchenspezifische Strukturveränderungen ohne allzu störende soziale Unruhen. Die Zahl der streikbedingten Ausfallstage wurde in Europa nur durch die Schweiz unterboten. Dabei störte wenig, dass das Tarifrecht ganz dürftig und das Arbeitskampfrecht überhaupt nicht gesetzlich geregelt ist. Zwar führte das zu vielen rechtlichen Zweifelsfragen, aber diese konnten durch das Bundesarbeitsgericht mit gesetzvertretendem Richterrecht ausreichend geklärt werden; die beteiligten Koalitionen waren allerdings selbst daran interessiert, Konflikte nicht eskalieren zu lassen.

Dieses harmonische Bild hat sich im Laufe der letzten 10 bis 15 Jahre gründlich verdüstert. Das ist inzwischen auch für oberflächliche Zeitungsleser unübersehbar geworden, jedenfalls wenn sie sich für den Wirtschaftsteil interessieren. Dort gehört die Klage über Störungen und Erstarrungen im Verhältnis der Koalitionen inzwischen zum regelmäßig wiederkehrenden Refrain. Dabei gilt als *Zunftmerkmal* des gestandenen Wirtschaftsredakteurs, den Gewerkschaften Rückständigkeit zu bescheinigen und ihre Tarifpolitik zu beklagen. Oft wird darüber hinaus das ganze Tarifsystem als marktwidriges Kartell abgelehnt. Alle Bemühung um Kompromisse gelten plötzlich als marktschädliche »Konsenssauce«. Die politischen Parteien sind hier zwar mit Ausnahme der FDP deutlich vorsichtiger, aber der »rheinische Kapitalismus« der alten Bundesrepublik gilt auch hier für viele als unzeitgemäß oder als unpraktikabel angesichts des globalen Wettbewerbs.

Für den Kenner der Materie, der die Erfolge des Tarifsystems kennt und zu schätzen weiß, klingt das zwar alles viel zu plakativ und undifferenziert, aber Krisensymptome sind auch für ihn unübersehbar. Das gilt zunächst für die kollektiven Verbandsstrukturen, in der Konsequenz aber auch für die tarifpolitischen Ergebnisse. Das zentrale Problem besteht hier in einem kontinuierlichen Mitgliederschwund sowohl bei den Gewerkschaften als auch in den Arbeitgeberverbänden. Dem entsprechend nimmt der Anteil tarifgebundener Arbeitsverhältnisse ständig ab. Während noch 1996 in Westdeutschland 69 % und in Ostdeutschland 56 % der Beschäftigten durch Verbandsmitgliedschaft an einen Flächentarifvertrag gebunden waren, hat diese Quote inzwischen schon um ca. 15 % abgenommen. Obwohl die Tarifverträge noch immer über die gesetzliche

Tarifbindung hinaus erhebliche Signal- und Sogwirkung für die betriebliche Vertragspraxis entfalten, sind inzwischen großräumig tariffreie Zonen entstanden, vor allem in den östlichen Bundesländern.

Die Koalitionen reagieren auf diese Entwicklung mit ganz unterschiedlichen Rezepten. Während die Arbeitgeberverbände gleichsam vorausseilend eine Mitgliedschaft ohne Tarifbindung einführen, um wenigstens Serviceleistungen anbieten zu können und den Kontakt zur Basis nicht ganz zu verlieren, versuchen die Gewerkschaften ihre Organisations- und Kampfkraft durch Fusionen zu sichern. Eine Reihe kleinerer Gewerkschaften haben sich zu einer neuen Großgewerkschaft (ver.di) verbunden, und die schon vorhandenen Großgewerkschaften IG Metall, IG Chemie und IG Bau haben kleinere Gewerkschaften aufgenommen. Dadurch verstärkte sich aber ein anderes Problem, das eigentlich zu dem Mitgliederschwund beigetragen hatte. Es wird immer schwieriger, die sehr unterschiedlichen Bedürfnisse und stark divergierenden Interessen der Mitglieder in einheitlichen Tarifwerken angemessen und zu allseitiger Zufriedenheit zu regeln. Einige Arbeitnehmergruppen, die sich selbst als Leistungseliten verstehen, kamen zu der Überzeugung, mit eigenen Organisationen und selbständigen Tarifverträgen besser zu fahren. Piloten, Fluglotsen und Klinikärzte schafften das auch. Die Lokomotivführer kämpfen noch darum und treten ebenfalls in einen Überbietungswettbewerb mit den alten DGB-Gewerkschaften. Prompt wittern die Christlichen Gewerkschaften eine Chance, aus ihrem langjährigen Schattendasein herauszufinden. Indem sie den Arbeitgebern einen Unterbietungswettbewerb anbieten und Dumpinglöhne akzeptieren, werden sie trotz ihrer bescheidenen Mitgliedbasis als Vertragspartner höchst willkommen. Nun können also in ein und demselben Betrieb ganz unterschiedliche Sozialstandards tarifvertraglich vereinbart werden und nebeneinander zu beachten sein. Was soll dann noch als ortüblicher Tariflohn gelten?

Eine noch einschneidendere Belastung für das System und dessen Steuerungskraft ist die zunehmende Tendenz zu unternehmensbezogener Tarifpolitik. Danach gilt als erstrebenswert, die Form klassischer Flächentarifverträge zu vermeiden. Diese werden entweder durch unternehmensspezifische Regelungsformen ersetzt oder wenigstens für betriebliche Ausnahmen geöffnet. Fast die Hälfte der registrierten Tarifverträge sind inzwischen Haustarifverträge. Und auch Branchentarifverträge lassen heute fast regelmäßig betriebliche Besonderheiten oder Durchbrechungen unter bestimmten Voraussetzungen zu. Der traditionelle Flächentarifvertrag ist zur Ausnahme geworden. Die Gewerkschaften hatten sich dieser Entwicklung ursprünglich mit aller Energie entgegengestellt, weil betriebliche Sonderregelungen tarifpolitische Konzepte stören oder sogar verhindern konnten. Nach und nach haben sie dann aber die Möglichkeiten betriebsnaher Tarifpolitik erkannt und die damit verbundenen speziellen Steuerungsmöglichkeiten so weit als möglich aktiv genutzt. Schließlich haben sie den Spieß sogar gelegentlich umgedreht und bei Betriebsänderungen oder –verlagerungen unter dem heftigen Protest der Arbeitgeberseite tarifvertragliche Sozialpläne durch Streik erzwungen.<sup>1</sup>

Alle diese Veränderungen führen zu bisher unbekannter Unübersichtlichkeit der Tariflandschaft. Daraus folgen einschneidende Probleme für alle Beteiligten. Von den Tarifvertragsparteien werden flexiblere und differenziertere Regelungsmodelle erwartet. Die Arbeitgeber müssen sich auf unterschiedliche Verhandlungsebenen und konkurrierende Verhandlungspartner einstellen, die ihre Ziele unter Umständen auch mit Streiks erkämpfen. Und für die Arbeitnehmer wird die ta-

<sup>1</sup> Vgl. BAG (24.4.2007) NZA 2007, 987.

rifvertragliche Schutzdecke zunehmend kürzer und dünner. Am härtesten betroffen sind diejenigen Arbeitnehmergruppen, die schon früher am untersten Rand der Lohnskala eingruppiert worden waren. Starke Gewerkschaften konnten immerhin dafür sorgen, dass auch für diese Gruppe zumutbare Verdienstmöglichkeiten bestehen bleiben; allerdings mussten das die Leistungsträger gelegentlich mit einem Solidaritätsoffer im Rahmen der verhandelbaren Verteilungsmasse bezahlen. Das scheint jetzt nicht mehr problemlos erreichbar zu sein. Es gibt bereits Tarifverträge mit Stundenlöhnen, bei denen sich ernsthaft die Frage der Sittenwidrigkeit stellt.<sup>2</sup> Tarifliche »Hungerlöhne«, das ist neu. Noch schlechter steht es um das Lohnniveau in den tariffreien Zonen. Das ist eine Herausforderung für den Rechts- und Sozialstaat, also für Gesetzgebung und Rechtsprechung.

## II. Die rechtliche Rahmenordnung

Spätestens an dieser Stelle stößt man auf zentrale Grundsatzfragen unserer Rechtsordnung. Ist das geltende Recht überhaupt in der Lage, die neuen Probleme befriedigend zu erfassen, oder bedarf es dazu wesentlicher Änderungen und Ergänzungen? Soweit eine neue Justierung des kollektiven Regelungssystems unvermeidlich sein sollte: Kann die Rechtsprechung das allein bewältigen oder muss auch der Gesetzgeber tätig werden? Dabei stellt sich sowohl für die Rechtsprechung als auch für den Gesetzgeber die weitere Frage nach den verfassungsrechtlichen Grenzen. Inwieweit muss sich der Staat aus dem freien Spiel der Kräfte und auch aus kollektiven Konflikten heraushalten?

### 1. Rechtsgrundlagen

Die aktuelle Rechtslage wird der unbefangene Rechtsgenosse natürlich zunächst im Tarifvertragsgesetz suchen. Das hat ja die Aufgabe, die Tarifautonomie für die Praxis handhabbar zu machen. Aber verwundert und frustriert wird er dort nichts finden, was ihm bei den beschriebenen Problemen weiterhilft. Das Gesetz regelt kaum mehr als den allgemeinen Grundsatz, dass Gewerkschaften mit Arbeitgeberverbänden und einzelnen Arbeitgebern die verschiedensten denkbaren Vertragsmaterien als Mindestbedingungen zwingend regeln können. Die Erklärung für diese karge Gesetzgebungstechnik ergibt sich aus der Geschichte. Das Konzept, die Interessengegensätze und Konflikte des Arbeitslebens durch kollektivvertragliche Kompromisse zu befrieden, ist ja keine Erfindung des Gesetzgebers. Es ist von den sozialen Kontrahenten in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts nach bitteren Arbeitskämpfen schrittweise entwickelt worden, und zwar in allen westlichen Industriestaaten. Diese haben das Modell zunächst nur widerwillig respektiert, aber später als effektives und staatsentlastendes Verfahren in ihre Rechtsordnungen übernommen. In der Zeit des Nationalsozialismus wurde es natürlich abgeschafft, zusammen mit den Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden. Aber schon vor Entstehen der Bundesrepublik wurde es im vereinigten Wirtschaftsgebiet durch das Tarifvertragsgesetz wieder eingeführt. Es ging dabei zunächst vor allem um das Prinzip, die Details setzte man einfach voraus.<sup>3</sup> Mit umso größerer Erwartung greift man danach zum Grundgesetz, das ja den normativen Bauplan der neuen Bundesrepublik darstellt. Die Tarifautonomie

<sup>2</sup> Vgl. BAG (24.3.2004) AP Nr. 59 zu § 138 BGB; Otto, in: FS-Konzen, 2006, S. 663 (675 ff.).

<sup>3</sup> Einzelne Neuschöpfungen wie z.B. die AVE und die Gemeinsamen Einrichtungen können hier vernachlässigt werden.

wird darin nach völlig einhelliger Auffassung durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet. Aber auch die Väter und Mütter des Grundgesetzes glaubten, die Rechtsfigur der Tarifautonomie als gefestigt und bekannt voraussetzen zu können. Das Tarifvertragsgesetz war ja schon in Kraft. So begnügten sie sich also damit, die Freiheit zu gewährleisten, Koalitionen zu bilden bzw. sich ihnen anzuschließen. Dass damit notwendigerweise das gesamte Konzept, dem die individuelle Koalitionsfreiheit dient, ebenfalls als geschützt gelten muss, erschien ihnen offenbar als so selbstverständlich, dass es gar nicht besonders erwähnt werden musste. So sucht man Hinweise zu den Grundlagen und Funktionsbedingungen der Tarifautonomie vergeblich.

Das so lückenhafte Normengerüst war und ist eine enorme Herausforderung für die Rechtsprechung. Der Interessengegensatz von Kapital und Arbeit besteht ja unvermindert, und naturgemäß sehen Gewerkschaften und Arbeitgeber ihre Rolle und Rechte durchaus unterschiedlich. So ergeben sich zwischen ihnen zwangsläufig Konflikte, und zahllose Rechtsfragen sind die unvermeidliche Folge. Sie zu beantworten ist in erster Linie Sache der Arbeitsgerichte. Da diese aber ständig die verfassungsrechtliche Garantie der Tarifautonomie zu beachten und dabei zwangsläufig ergänzend auszulegen haben, ist auch das Bundesverfassungsgericht immer beteiligt (mittelbar oder unmittelbar), wenn gegen Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts Verfassungsbeschwerde eingelegt wird. So ist im Laufe der Zeit und im Zusammenwirken der beiden Gerichte eine recht feinmaschige Kasuistik entstanden, die eine Fülle von Detailproblemen betrifft.

Das klingt nun harmloser als es ist. Wie verwandelt man das schiere Schweigen des Gesetzgebers in Rechtsprechung? Bundesarbeitsgericht und Bundesverfassungsgericht haben sich hier der gleichen ungewöhnlichen Methode bedient. Da sowohl das Tarifvertragsgesetz wie auch Art. 9 Abs. 3 GG an eine historische Entwicklung anknüpfen und dabei stillschweigend auf die entsprechende Praxis verweisen, wird dieser Erfahrungsschatz rechtlich analysiert und auf seine Grundprinzipien zurückgeführt. Als rechtliche Rahmenordnung haben danach die Funktionsbedingungen kollektiver Privatautonomie zu gelten. Auf dieser Grundlage musste das Bundesarbeitsgericht vor allem ein Arbeitskämpfrecht entwickeln.<sup>4</sup> Darüber hinaus waren Richtlinien für die kollektiven Organisationsstrukturen zu erarbeiten. Z.B. kann sich nach dieser Rechtsprechung nicht jede beliebige Arbeitnehmervereinigung schon als Gewerkschaft bezeichnen und Tarifverträge schließen; vielmehr ist dafür ein Mindestmaß an Organisationsstabilität und Durchsetzungskraft erforderlich.

Am schwierigsten war von jeher die Frage nach den Grenzen der Tarifautonomie: Welche Themen gehören zum »Hausgut« der Koalitionen, und wo haben diese auf der anderen Seite kein Mandat? Bei solchen Fragen stößt die erfahrungsgestützte und modellhafte Methode der Rechtsprechung an ihre Leistungsgrenzen. Hier geht es nämlich nicht um die Funktionsbedingungen, sondern um die Legitimationsgrundlage der Tarifautonomie sowie um deren Verhältnis zu abweichenden Grundrechtspositionen. Ich komme darauf zurück.

## 2. *Dynamik des Systems*

Die Stärke der richterrechtlichen Methode besteht in ihrer Praxisbezogenheit. Sie orientiert sich vor allem an Verhaltensmustern und Ergebnisprognosen und legt diese in der Begründung auch offen. Das macht den Betroffenen eine rationale

<sup>4</sup> Auf den Gesetzgeber konnte und musste es nicht warten (BVerfGE 84, 212 <262 f.>).

Kontrolle möglich, zwingt allerdings das Gericht im Falle der Falsifizierung zu einer systemkonformen Korrektur. Beides trägt zur Transparenz und Akzeptanz der Rechtsprechung bei und ist daher durchaus erwünscht.<sup>5</sup> Diese Praxisnähe wird aber zum Problem, wenn sich die Verhältnisse des Arbeitslebens und insbesondere der kollektiven Beziehungen grundlegend ändern und die praktischen Konsequenzen unklar sind. In einer solchen Lage befinden wir uns zur Zeit.

Der globale Wettbewerb hat die Situation der meisten Unternehmen wesentlich verändert. Das zwingt beide Seiten dazu, ihre tarifpolitischen Konzepte radikal zu überdenken. Für die Unternehmen verliert der traditionelle Flächentarifvertrag mit seiner Kartellfunktion erheblich an Attraktivität. Der globale Wettbewerb hält sich ja nicht an regionale Grenzen und Branchenmerkmale. Das hat zur Folge, dass die Kostenbelastungen eines Flächentarifvertrages sich als Wettbewerbsnachteil auswirken können. Große Unterschiede der Marktsituation sperren sich vielfach gegen einheitliche Regelungen aller Verbandsmitglieder. Außerdem erzwingen schnelle Wechsel der Rahmenbedingungen kurzfristige Reaktionen der Unternehmen. Die Folge ist daher ein wachsendes Bedürfnis nach Dezentralisierung und Flexibilität auf Seiten der Arbeitgeber.

Auch für die Gewerkschaften sind die Voraussetzungen effektiver Koalitions- und Tarifpolitik wegen der veränderten Großwetterlage schwieriger geworden. Die neuen Unternehmensstrategien der Ausgliederung und der Verlagerung ganzer Betriebe oder Unternehmen haben Schutzbedürfnisse für die Belegschaften entstehen lassen, denen mit einer rein statischen Betrachtungsweise nicht beizukommen ist. Es genügt nicht mehr, lediglich soziale Standards festzuschreiben und die unternehmerischen Planungen dabei zu vernachlässigen. Schon auf der Planungsebene entstehen die kollektiven Konflikte. Darüber hinaus haben sich auch die Erwartungen und Wertvorstellungen der Mitgliedschaft stark verändert. Eine verbindende und verbindliche Gewerkschaftsideologie gibt es kaum noch. Das Ideal einer übergreifenden Arbeitnehmersolidarität wird durch gruppenegoistisches Konkurrenzverhalten mehr und mehr verdrängt. Das Prinzip der Tarifeinheit, das die DGB-Gewerkschaften in ihren Satzungen verankert haben, gilt nicht mehr ausnahmslos. Auch die Gewerkschaften stehen jetzt unter Konkurrenzdruck. Sie sind also gezwungen, stärker zu differenzieren und gezielter zu reagieren. Oft müssen sie schon als Erfolg verbuchen, dass sie lediglich drastische Verschlechterungen verhindern konnten. Offensive Mitgliederwerbung wird dadurch äußerst erschwert.

Kurz und gut: Die Tarifautonomie kann unter den Bedingungen des globalen Wettbewerbs nicht nach den gleichen Regeln funktionieren wie in der guten alten Zeit des »rheinischen Kapitalismus«. Und alle die Komplikationen und Probleme, die ich am Beginn beschrieben habe, erweisen sich als Anpassungsprozesse an die veränderte Lage. Auf das Bedürfnis nach Flexibilität und Differenziertheit reagiert das privatautonome Tarifsysteem mit Firmentarifverträgen und tariflichen Öffnungsklauseln. Die schwächelnde Bindungskraft der Koalitionen ist die natürliche Ursache für OT-Mitgliedschaften und Spezialgewerkschaften. Und auch die neuen Sozialplantarifverträge erklären sich zwanglos als Reaktion auf neue Unternehmensstrategien.

Das System reagiert also erstaunlich dynamisch. Man kann das durchaus positiv werten. Dennoch erschallen laute Rufe nach dem Gesetzgeber, und zwar sowohl aus dem Arbeitgeberlager wie auch von der Seite der Gewerkschaften. Hier stellt sich aber wieder die verfassungsrechtliche Frage. Da die Tarifautonomie staats-

<sup>5</sup> Dieterich, in: FS Herschel, 1982, S. 37 (43 ff.).

fern konzipiert und grundrechtlich gewährleistet ist, kann der Staat nicht nach Gutdünken intervenieren. Vielmehr müssen Rechtsprechung und Gesetzgeber die Verfassungsgarantie der Koalitionsfreiheit respektieren.

### 3. *Ausgestaltung und Einschränkung*

Wenn der Gesetzgeber die Voraussetzungen oder Abläufe des kollektiven Vertragsmechanismus korrigieren will, bieten sich ihm zwei Möglichkeiten, die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts an unterschiedlich strenge Voraussetzungen gebunden sind: Ausgestaltung und Einschränkung. Von Ausgestaltung kann nur dann gesprochen werden, wenn der Zweck der Regelung allein dazu dient, die Tarifautonomie funktionsfähig zu machen und in die verfassungsrechtliche Ordnung einzubetten.<sup>6</sup> Diese Aufgabe hat der Gesetzgeber bisher fast vollständig der Rechtsprechung überlassen, wie ich schon dargelegt habe. Das gesamte richterrechtliche Koalitions- und Arbeitskämpfrecht bedeutet nichts anderes als Ausgestaltung der Tarifautonomie. Zur Ausgestaltung gehört auch die Aufgabe, das Regelwerk der Tarifautonomie veränderten Verhältnissen anzupassen.<sup>7</sup> Auch das ist bisher in erster Linie Sache des Bundesarbeitsgerichts, vor allem dann, wenn nur eine Änderung seiner eigenen Rechtsprechung erforderlich ist. Aber insoweit kann natürlich immer auch der Gesetzgeber korrigierend eingreifen.

Soll hingegen der Handlungsspielraum der Tarifvertragsparteien eingeschränkt werden, z.B. weil die Verhandlungsergebnisse für inakzeptabel gehalten werden, so ist der Begründungsaufwand sehr viel größer. Grundsätzlich geht die Verfassung davon aus, dass die Koalitionen auf Grund ihrer Sachnähe und der wechselseitigen Kontrolle die Probleme und Konflikte des Arbeitslebens am besten beurteilen können und deshalb autonom regeln sollten. Aber der Sozialstaat behält dennoch seine subsidiäre Letztverantwortung. Er kann daher eingreifen, wenn ihm dies zum Schutze von Gemeinwohlbelangen mit Verfassungsrang erforderlich erscheint und wenn er dabei den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet. Unter Umständen ist ein solches Eingreifen sogar grundrechtlich geboten. Das ist dann anzunehmen, wenn die Tarifvertragsparteien ihren Mitgliedern nicht einmal den Mindestschutz bieten können, der im Sozialstaat als unverzichtbar gilt. Auch die Berufsfreiheit ist nämlich grundrechtlich gewährleistet und darf deshalb nicht zum Spielball sozialer Mächte werden. Wenn diese Gefahr droht, trifft den Staat eine Schutzpflicht.<sup>8</sup>

## III. *Reformdiskussion*

Lassen Sie uns nun auf dieser Grundlage einige aktuelle Reformvorschläge etwas unter die Lupe nehmen.

### 1. *Bündnisse für Arbeit*

Die ältesten und brisantesten Vorschläge gehen weit hinaus über die vielen Möglichkeiten betriebsnaher Tarifpolitik, die das geltende Recht bietet und von der Praxis genutzt werden. Sie wollen erreichen, dass die Unternehmen auch ohne Mitwirkung der zuständigen Koalitionen von den für sie maßgebenden Tarifverträgen abweichen dürfen, wenn sie deren Vorgaben wegen der Kostenbelastun-

6 Eingehend *Maschmann*, Tarifautonomie im Zugriff des Gesetzgebers, 2007, S. 18 ff.

7 BVerfGE 50, 290 (369).

8 Nachweise in ErfK/*Dieterich*, GG Einl. Rn. 33 ff.

gen für unerträglich halten. Im wissenschaftlichen Schrifttum wurde sogar die Auffassung vertreten, dazu bedürfe es gar keines Gesetzes. Das Bundesarbeitsgericht müsse lediglich bei der Anwendung des Günstigkeitsprinzips einen anderen Vergleichsmaßstab zulassen. Die Unternehmen seien ja ohnehin nicht gehindert, ihre Kostenbelastung durch Stellenabbau oder Betriebsstilllegungen zu mindern, und das sei doch für die betroffenen Arbeitnehmer viel ungünstiger als eine Lohnkürzung oder Arbeitszeitverlängerung. Wenn also ein Verzicht auf tarifliche Rechte den bedrohten Arbeitsplatz retten könne, müsse das möglich sein; die Zustimmung der Tarifvertragsparteien dürfe keine Rolle spielen.<sup>9</sup>

Das klingt in der Tat handfest und praxisnah bis zur Grenze des Zynismus. Die tarifrechtliche Gesetzeslage wird aber grundlegend verkannt. Das Prinzip der zwingenden Wirkung des Tarifvertrages und die Maßstäbe eines Günstigkeitsvergleichs werden verwechselt. Das Günstigkeitsprinzip erhält dadurch eine systemwidrige, ja sogar systemsprengende Bedeutung. Der Sinn dieses Prinzips besteht allein darin, den einzelnen Arbeitnehmer von kollektiven Zwängen frei zu stellen, soweit er auf kollektivrechtlichen Schutz nicht angewiesen ist. Wer bessere Arbeitsbedingungen für sich aushandeln kann als seine Gewerkschaft für den Normalarbeitnehmer, darf nicht zurückgepfiffen werden – etwa um der Solidarität willen oder um tarifpolitische Konzepte nicht zu stören. Die zwingende Wirkung des Tarifvertrages als Auffangnetz wird dadurch aber nicht infrage gestellt. Sie ist sogar die konzeptionelle Voraussetzung des Günstigkeitsprinzips. Bei Verhandlungen über Arbeitsverträge sollen die tariflichen Standards stets die Basis bilden. Das gilt natürlich nicht nur für die Einstellung, sondern ebenso für jede spätere Vertragsänderung. Wenn diese Basis durch vertragliche Einheitsregelungen beiseite geschoben werden könnte (und sei es auch nur mit dem Segen des Betriebsrates), würde aus dem Günstigkeitsprinzip ein Ablösungsprinzip. Das ist nach geltendem Recht nicht möglich.<sup>10</sup>

Diese Erkenntnis hat zum Ruf nach dem Gesetzgeber geführt. Der Vorrang der Tarifverträge vor betrieblichen Regelungen soll generell beseitigt werden. Es geht darum, die zwingende Wirkung der Tarifverträge prinzipiell und ausdrücklich einzuschränken. Darauf zielten Gesetzesinitiativen von CDU und FDP während der letzten Legislaturperiode.<sup>11</sup>

Aber auch dieser Weg kann nach meiner Überzeugung nicht zum gewünschten Ziel führen. Er muss an Vorgaben der Verfassung scheitern. Die vorgeschlagene Regelung verstieße gegen Art. 9 Abs. 3 GG. Ein funktionsfähiges Tarifsystem setzt nämlich voraus, dass seine Regelungen unmittelbar und zwingend wirken. Nur so kann es seine Schutzfunktion entfalten. Das hat das Bundesverfassungsgericht schon früh erkannt.<sup>12</sup> Die zwingende Wirkung steht aber zur Disposition, wenn ohne Mitwirkung der Tarifvertragsparteien von Fall zu Fall entschieden werden könnte, ob die Einhaltung der Tarifstandards aus der partikulären Interessenlage eines einzelnen Unternehmens akzeptabel ist oder nicht doch besser vermieden werden sollte. Tarifverträge würden zum schwächsten Gestaltungsmittel.<sup>13</sup> Die Tarifvertragsparteien hätten praktisch nur noch die Aufgabe, Richtlinien zu entwickeln. Auf deren Beachtung könnte sich niemand mehr verlassen.

<sup>9</sup> Adomeit NJW 1984, 26; Buchner NZA, 1999, 897 (907); Hromadka DB 2003, 42 (43).

<sup>10</sup> Dieterich/Hanau/Henssler/Oetker/Wank/Wiedemann RdA 2004, 65 (69 f.).

<sup>11</sup> BT-Drucks. 14/6548 und 15/1182.

<sup>12</sup> BVerfG 24.5.1977 E 44, 322 (340 f.) = AP Nr. 15 zu § 5 TVG unter BIII 1b)aa. Ebenso die herrschende Lehre, vgl. *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht Bd. I §/II 1 b; *Sachs/Höfling*, GG Art. 9 Rn. 90; ErfK/Dieterich, GG Art. 9 Rn. 59 mwN.

<sup>13</sup> Hanau RdA 1993, 1 (6).

Tarifpolitisch und organisationspolitisch hätte eine solche Abwertung der Tarifautonomie zerstörerische Vorwirkungen – zunächst für die Tarifverhandlungen, letztlich aber für die Koalitionsfreiheit insgesamt. Der ganze Aufwand tarifpolitischer Konzeptionen und Verhandlungen hätte kaum noch Sinn. Auch alle schon entwickelten Flexibilisierungsmodelle liefen dann leer und verlören ihre differenzierende Steuerungsfunktion. Die Arbeitgeberverbände könnten immerhin auf OT-Mitgliedschaften verzichten. Den Gewerkschaften hingegen würde die Möglichkeit genommen, auf die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen maßgebenden Einfluss zu nehmen, und sei es auch nur im Zusammenwirken mit den Betriebspartnern. Auf der Betriebsebene müssten sie zudem mit einer gestärkten, aber beitragsfreien Zwangsrepräsentation – dem Betriebsrat – konkurrieren. All das hätte mit der Koalitionsfreiheit, die Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisten will, kaum noch Ähnlichkeit.

Im Augenblick hat der Reformvorschlag aus rein politischen Gründen keine Chance, weil dafür im derzeitigen Bundestag schlicht die Mehrheit fehlt. Aber im politischen Diskurs dient er nach wie vor zur politischen Standortbestimmung und als Drohpotenzial. Er bleibt als Streitobjekt auf der Agenda.

## 2. *Mindestlohn*

Dieses Schicksal könnte auch dem dringlichsten Reformanliegen der SPD drohen, nämlich der gesetzlichen Absicherung eines Mindestlohnes. Eigentlich erwartet die Verfassung von den Tarifvertragsparteien, dass sie dieses Problem lösen und Armutslöhne generell ausschließen können. Sie sollen ja die strukturelle Verhandlungsschwäche der Arbeitnehmer beim Aushandeln der Löhne mit ihren kollektivautonomen Instrumenten ausgleichen. Aber das ist nicht mehr überall gewährleistet. Zum einen sind geräumige kollektivfreie Zonen entstanden, zum anderen ist die Kampfkraft und Durchsetzungsstärke der Gewerkschaft in manchen Gebieten und Branchen erstaunlich gering. Nur so lässt sich erklären, dass tarifvertragliche Armutslöhne zwischen 5 und 6 € vereinbart wurden, z.B. für Floristen und Friseure sowie für die Zeitarbeit. Dort, wo überhaupt keine Tarifverträge gelten, ist die Vertragspraxis noch viel düsterer. Das kann und darf ein Sozialstaat nicht einfach ignorieren.

Die heftige Diskussion, die sich an diesem Problem entzündet hat, ist daher sehr verständlich. Zwei Konzepte werden diskutiert. Sie unterscheiden sich nach ihren Wert- und Zielvorstellungen grundlegend; deshalb lassen sich auch ihre Voraussetzungen und Wirkungen nur schwer vergleichen. Das eine Konzept erstrebt einen generellen gesetzlichen Mindeststundensatz, der für alle Branchen im gesamten Bundesgebiet zu beachten ist. Das andere Konzept wünscht »tarifgestützte Mindestlöhne«, bei denen der Staat an die Verhandlungsergebnisse der Tarifvertragsparteien anknüpft und lediglich deren Verbreitung und Durchschlagskraft in die tariffreien Zonen erstreckt.

a) Die gesetzliche Festsetzung eines generellen Mindeststundenlohnes ist offensichtlich die radikalere Lösung. Ihr Leitbild ist nicht die ausgleichende Vertragsgerechtigkeit. Für die Umstände und Bedingungen einzelner Arbeitsleistungen und für deren Wert auf dem Arbeitsmarkt interessiert sie sich gar nicht. Ihre erkenntnisleitende Sorge ist der gesellschaftliche Zusammenhalt, ihr Wertmaßstab ist die Menschenwürde, oder genauer: die Würde der Arbeit. Vollzeitarbeit soll im Prinzip zu einem Lebensstandard führen, der die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben wenigstens auf dem untersten Niveau ermöglichen kann. Arbeitsmarktpolitisch ausgedrückt: Arbeitgeber sollen keine Arbeitsplätze anbieten, die für sie weniger Wert sind als der gesetzliche Mindeststundenlohn,

es sei denn, es ginge um Arbeitsplätze für Personen einer Risikogruppe, für die staatliche Ausgleichszahlungen zur Verfügung stehen. Oder wirtschaftspolitisch gewendet: Unternehmen, die nur auf der Basis von Hungerlöhnen konkurrenzfähig sind, sollen ausscheiden.

Die Steuerungsfunktion dieses Konzepts zeigt eines ganz klar: Seine Wirkung hängt ausschließlich von der Höhe des festgesetzten Stundensatzes und den verfügbaren Ausgleichszahlungen ab. Sind die Kosten für die Unternehmen zu hoch, fallen die entsprechenden Arbeitsplätze weg, ist das erzielbare Einkommen zu gering, wird das Elend der betroffenen Arbeitnehmer nur fortgeschrieben. Dieses offensichtliche Quantifizierungsproblem scheinen aber unsere europäischen Nachbarn für durchaus lösbar zu halten. Überall sind gesetzliche Mindeststundenlöhne vorgesehen, allerdings mit riesigen Bandbreiten (z.B. Polen 1,43 €; Luxemburg 9,08 €). Der DGB hält 7,50 € für angemessen, das ist immerhin erheblich weniger als Frankreich und Großbritannien vorschreiben (8,44 und 8,20 €). Dort sieht man keine negativen Arbeitsmarktprobleme.

Das Konzept der tarifgestützten Mindestlöhne orientiert sich an einem anderen Wertmaßstab. Es will keine gesellschaftspolitischen Demarkationslinien ziehen, sondern für faire Vertragsbedingungen sorgen, also für Vertragsgerechtigkeit. Diese Aufgabe entspricht nun aber haargenau der Funktion und auch dem Selbstverständnis der Koalitionen. Die Lösung kann hier nicht völlig von der Art der Tätigkeit und den branchenbezogenen Wettbewerbsbedingungen absehen. Es liegt also auf der Hand, dass unterschiedliche Mindestlöhne festgesetzt werden müssen und dass der kollektive Vertragsmechanismus dafür ein sachgerechtes Verfahren anbietet. Legislatorische Instrumente für ein tarifgestütztes Modell gibt es bereits. In Betracht kommen entweder die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG oder eine Rechtsverordnung nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz. Beide Regelungen müssten allerdings erweitert werden, weil sie bisher nur für eng begrenzte Aufgaben vorgesehen sind. Aber ihr zweistufiges Verfahren wäre zu übernehmen. In einem ersten Schritt müssten die für ein Fachgebiet zuständigen Koalitionen aushandeln, welchen Mindestlohn sie hier für angemessen halten und für ihre Mitgliedschaft zwingend vorschreiben wollen. Diese Regelung könnte dann der Staat in einem zweiten Schritt auf der Grundlage seiner demokratischen Legitimation durch Rechtsverordnung auf die tariflichen Außenseiter erstrecken.

Das ist also die Theorie. Aber wenn man genauer hinsieht, zeigen sich bei beiden Konzepten einige Schönheitsfehler. Außerdem geraten verfassungsrechtliche Probleme in das Blickfeld. Das muss ich kurz erläutern.

b) Bei der Festsetzung eines generellen Mindeststundenlohnes stellt sich zunächst das zentrale Problem der Lohnhöhe: Welcher Stundensatz kann über alle Unterschiede der Branchen und ihrer Wettbewerbssituationen hinweg sowohl angemessen Schutz bieten als auch negative Effekte auf dem Arbeitsmarkt vermeiden? Dabei ist zu bedenken, dass immer nur arbeitsvertragliche Stundensätze erfasst werden; die Einkommensverhältnisse der Selbständigen bleiben dem freien Spiel der Marktkräfte überlassen. Wenn die Friseurin ihre Kunden auf eigene Rechnung zu Hause frisiert, interessiert sich niemand für ihre Dumpingpreise und die damit verbundene Selbstausbeutung. Das alte Problem der »Scheinselbständigkeit« würde damit neu belebt werden. Immerhin würde der Mindeststundensatz eine wirtschafts- und sozialpolitische Signalfunktion übernehmen. Es gehört daher nicht viel Fantasie dazu, sich heillose Debatten im politischen Raum vorzustellen.

Auch die verfassungsrechtliche Problematik konzentriert sich bei diesem Konzept ganz auf die Frage der Stundensätze. Denn niemand wird bestreiten wollen,

dass der Sozialstaat im Prinzip den Zusammenhalt der Gesellschaft wahren muss und Hungerlöhne deshalb Anlass zu Besorgnissen sind. An einem Gemeinwohlbedarf für die gesetzgeberische Intervention würde es also nicht fehlen. Aber wie steht es um die Verhältnismäßigkeit? Je höher der Stundensatz festgesetzt wird, desto weniger Spielraum bleibt der arbeitsvertraglichen und tarifvertraglichen Gestaltung. Aber auch sehr niedrige Stundensätze greifen wegen ihrer Signalwirkung in den kollektiven Vertragsmechanismus ein, nämlich zu Lasten der Gewerkschaften. Schließlich ist auch der Allgemeine Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG tangiert. Dieser verlangt nämlich keineswegs, dass alles möglichst gleich behandelt werden sollte; vielmehr muss Ungleiches entsprechend seiner Unterschiede differenzierend geregelt werden. Wenn sich der Gesetzgeber also am allgemeinen Lohnniveau und dem Lebensstandard in Deutschland orientieren soll, hat er ein Problem. Da gibt es nämlich große Unterschiede.

c) Genau hier liegt der Charme der anderen Konzeption, die sich an bestehenden Tarifverträgen orientieren soll. Differenzen des Lohnniveaus werden ja auf diese Weise von vornherein berücksichtigt. Auch die Tarifautonomie ist natürlich viel weniger betroffen, wenn den zuständigen Koalitionen die maßgebenden Entscheidungen überlassen bleiben, ihre tarifpolitische Souveränität also im Kern nicht angetastet wird. Aber wenn das so einfach wäre und die Koalitionen tatsächlich eine souveräne Rolle spielen könnten, wäre die ganze Reform entbehrlich und der Staat müsste überhaupt nicht intervenieren. Die Schluchten und Wüsten der Tariflandschaft, die zu den gravierenden Schutzlücken geführt haben, genau die sind es auch, die dem Konzept tarifgestützter Mindestlöhne die größten Schwierigkeiten bereiten.

Das zeigt sich schon beim ersten Schritt eines solchen Verfahrens. Zwei ausreichend starke Koalitionen müssen einen solchen Mindestlohn für ihren Zuständigkeitsbereich wollen und den vertrackten Knoten des »Nicht-zu-viel- und nicht-zu-wenig« durchhauen können – und zwar freiwillig. Denn kein Staat kann sie zwingen, und keine Gewerkschaft kann dafür eine streikbereite Truppe zusammentrommeln. Nur: Alles das, was Arbeitgeber zur Flexibilisierung und Dezentralisierung drängt, lässt sie auch vor generellen Mindestlöhnen zurücksucken. Voraussetzung ist also, dass die sozialen Gegenspieler ein übereinstimmendes Interesse daran haben, in ihrem Einflussbereich tarifrechtliche Ordnung zu schaffen, zumindest am unteren Rand ihres Tarifsystems. Das ist typischerweise dann der Fall, wenn eine Konkurrenzgewerkschaft die heile Welt der Tarifeinheit aufgerissen und damit die Lohnkosten unkalkulierbar gemacht hat. Aber dann stellt sich sogleich eine Anschlussfrage: Welche der konkurrierenden Gewerkschaften ist dann für die Mindestlohnfestsetzung zuständig? Oder wenn divergierende Vereinbarungen zustande kommen: Welche von diesen ist für die staatliche Festsetzung maßgebend?

Gesetzgebung oder Rechtsprechung müssen also für solche Konkurrenzsituationen irgendeine Kollisionsregel entwickeln. Das ist zwar keine unlösbare Aufgabe, prallt aber hart auf die Tarifautonomie. Denn jede Auswahl verdrängt eine der beiden konkurrierenden Gewerkschaften. Sie führt zur Wirkungslosigkeit ihres Abschlusses und macht sie in den Augen ihrer Mitgliedschaft zur »lahmen Ente«. Ihre kollektive Koalitionsfreiheit wird auf diese Weise erheblich beeinträchtigt. Für einen so intensiven Grundrechtseingriff können bloße Praktikabilitäts Erwägungen nicht ausreichen.

Das ist, wie Sie wissen, keine spitzfindige Problemerklauberei. Es gibt bereits ganz aktuelle Konflikte in der Praxis. Das Arbeitnehmerentendegesetz, das eine entsprechende Möglichkeit bisher nur für das Baugewerbe und für das Gebäude-

reinigerhandwerk bietet, soll auf weitere Branchen ausgedehnt werden. Zwei Unternehmensbereiche drängen sich dafür geradezu auf: Vorreiter war die Zeitarbeitsbranche. Dort gibt es zwei Arbeitgeberverbände, die als erste gemeinsam mit DGB-Gewerkschaften Mindestarbeitsbedingungen im Sinne von § 1 AEntG vereinbart haben. Das erklärte Ziel dieses Vertrages besteht darin, die Dumpinglöhne zu verhindern, die ein anderer Arbeitgeberverband mit Christlichen Gewerkschaften tariflich geregelt hat. Da liegt das Problem also schon auf dem Tisch: Lässt Art. 9 Abs. 3 GG überhaupt zu, dass gültige Tarifverträge in dieser Form aus dem Verkehr gezogen werden? Dazu ist eine ganze Serie von Gutachten publiziert worden.<sup>14</sup> Auch ich habe zu dieser Frage Stellung genommen und sie bejaht,<sup>15</sup> allerdings nur im Hinblick auf Besonderheiten der Zeitarbeitsbranche und Fehlsteuerungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes.

Die zweite Problembereich ist der Briefdienst, der ja demnächst in den freien Wettbewerb entlassen werden soll. Obwohl die Tarifvertragsparteien hier erst später als die Zeitarbeitsverbände aktiv wurden, haben sie es bereits geschafft, ihre Branche in das Arbeitnehmerentendengesetz zu bringen und ihren Mindestlohntarifvertrag für allgemein verbindlich erklären zu lassen. Das hat spezielle Gründe: Zum einen stand hinter dieser Initiative ein mächtiger und einflussreicher Arbeitgeber: die Deutsche Post, die sich durch Dumpinglohnkonkurrenz bedroht fühlte. Zum anderen sprach hier aber auch ein spezialgesetzliches Argument für das Eingreifen des Staates. Der Wettbewerb ist nämlich bei Postdienstleistungen keineswegs völlig frei. Die Unternehmen bedürfen hier einer besonderen Lizenz, die an Bedingungen gebunden ist. Eine dieser Bedingungen steht in der Sozialklausel des § 6 Abs. 3 Nr. 3 PostG. Die Lizenz ist danach zu versagen oder zu entziehen, wenn Wettbewerber die üblichen Arbeitsbedingungen wesentlich verschlechtern. Diese Vorschrift wurde aber von der Regulierungsbehörde bisher nie angewandt, weil praktikable Maßstäbe für die Prüfung »angemessener« Lohnstandards fehlten. Da erschienen tarifliche Mindestlöhne als notwendige Ergänzung. Sie wurden deshalb auch von der Regulierungsbehörde nachdrücklich begrüßt. Aber sie stoßen naturgemäß auf den erbitterten Widerstand derjenigen Unternehmen, die der Deutschen Post AG mit prekären Beschäftigungsverhältnissen und Armutslöhnen Marktanteile abjagen wollen. Auch sie berufen sich auf Verfassungsgrundsätze, allerdings wenig überzeugend (und für die heftige politische Auseinandersetzung auch bedeutungslos).

### Summary

*Tarifautonomie hat als privatautonome Regelungsform der Arbeitsbedingungen in unserem wie in jedem freiheitlichen Rechtsstaat Vorrang vor staatlichen Regelungen. Die aktuellen Schwierigkeiten in der Praxis der Tarifautonomie beruhen auf einem Anpassungsprozess; der globale Wettbewerb erzwingt neue Organisationsstrukturen und Regelungsformen. Soweit dabei Schutzlücken entstehen, kann und muss der Staat eingreifen. Das gilt für den Gesetzgeber und auch für die Rechtsprechung. Beide haben dann darauf zu achten, dass die Tarifautonomie nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt oder zurückgedrängt wird.*

<sup>14</sup> Bieback/Dieterich/Hanau/Kocher/Schäfer, Tarifgestützte Mindestlöhne, 2007; Thüsing/Lembke ZfA 2007, 87 ff.

<sup>15</sup> Dieterich, in: Buback u.a. (Fn. 14), S. 119 ff.