

Das aktuelle Thema

Thomas Blanke Thesen zur Zukunft des Arbeitsrechts*

A. Einleitung: From contract to status oder die unwahrscheinliche Leistung des Arbeitsrechts

Das Arbeitsrecht muss entsprechend seinem im vergangenen Jahrhundert entfalteten Selbstverständnis eine Reihe ganz unwahrscheinlicher Leistungen erbringen: Es muss die rechtlichen Rahmenbedingungen dafür garantieren, dass die Interessengegensätze von Arbeit und Kapital in rechtlich zivilisierter Form und in einer Weise ausgetragen werden können, dass die »Arbeit« das »Kapital« bekämpfen kann, ohne dass Letzteres den »Ring« verlässt und ersteres nicht vorzeitig zu Boden geht (»Ordnungs- und Befriedungsfunktion«). Als »Marktrecht« operiert es mit den Mitteln des Vertragsrechts, soll aber gleichzeitig den Status des Arbeitnehmers begründen und ihm Statussicherheit vermitteln (»soziale Sicherheitsfunktion«).¹ Es muss diesen auf sozialer Ungleichheit gegründeten und in persönliche Abhängigkeit mündenden Status mit den Insignien rechtlicher Legitimation aus Freiheit und Gleichheit ausstatten (»Legitimationsfunktion«). Und schließlich muss es auch die Statusdifferenzen innerhalb der Gruppe der Arbeitnehmer legitimieren bzw. dort, wo sie nicht (länger) zu rechtfertigen sind, dazu beitragen, dass diese als unzulässige Diskriminierungen aufgehoben werden (»Gerechtigkeitsfunktion«).

Im Verbund mit der Entfaltung des Wohlfahrtsstaats hat das Arbeitsrecht diese unwahrscheinlichen Leistungen im Wesentlichen durch die Entdeckung und Entwicklung zweier institutioneller Arrangements bewerkstelligt: Dem »Normalarbeitsverhältnis« und der Tarifaautonomie (und in Deutschland ihrer »kleinen Stieftochter«, der betrieblichen Mitbestimmung). Das Normalarbeitsverhältnis bezeichnet den Inbegriff der rechtlichen Instrumentarien zur Korrektur einer rein zivilistischen Konstruktion des Arbeitsverhältnisses als schuldrechtliches Vertragsverhältnis. Es konturiert mit seinen vielfältigen arbeits- und sozialrechtlichen Schutzbestimmungen das Konzept eines Arbeitnehmerstatus, dessen perspektivischer Fluchtpunkt – nicht nur im Bereich des öffentlichen Dienstes – ein nur außerordentlich kündbares, tendenziell lebenslanges Beschäftigungsverhältnis bei gleichzeitiger Absicherung vor den mit dem Arbeitnehmerstatus verbundenen Risiken war. Die Tarifaautonomie bildet die Plattform, auf deren Basis der industrielle Konflikt in rechtlich geregelter

* Für Kritik, Anregungen und Hinweise danke ich insbesondere Edgar Rose, Peter Bleses, Bettina Graue, Eva Kocher, Peter Derleder, Rainer Erd, Ulrich Mückenberger und Jürgen Hoffmann. Verbleibende Fehler und Irrtümer gehen allein zu meinen Lasten.

¹ Vgl. Streeck, Status und Vertrag als Grundkategorien einer soziologischen Theorie der industriellen Beziehungen, in: Forschungsschwerpunkt Arbeitsmarkt und Beschäftigung, discussion paper, Februar 1988.

Form ausgetragen und die ökonomischen Austauschrelationen im Arbeitsverhältnis durch zumeist überbetrieblichen, branchenbezogenen Kollektivvertrag verbindlich festgelegt und mit zeitlicher Bestandskraft versehen werden.

Die Entwicklungen im Arbeitsrecht deuten bereits seit geraumer Zeit darauf hin, dass beide Basiskonzepte, das Normalarbeitsverhältnis und die Tarifaufonomie, sowohl in ihrer faktischen wie in ihrer rechtlichen Geltung problematisch werden. Umrisse neuer Konzepte, die an deren Stelle treten und die zu Tage getretenen Funktionsdefizite auffangen könnten, werden zwar seit längerem ausgedeutet (»Flexicurity«). Ihre wesentlichen Elemente bleiben jedoch zu unbestimmt und voluntaristisch, ihre Tragfähigkeit ist angesichts der Finanzkrise der Sozialkassen zumindest zweifelhaft.

Die nachstehenden Ausführungen beschreiben die aktuellen Veränderungen dieser beiden Basiskonzepte des tradierten Arbeitsrechts unter empirischen und normativen Aspekten. Dabei wird die These herausgearbeitet, dass mit der Zunahme und der rechtlichen »Normalisierung« atypischer Beschäftigungsverhältnisse eine allmähliche Umdeutung der juristischen Interpretation des Arbeitsvertrages einher geht, die das Arbeitsrecht seiner Sonderstellung beraubt, auf der es sich als soziales Schutzrecht der abhängigen Arbeit entfalten konnte (B). Damit wird zugleich die Legitimationsgrundlage der Tarifaufonomie untergraben. Dies findet seinen Niederschlag in den gegenwärtig zugespitzten Auseinandersetzungen um die Aufhebung des Tarifvorzugs vor Betriebsvereinbarungen (C). Beide Entwicklungen zusammen nötigen zu einer normativen Neuaufgabe der Debatte um die »soziale Frage«, die im Korsett des Arbeitsrechts und seiner Institutionen des Normalarbeitsverhältnisses und der Tarifaufonomie nicht länger ihre gesellschaftliche Lösung finden wird (D).

B. Normalarbeitsverhältnis und atypische Beschäftigungsverhältnisse

I. Ein kurzer historischer Abriss

Seit der Mitte der 80er Jahre wird in der Bundesrepublik Deutschland von der »Krise des Normalarbeitsverhältnisses« gesprochen.² Der politische Auslöser für diese Diagnose waren die Bestrebungen prominenter Politiker der damaligen Regierungsparteien von CDU/CSU und FDP zu einer umfassenden Deregulierung und Flexibilisierung der überkommenen individual- und kollektivrechtlichen Strukturen des Arbeitsrechts (sie zielten u. a. auf den Ausbau flexibler Arbeitszeiten, die Erleichterung des Abschlusses befristeter sowie von Teilzeit- und Job-Sharing-Arbeitsverhältnissen, die Erleichterung von Kündigungen, den Abbau von Mitbestimmungsrechten, Einschränkungen der Sozialplanpflicht bei Entlassungen von Beschäftigten, die Absenkung gesetzlicher und tariflicher Absicherungen für Arbeitslose und nicht zuletzt eine Senkung der Reallöhne und -gehälter).³

In der Debatte um das Normalarbeitsverhältnis wurde bereits frühzeitig deutlich, dass es nicht nur zwei Positionen gab, die einander gegenüber standen: diejenigen, die seine Deregulierung und tendenziell seine Auflösung forderten, auf der einen Seite und

² Mückenberger, Die Krise des Normalarbeitsverhältnisses, in: Zeitschrift für Sozialreform, H. 7 und 8, 1985, S. 415 ff., 457 ff.

³ Die hierzu vorgelegten Vorschläge sind abgedruckt in: SPD-Vorstand, Abt. Presse und Information (Hrsg.), Die Kampfansage an den Sozialstaat – Im Wortlaut die Papiere von Albrecht, George und Lamsdorff, Bonn 1983; vgl. hierzu Blanke, Flexibilisierung und Deregulierung: Modernisierung ohne Alternative?, in: Däubler/Bobke/Kehrmann (Hrsg.), Arbeit und Recht. FS Gnade, Köln 1992, S. 25–38.

diesenjenigen, die für seine Verteidigung und die Aufrechterhaltung seines Schutzes eintraten, auf der anderen Seite. Vielmehr zeichnete sich von Beginn an eine dritte Position ab, die das Normalarbeitsverhältnis aufgrund einer Vielzahl von demographischen, familialen, sozialen und ökonomischen Entwicklungen als ein gesellschaftlich überholtes und schwerlich zu verteidigendes Auslaufmodell ansah. Die Anhänger dieser Position waren oftmals auch normativ der Überzeugung, dass es das Normalarbeitsverhältnis in seiner tradierten, auf den männlichen Alleinverdiener und Familienernährer zugeschnittenen Form angesichts der steigenden Erwerbsinteressen der Frauen nicht verdiene, verteidigt zu werden: Befürwortet wurde stattdessen die Eröffnung flexibler Gestaltungsmöglichkeiten, um den individuellen Präferenzen der Beschäftigten Raum zu geben, und die Einführung eines allgemeinen, erwerbsunabhängigen Grundeinkommens sowie einer sozialen Grundsicherung.⁴

Die ersten beiden Positionen bestimmten mehrheitlich die Auffassungen von Arbeitgebern und der ihnen nahestehenden konservativen und liberalen Parteien einerseits (»Reformer«) und der Gewerkschaften und der ihnen verbundenen SPD andererseits (»Traditionalisten«). Die dritte Position (»Alternative«) wurde dagegen insbesondere von Sozialwissenschaftlern vertreten und fand politische Resonanz vor allem in der Partei der GRÜNEN und teilweise – allerdings mit deutlichen Unterschieden hinsichtlich der Art der Finanzierung und der Höhe des Grundeinkommens und der Grundsicherung – auch in Kreisen der Christdemokratie und der FDP.

Diese politischen Frontstellungen, die von Anfang an die Debatte um die Krise des »Normalarbeitsverhältnisses« bestimmten, haben sich bis heute – also im Verlauf von ca. 20 Jahren – in einem wesentlichen Punkt verschoben: Heute hat sich auch die Regierungskoalition aus SPD/GRÜNEN dem Lager der »Reformer« angenähert.

In der ersten Legislaturperiode der 1998 gewählten Bundesregierung unter der Führung von Bundeskanzler Gerhard Schröder dominierte, jedenfalls zu Beginn, noch deutlich der traditionalistische Ansatz. Arbeitsrechtliche Deregulierungsmaßnahmen der vorherigen Bundesregierung unter Kanzler Helmut Kohl wurden aufgehoben und der status quo ante wiederhergestellt, teilweise sogar der Versuch gemacht, den sachlichen Geltungsbereich des Arbeitsrechts auszudehnen und Beschäftigungsverhältnisse, die dem rechtlichen Zugriff des Arbeits- bzw. Sozialrechts entwachsen waren, wieder in diesen einzubeziehen (insbesondere: Scheinselbständige, geringfügig Beschäftigte).⁵

Bereits gegen Ende der ersten Legislaturperiode zeichneten sich jedoch erste Tendenzen ab (Hartz-Kommission), dass auch die neue Regierungskoalition diesen mit Unterstützung der Gewerkschaften verfolgten »traditionalistischen« Kurs nicht beibehalten werde. Vollends deutlich wurde der entschiedene Wechsel der Arbeitsrechtspolitik der Regierung Schröder seit Beginn der zweiten Amtszeit nach ihrer Wiederwahl im September 2002. Seitdem verfolgt auch diese Bundesregierung eine Politik der arbeitsrechtlichen Deregulierung, die sich von derjenigen ihrer Vorgängerin nicht mehr grundsätzlich unterscheidet.⁶

Wenn sich die Zukunft des Arbeitsrechts nicht in bloßer Deregulierung erschöpfen soll, dann muss sich die Aufmerksamkeit einerseits darauf konzentrieren, welche Ansätze und Elemente einer solchen »Alternative« noch bestehen, aufgegriffen und weiterentwickelt werden können. In diesem Sinne gilt es zu bestimmen, woraufhin

4 Mückenberger/Offe/Ostner, Das staatlich garantierte Grundeinkommen – Ein sozialpolitisches Gebot der Stunde, in: Krämer/Leggewie (Hrsg.), Wege ins Reich der Freiheit. André Gorz zum 65. Geburtstag, 1989, S. 247 ff.

5 Vgl. die Darstellung bei Rose, Arbeitsrechtspolitik zwischen Re-Regulierung und Deregulierung, in: Gohr/Seelieb-Kaiser (Hrsg.), Sozial- und Wirtschaftspolitik unter Rot-Grün, 2003, S. 103 ff.

6 Blanke, Die Hartz-Reformen: Kurswechsel im Arbeits- und Sozialrecht, KJ H. 1/2003, S. 2 ff.

sich das Arbeits- und Sozialrecht entwickeln solle. Und andererseits gilt es, die Umbrüche und Zäsuren in den anstehenden und nach meiner Auffassung unausweichlichen Veränderungsprozessen nicht allzu krass ausfallen zu lassen und den Übergang zu anderen Formen und Systemen der sozialen Sicherung zu stabilisieren.

II. Der Paradigmenwechsel

Für das Arbeitsrecht von konzeptioneller Bedeutung ist in meiner Sicht das Scheitern des von der Regierungskoalition aus SPD/GRÜNEN zu Beginn ihrer Amtszeit unternommenen Versuchs, den Arbeitnehmerbegriff gesetzlich neu zu definieren, um die Flucht aus dem Arbeitsverhältnis einzudämmen und die entlaufenden Scheinselbstständigen wieder in den Geltungsbereich des Arbeitsrechts einzubeziehen. Die Kehrtwende der Debatte über die Neubestimmung des Arbeitnehmerbegriffs mit ihrer rapiden Umkehrung der Schutzperspektive von der Bekämpfung der »Scheinselbstständigkeit« hin zu ihrer gezielten staatlichen Einführung und Förderung ist allerdings dramatisch: Sie zeigt an, dass nach der Ökonomie auch der Gesetzgeber Abschied nimmt von der Orientierung auf das (Normal-)Arbeitsverhältnis.⁷

Damit deutet sich ein grundlegender Paradigmenwechsel im Arbeits- und Sozialrecht an. Er ist die Konsequenz der Abkehr vom Schutz des »Normalarbeitsverhältnisses« hin zur Normalisierung atypischer Beschäftigung. An die Stelle der traditionellen normativen Orientierung, die den Paternalismus des sowohl einseitig weisungsbefugten als auch zur Fürsorge gegenüber dem Arbeitnehmer verpflichteten Arbeitgebers in der höheren Rationalität kollektivvertraglicher und staatlicher Normen aufzuheben trachtete, tritt mehr und mehr eine Zielvorstellung, deren Losung nicht länger *die Befreiung im, sondern die Befreiung vom tradierten Rechtsverständnis* des Arbeitsverhältnisses ist.

In diesem sich perspektivisch abzeichnenden *Abschied vom Arbeitsrecht* äußert sich ein fundamentaler arbeits- und sozialpolitischer Perspektivenwechsel: Die politisch Verantwortlichen – quer durch alle relevanten politischen Parteien in der Bundesrepublik – sind nicht länger bereit, der Abhängigkeit und Fremdbestimmung der Beschäftigten im Arbeitsverhältnis und in neuen Formen abhängiger Selbständigkeit mit einer Fortschreibung des Traditionsbestandes des Arbeits- und Sozialrechts zu wehren. Angesichts der finanziellen Lage der Sozialversicherungskassen, der kaum mehr als steigerungsfähig angesehenen Beitragslasten von Arbeitnehmern und Arbeitgebern und der weiter steigenden Arbeitslosenzahlen, deren Höhe zum entscheidenden Gradmesser von Erfolg und Misserfolg der Regierungspolitik geworden ist, besitzt die Senkung der Arbeitslosenquote absoluten Vorrang. Gegenüber dem Elend der Massenarbeitslosigkeit erscheint bereits das »Normalarbeitsverhältnis« als Privileg und jedes prekäre – sei es das sozialversicherungsrechtliche, scheinselbstständige oder auf Zwangsleihearbeit beruhende⁸ – Beschäftigungsverhältnis als vorzugswürdige Alternative.

Aktuelle und verlässliche Daten über die Verbreitung der wesentlichen Formen atypischer Beschäftigung sind ungeachtet aller Fortschritte der elektronischen Daten-

⁷ Dazu näher Blanke, Die Auflösung des Arbeitnehmerbegriffs, KJ H. 1/2003, 7 ff.

⁸ Die Aufnahme einer Beschäftigung als Leiharbeiter in der Personal-Service-Agentur gilt für Arbeitslose als zumutbar. Im Fall der Ablehnung werden Sanktionen in Form von Leistungskürzungen und Sperzeiten verhängt, vgl. Wank, Neuere Entwicklungen im Arbeitnehmerüberlassungsrecht, RdA 2003, S. 1 ff., 7.

verarbeitung, der statistischen Erfassung und der Modernisierung der Abläufe der Arbeitsverwaltung nicht verfügbar. Die Schwankungsbreite ist enorm, die Datenlage veraltet. Im Jahr 2002 waren laut Mikrozensus 7,5 Mio Erwerbstätige in Teilzeit beschäftigt, davon mit 2,5 Mio – allerdings bezogen auf das Jahr 2000 – ca. ein Drittel »geringfügig Beschäftigter«.⁹ Die Teilzeitquote stieg in Westdeutschland von 12,5% (1985) auf 21% (2000) und erreichte trotz niedrigerer Teilzeitquoten in den neuen Bundesländern den gleichen Stand im Jahr 2002 in Gesamtdeutschland.¹⁰ Der Anteil der Leiharbeitnehmer an allen sozialversicherungspflichtig Beschäftigten stieg zwischen 1985, 1993 und 2002 von 0,2% über 0,42% auf 1,2% an, derjenige von befristet Beschäftigten (ohne Auszubildende) in Westdeutschland zwischen 1985 und 2002 von 4,5% der Erwerbstätigen auf 6,2%. In Ostdeutschland waren 1998 bereits 8,5% und 2002 10,3% der Erwerbstätigen befristet beschäftigt.¹¹ Der prozentuale Anteil der »Scheinselbständigen« und arbeitnehmerähnlichen Selbständigen an allen Erwerbstätigen wird statistisch nicht erfasst und kann nur geschätzt werden. Ein gewisses Indiz für sein Ansteigen liefert die Statistik des Mikrozensus, die zwischen 1985 und 2000 für Westdeutschland einen Anstieg der Selbständigen ohne Beschäftigte (außerhalb der Landwirtschaft) von 2,9% auf 4,6% aller Erwerbstätigen bei einer Gesamtzahl von über 1,5 Mio ausweist.¹² Im Jahresdurchschnitt des Jahres 2000 waren, umgerechnet in Vollzeitäquivalente, 2,7% der Arbeitnehmer in Maßnahmen der Arbeitsmarktpolitik einbezogen (ohne Vorruhestand). Näherungsweise lässt sich behaupten, dass die Beschäftigung im Normalarbeitsverhältnis an der Gesamtheit der Erwerbstätigen zwischen 1991 und 2000 von 68% auf 60,8% zurückgegangen ist.¹³

Das Raster der Wahrnehmung unvollständiger Autonomie von Arbeitsbürgern ist angesichts des Problemdrucks der Massenarbeitslosigkeit und der Globalisierung auch der Arbeitsmärkte im gegenwärtig dominierenden Politiktypus um ein vielfaches gröber als bisher geworden: Beschäftigung, welcher Art und Güte auch immer, und durch Arbeit verdientes Einkommen, aus welcher Quelle auch immer gespeist, gelten bereits als zulängliche Verbürgungen jener Minimalbasis an sozialer Autonomie, die die Gesellschaft den Erwerbslosen anzubieten bereit oder in der Lage ist. Damit einher geht eine Umzeichnung der Bilder, die sich diese Optik von den Armen, Bedürftigen und Ausgegrenzten macht. Wurden sie früher noch zu den Opfern der Marktvergesellschaftung gerechnet, so gelten sie jetzt als Nutznießer unverdienter öffentlicher Wohltaten.¹⁴ Mehr und mehr wird von ihnen verlangt, dass sie sich bereitwillig den beständig verschärften Zumutungen und Zwängen einer angebotsorientierten, »aktivierenden« Sozialpolitik mit ihren wechselnden Modulen vom »Fördern und Fordern« fügen müssen.

Der Versuch einer Bilanzierung von Nutzen und Kosten dieses Wandels der Arbeitsbeziehungen und ihrer rechtlichen Regulierungsmaßnahmen muss sich zunächst

9 Rudolph, Mini- und Midi-Jobs: Geringfügige Beschäftigung im neuen Outfit, IAB-Kurzbericht Nr. 6 2003, S. 1.

10 Daten nach Hoffmann/Walwei, Wandel der Erwerbsformen: Was steckt hinter den Veränderungen?, in: Kleinhenz (Hrsg.), IAB-Kompodium Arbeitsmarkt- und Berufsforschung, BeitrAB 250, 2002, S. 135 ff., 137.

11 Zahlenangaben beruhend auf Daten des Mikrozensus nach Hoffmann/Walwei (Fn. 10); Rudolph, Arbeitsmarktpolitik: Befristete Arbeitsverträge sind bald neu zu regeln, IAB-Kurzbericht Nr. 12 2000; Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Leben und Arbeiten in Deutschland – Ergebnisse des Mikrozensus 2002 – Tabellenanhang zur Pressebroschüre, 2003, Tabellen 22 und 23; ferner Statistiken der BfA und Microzensus, aufbereitet bei Emmerich, CESRI research project, Rom 2003.

12 Hoffmann/Walwei (Fn. 10).

13 Emmerich (Fn. 11); Oschmiansky/Schmid, Wandel der Erwerbsformen. Berlin und die Bundesrepublik im Vergleich, wzb discussion paper März 2000.

14 Oschmiansky, Faule Arbeitslose?, Zur Debatte über Arbeitsunwilligkeit und Leistungsmissbrauch, in: Aus Politik und Zeitgeschichte. Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament, 6–7/2003 v. 3. 2. 2003, S. 10 ff.

fragen, ob und inwieweit die konstatierten Entwicklungslinien alternativlos sind. Ich neige dazu, dies für die Generallinie der Veränderungen hin zu einer zunehmenden Normalisierung der vormalig in der Mehrzahl der europäischen Rechtsordnungen zumeist bekämpften, als atypisch angesehenen Beschäftigungsverhältnisse zu bejahen. Für die – derzeitige – Unausweichlichkeit dieser Entwicklung spricht die europaweit zu beobachtende Parallelität der Veränderungen, die es erlauben, von einem allgemeinen Trend zu sprechen. Im Detail sind freilich die Geschwindigkeiten der legislativen Veränderungsprozesse und die Ansätze zu einem »reembedding«, einer Wiedereinbettung der »entbetteten« und entgrenzten Formen atypischer Beschäftigungsverhältnisse durchaus unterschiedlich. Alle Deregulierungsstrategien stehen vor dem Problem, die sozialen Folgen der zunehmenden Fragmentierung von Phasen der Erwerbsarbeit und der damit einhergehenden wirtschaftlichen wie kulturell-sozialen Destabilisierung der Erwerbsbiographien kompensieren zu müssen. Hierbei kommt den Systemen der sozialen Sicherung die zentrale Rolle zu. Ob sie diese Last der Kompensation der Flexibilitätsrisiken tragen können, ist indes fraglich. Denn sie stehen nicht nur aufgrund der krisenbedingten Verknappung öffentlicher Haushaltsmittel, sondern mindestens ebenso aufgrund des Wandels der Familienstrukturen und des Altersaufbaus der Bevölkerung vor enormen finanziellen und organisatorischen Herausforderungen, die eine weitere Zunahme der Leistungsanforderungen an diese Systeme als nicht mehr verantwortbar erscheinen lassen. Welches Schicksal die aktuelle arbeitsmarktpolitische Zauberformel der »Flexicurity« nehmen wird, ist nicht zuletzt von der Verfügbarkeit finanzieller Ressourcen und dem Niveau der sozialen Absicherung abhängig.

Der national geprägte Sozialstaat des 20. Jahrhunderts geht zur Neige. Das lohnarbeitszentrierte soziale Sicherungssystem weicht einem Konzept moderner Wohlfahrtsstaatlichkeit, dessen zentrale Elemente – Erweiterung des Arbeitsbegriffs, Abkehr von der arbeits- und sozialrechtlichen Zentralität des Normalarbeitsverhältnisses, Aufhebung der scharfen rechtlichen Schwelle zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen, Ausdehnung der Sozialversicherungspflicht auf »abhängige« und kleine Selbständige, Aufbau privater Zusatzversicherungen bei Einschränkung der paritätischen Beitragsfinanzierung und stärkerer Steuerfinanzierung in Bezug auf die Sozialversicherung, Einführung einer allgemeinen Grundsicherung etc. – schon seit längerem Eingang in die sozialpolitische Programmatik der politischen Parteien gefunden hatten und in ersten Ansätzen gesetzlich umgesetzt worden sind.¹⁵

Von der »Alternative« als drittem Weg zwischen Deregulierung und Verteidigung des Normalarbeitsverhältnisses ist nicht viel übrig geblieben. Von einem erwerbsunabhängigen, allein an den Staatsbürgerstatus geknüpften Grundeinkommen ist allenfalls noch in akademischen Zirkeln die Rede. Anders bei der allgemeinen Grundsicherung: Hier sind im Verlauf der 90er Jahre bis heute einige Anläufe unternommen worden, die ausschließliche Anbindung der sozialen Sicherungssysteme an das abhängige Erwerbseinkommen und damit den Arbeitnehmerstatus – und von ihm abgeleitete Versorgungsansprüche der Familienangehörigen – aufzuheben. So wurden eigenständige Sozialversicherungssysteme auf der Basis von Pflichtmitgliedschaft und eigenen Leistungsansprüchen auch für Nicht-Arbeitnehmer wie selbständige Landwirte und Künstler eingerichtet und mit der Pflegeversicherung eine allgemeine Pflichtversicherung unabhängig vom Arbeitnehmerstatus eingeführt. Generell ist, auch in Bezug auf die bestehenden Sozialversicherungssysteme, eine Tendenz zu ihrer

¹⁵ Zu einem Ausschnitt dieser Entwicklung vgl. Bleses/Seeleib-Kaiser, Zum Wandel wohlfahrtsstaatlicher Sicherung in der Bundesrepublik Deutschland: Zwischen Lohnarbeit und Familie, ZfS 1999, S. 114 ff.

Ausweitung in Richtung auf eine allgemeine soziale Grundsicherung erkennbar.¹⁶ Aber gleichzeitig wird angesichts der sinkenden Beitragseinnahmen der Sozialkassen das Leistungsniveau der Sozialversicherungsträger dramatisch reduziert.¹⁷ Die Tendenz zur Universalisierung der sozialen Sicherungssysteme realisiert sich demnach auf beständig niedrigerem Niveau. Dadurch hat das »Alternativmodell« erheblich an Attraktivität eingebüßt. Seine Funktion besteht heute in einer komplementären Ergänzung des »Reformkonzepts«.

Die Ökonomie erobert sich im Arbeitsrecht die Freiheit der Vertragsgestaltung, die in der zweiten Hälfte des vergangenen Jahrhunderts schrittweise eingeeignet worden war, allmählich wieder zurück. Das Arbeitsrecht (gleiches gilt für das Sozialrecht) erweist so seine wirtschaftliche Konjunkturabhängigkeit und zollt ihr Tribut: Der Versuch, den unsteten, ständig in Bewegung befindlichen wirtschaftlichen Austauschverhältnissen rechtlich mit den Mitteln des Arbeits- und Sozialrechts eine Stabilität aufzuzwingen, auf die sich eine sozial und ökonomisch verlässliche Lebensperspektive der Beschäftigten gründen kann, ist angesichts der aktuellen weltwirtschaftlichen Veränderungen an seine Grenze gekommen. Im Schmelztiegel der Ökonomie werden errungene Rechtspositionen erneut verflüssigt.

Bereits in der zweiten Hälfte der 90er Jahre hat die Industriesoziologie in Gestalt des »Arbeitskraftunternehmers« einen neuen Typus des Beschäftigten ausgemacht und in diesem Zwitter zwischen abhängigem Arbeitnehmer und selbständigem »Werkunternehmer« seiner Arbeitskraft den Arbeitnehmer der Zukunft erblickt.¹⁸ Es bedarf keiner großen prophetischen Gabe um vorauszusagen, dass sich auch in der juristischen Diskussion die Auseinandersetzung demnächst erneut um die (Neu-)definition des Arbeitnehmerbegriffs zuspitzen wird, diesmal allerdings unter umgekehrten Vorzeichen: Ging es in der 1. Legislaturperiode der Regierung Schröder um die Einbeziehung von bloß formell Selbständigen, de facto aber abhängig Beschäftigten in den Schutzbereich des Arbeitsrechts, so steht jetzt die Negation des vertragsrechtlichen Sonderstatus des Arbeitsrechts zur Debatte. Im Kern geht es um die Eliminierung des für das Arbeitsverhältnis konstitutiven Elements der Abhängigkeit und Fremdbestimmung. Auf diese Basisannahme der Disparität der Vertragsparteien des Arbeitsverhältnisses, was ihre Angewiesenheit auf den Abschluss und die Durchführung des Vertrages sowie das Ausmaß ihrer Verfügung über Ressourcen angeht, war der gesamte Statusschutz des Arbeitnehmers (durch kollektivrechtliche Normierung und gesetzlichen Arbeits- und Sozialschutz) gegründet.

Die Ansätze, im Arbeitsvertrag nur mehr ein schuldrechtliches Rechtsverhältnis wie andere auch zu sehen, mehren sich.¹⁹ Sie liegen, wenngleich wahrscheinlich unbeab-

16 Vgl. das Gesetz über eine bedarfsorientierte Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung (GSiG) v. 26. 6. 2001, BGBl. I S. 1335, i. d. F. des Gesetzes v. 27. 4. 2002, BGBl. I S. 1462; dazu Buhr, Wege aus der Armut durch Wege in eine neue Armutspolitik?, in: Gohr/Seeleib-Kaiser (Hrsg.), Sozial- und Wirtschaftspolitik unter Rot/Grün, 2003, S. 147 ff.

17 Dazu: Bleses/Seeleib-Kaiser, The Dual Transformation of the German Welfare State, 2004 (im Erscheinen).

18 Voß/Pongratz, Der Arbeitskraftunternehmer zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen. Eine neue Grundform der Ware Arbeitskraft, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, 1998, S. 131 ff.; jetzt begreifen die Autoren den Wandel nicht länger als einander ablösende Stufenfolge, sondern als wohl auf Dauer gestellte Pluralität verschiedener Arbeitskrafttypen; Voß/Pongratz, Berufliche Sicherheit und Spaß an Herausforderung – Erwerbsorientierungen in Gruppen- und Projektarbeit, WSI-Mitteilungen H. 4/2003, S. 228 ff.

19 Vgl. z. B. Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb – Der Schutz von Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit im Arbeitsrecht –, Berlin u. a. 1996, Rn. 926: »Leitvorstellung des Privatrechts ist der frei ausgehandelte Vertrag. Diese Ordnungsidee darf man auch im Arbeitsrecht nicht zunichte machen, indem der Vertrag durch die unwiderlegliche Vermutung einer ›Paritätsstörung‹ pauschal abqualifiziert wird«; Junker, Individualwille, Kollektivgewalt und Staatsintervention im Arbeitsrecht, NZA 1997, 1305 ff., 1318: »Das Konzept der ›strukturellen Unterlegenheit‹ ist geeignet, die Privatrechtsordnung selbst umzustrukturieren. Entscheidungsfreiheit wäre die Ausnahme, richterliche Kontrolle die Regel. Es ist auch im Arbeitsrecht nicht sicher, daß die Mehrheit der Rechtsunterworfenen in dieser Weise betreut werden

sichtigt, der Einbeziehung des Arbeitsverhältnisses in die AGB-Kontrolle (und ihrer Ausnahme für »individuell verhandelte«, also frei vereinbarte Klauseln!) zugrunde,²⁰ lassen sich in dem dargestellten Konzeptwandel der gesetzlichen Regulierung von Scheinselbständigkeit und im Modell der »Ich-AG« aufweisen und finden, soweit ich es überblicke, vermehrt Nachhall in der arbeitsrechtlichen Literatur.²¹

III. Konsequenz für die juristische Methodik: vom Umgehungsverbot zum Instrumentalisierungsverbot

Die neuen, zunehmend akzeptierten und normalisierten Beschäftigungsformen stoßen bei den in diesen Formen beschäftigten Arbeitnehmern auf weitaus weniger Vorbehalte als bei ihren Interessenvertretungen, allen voran den Gewerkschaften. Während sich diese überwiegend in einer Dauerposition der Defensive wiederfinden, in der sie mehrheitlich als wenig hilfreiche »Blockierer« wahrgenommen werden, stehen die atypisch Beschäftigten selbst ihrer Form der Arbeitsbeziehung oft deutlich positiver gegenüber: Sie eröffnet ihnen Beschäftigungs- und Erwerbschancen, die sie sonst nicht hätten. Und nicht selten besitzen sie eine Brückenfunktion für den Übergang in »normale« Beschäftigungsverhältnisse. Dies gilt jedoch in deutlich geringerem Maße für befristet Beschäftigte und Leiharbeiter. Letztere waren zumeist zuvor bereits arbeitslos und würden ganz überwiegend die Beschäftigung in einem Normalarbeitsverhältnis der Tätigkeit als Leiharbeiter vorziehen. Für Leiharbeit und befristete Beschäftigungsverhältnisse lässt sich belegen, dass Flexibilisierung und Deregulierung keine Einbahnstraßen in Richtung auf größere Freiheitsräume beider Vertragsparteien sind: Sie machen Platz für gegenläufige Trends

möchte.«; Reichold, Arbeitsrecht. Lernbuch nach Anspruchsg Grundlagen, München 2002, § 1 Rn. 10: »Aus der auf Befehl und Gehorsam beruhenden Arbeitswelt ist – deutlich erst seit etwa 20 Jahren – eine auf umfassenden Kooperationsbeziehungen beruhende Arbeitswelt geworden ... Erst heute scheint die Arbeitsgesellschaft reif für das BGB, das ja annähernd gleichgewichtige Partner voraussetzt«; ders., Grundlagen und Grenzen der Flexibilisierung im Arbeitsvertrag, RdA 2002, S. 321 ff., 322, Fn. 4: Der von Dieterich, RdA 2002, 1 ff., 4, vorgetragenen »Argumentation zu der angeblich soziologisch feststellbaren »Machtasymmetrie«« hält Reichold vor, sie stehe »in einer langen Tradition ideologisch geprägter arbeitsrechtlicher Sozialwahrnehmung«. Zöllner, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht. Bemerkungen zur Grundrechtsanwendung im Privatrecht und zu den sogenannten Ungleichgewichtslagen, AcP 196 (1996), S. 35: »Die Redeweise von der Ungleichgewichtigkeit der Vertragspartner (Disparität, Imparität, gestörte Vertragsparität usw.) ist eine bequeme Argumentationsfigur, die von genauen Nachdenken und sachbezogener Begründung abhält. Einschränkungen der Vertragsfreiheit lassen sich mit ihr nicht begründen.«

20 Vgl. Richardi, Gestaltung der Arbeitsverträge durch Allgemeine Geschäftsbedingungen nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, NZA 2002, 1057 ff., 1060: »Die undifferenzierte Annahme fehlenden Verhandlungsgleichgewichts begegnet aber aus mehreren Gründen Bedenken ... Dabei handelt es sich um kein Sonderproblem des Arbeitsrechts, sondern die Standardisierung vertraglicher Bestimmungen bestimmt allgemein den rechtsgeschäftlichen Verkehr. Folgerichtig ist es deshalb, dass die Bereichsausnahme aus dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen entfallen ist.«

21 Die Prognose, dass das Individualarbeitsrecht als »Marktrecht der Berufstätigkeit« den »Anschluss an das allgemeine Zivilrecht« suchen und finden werde, habe ich näher zu begründen versucht in: Blanke, Arbeitsrecht 2000 – Eckpunkte eines modernen Individualarbeitsrechts, in: Friedrich-Ebert-Stiftung (Hrsg.), Recht schafft Gemeinschaft, Bonn 1997, S. 159 ff. Dies schien mir seinerzeit aufgrund der Beobachtung, dass das Arbeitsrecht mit seiner Aufgabe, »zwischen effizienz- und kostendominierter wirtschaftlicher Systemintegration und den Ansprüchen normativ strukturierter Sozialintegration zu vermitteln, ... zunehmend überfordert« sei, nicht nur absehbar und zwangsläufig, sondern unter der Prämisse der Entkopplung von Erwerbsarbeit und (hinreichend auskömmlichen, universalistischen) sozialen Sicherungssystemen auch normativ sinnvoll zu sein. Inzwischen scheint mir, dass ich dabei die Gefahr einer – nicht lediglich auf den Zeitraum des Umbaus der sozialen Sicherungssysteme beschränkten – vorübergehenden Unterordnung des Arbeitsrechts unter ökonomische Imperative unterschätzt und die Mobilisierbarkeit politischer Unterstützung für die als sozialpolitisch wünschenswert erachtete Finanzausstattung der sozialen Sicherungssysteme überschätzt habe.

einer eher informellen Reregulierung, deren Nutzen und Kosten sehr ungleich auf die beiden Seiten des Vertragsverhältnisses verteilt sind.²²

Aus diesen Befunden ist die Schlussfolgerung zu ziehen, dass jeder Typus der atypischen Beschäftigungsverhältnisse daraufhin untersucht werden muss, ob und inwieweit sich in ihm die strukturell gegebene Disparität in den Arbeitsvertragsbeziehungen in besonders scharfer und für die Beschäftigten nachteiliger Weise ausprägt. Gerade wenn die »Normalisierung« der atypischen Beschäftigungsverhältnisse angesichts der zunehmenden Funktionsdefizite der hochgradig regulierten Arbeitsmärkte und des unausweichlichen Verlusts der normativen Orientierungsfunktion des Normalarbeitsverhältnisses unumgänglich ist, dann darf auf eine Prekaritätsanalyse der unterschiedlichen Formen der atypischen Beschäftigungsverhältnisse nicht verzichtet werden. Erforderlich ist eine Bilanzierung der dominierenden rechtlichen Gestaltungsformen der atypischen Beschäftigungsverhältnisse unter den Aspekten der Benachteiligung von Arbeitnehmern aufgrund besonders ungleichgewichtiger Kräfteverhältnisse der Vertragsparteien. Die Tatsache, dass die Rechtsordnung in nahezu allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union bis vor wenigen Jahrzehnten diesen atypischen Beschäftigungsformen ablehnend gegenüber stand, verdankte sich zugleich mit ihrer Orientierung an dem Sozialmodell des Normalarbeitsverhältnisses auch der Annahme, dass die davon abweichenden Gestaltungsformen der Arbeitsbeziehungen nicht zuletzt deshalb als problematisch anzusehen seien, weil in ihnen die Machtbalance zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern und damit die Vertragsgerechtigkeit in besonderem Maße gefährdet sei. Diese Vermutung wird durch die Normalisierung der atypischen Beschäftigungsverhältnisse nicht ausgeräumt. Daraus folgt erstens die Notwendigkeit entsprechender Prekaritätsuntersuchungen. Und zweitens, dass solange, wie ihre soziale wie normative Unbedenklichkeit nicht erwiesen ist, sie nicht dazu instrumentalisiert werden dürfen, »normale« Arbeitsverhältnisse zu substituieren oder deren rechtlichen Schutzzumfang zu reduzieren. Dies entspricht auch den Prinzipien, die für die Angleichung des Arbeitsrechts in Europa gelten. Die Harmonisierung steht gem. Art. 136 EGV unter dem Gebot, dass sie »auf dem Wege des Fortschritts« zu erfolgen habe. Dies »betrifft«, wie in Nr. 7 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer v. 1989²³ hervorgehoben wird, »namentlich andere Arbeitsformen als das unbefristete Arbeitsverhältnis, wie das befristete Arbeitsverhältnis, Teilzeitarbeit, Leiharbeit und Saisonarbeit«. Ziff. 3 der Erwägungsgründe der RL 1999/70/EG zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge²⁴ nimmt ausdrücklich Bezug auf diesen Grundsatz. Er findet seinen Niederschlag in der im Recht der Gemeinschaft gebräuchlichen »Nichtregressionsklausel«, wie sie etwa in § 8 Nr. 3 der Sozialpartnervereinbarung über befristete Arbeitsverträge²⁵ formuliert ist, der bestimmt: »Die Umsetzung dieser Vereinbarung darf nicht als Rechtfertigung für die Senkung des allgemeinen Niveaus des Arbeitnehmerschutzes in dem von dieser

²² Vgl. die empirischen Belege bei Böhlich, *Neue Formen der Beschäftigung*, Wiesbaden 1999, S. 133 ff. und bei Garsten/Turtinen, »Angels« und »Chameleons«: The Cultural Construction of the Flexible Temporary Agency Worker in Sweden and Britain, in: Bo Strath (Hrsg.), *After full employment. European Discourses on Work and Flexibility*, Brüssel 2000, 161 ff., 173 f.; zu befristeten Beschäftigungsverhältnissen eingehend: Jahn, *Zur ökonomischen Theorie des Kündigungsschutzes*, 2002, S. 292 ff.; Bielski/Hartmann/Pfarr/Seifert, *Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen: Wahrnehmung und Wirklichkeit*, AuR 2003, 81.

²³ V. 9. 12. 1989, KOM (89) 248 endg.

²⁴ V. 28. 6. 1999, ABl. 1999 L 175/43.

²⁵ Vgl. aus jüngster Zeit ferner z. B. Art. 9 Abs. 4 und Erwägungsgrund Nr. 31 der Rahmen-RL Unterrichtung und Anhörung 2002/14/EG v. 11. 3. 2002, ABl. L 80/29; § 6 Abs. 2 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit, die die Grundlage der Teilzeit-RL 97/81/EG bildet, ABl. v. 20. 1. 1998, L 14/9 sowie Nr. 6 der Erwägungsgründe der Rahmenvereinbarung Telearbeit v. 16. 7. 2002 und Art. 9 Abs. 2 des Vorschlages für die Leiharbeits-RL, vgl. KOM (2002) 701 endg.

Vereinbarung erfassten Bereich dienen«. Die durch das EU-Recht angestoßene Normalisierung der befristeten Beschäftigung steht unter dem Verbot, sie zur Rechtfertigung der Absenkung des allgemeinen Niveaus des Arbeitnehmerschutzes in dem von der jeweiligen Regelung erfassten Bereich zu nutzen.

Solange atypische Beschäftigungsverhältnisse als problematische Bedrohungen des Normalarbeitsverhältnisses angesehen wurden, wurde dessen Schutz juristisch durch Rückgriff auf die Rechtsfigur der unzulässigen Gesetzesumgehung gesichert: So waren z. B. Befristungen unzulässig, sofern darin eine Umgehung des Kündigungsschutzgesetzes lag. Unter Bedingungen der Normalisierung atypischer Beschäftigungsverhältnisse greift das Umgehungsverbot nicht mehr. An seine Stelle muss ein neues Rechtskonzept treten, das die Intention der angeführten EU-rechtlichen Nichtregressionsklauseln aufgreift. Es wird hier als »Instrumentalisierungsverbot« bezeichnet. Es soll verhindern, dass der Schutz des Normalarbeitsverhältnisses durch den Rückgriff auf atypische Beschäftigungsverhältnisse gezielt unterlaufen wird.

Ein besonders schlagendes Beispiel für eine derartige Instrumentalisierung bildet das Gesetzesprojekt der rot-grünen Bundesregierung vom Juni 2003 zur Reform des Kündigungsschutzgesetzes.²⁶ Danach sollten künftig bei der Ermittlung des Schwellenwerts nach § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG, wonach der gesetzliche Kündigungsschutz erst ab einer bestimmten Anzahl von Arbeitnehmern eingreift, befristet Beschäftigte – ursprünglich generell,²⁷ in der vom Bundestag beschlossenen Fassung²⁸ bis zu einer Anzahl von 5 Arbeitnehmern – nicht mitgerechnet werden. Diese Regelung wäre einer gesetzlichen Instrumentalisierung der Rechtsfigur der befristeten Beschäftigung zur Aushöhlung von allgemeinen Standards des Arbeitnehmerschutzes gleichgekommen.²⁹ Sie ist aufgrund der Verhandlungen des Vermittlungsausschusses vom Dezember 2003 durch eine generelle Anhebung des Schwellenwertes gem. § 23 Abs. 1 des KSchG auf 10 Arbeitnehmer ersetzt worden.

C. Zur Krise der Tarifaufonomie

I. Ein kurzer historischer Abriss

Von der Krise des Normalarbeitsverhältnisses und der Preisgabe des Axioms von der strukturellen Unterlegenheit des Arbeitnehmers wird zwangsläufig auch die Legitimation der Tarifaufonomie, die auf den Ausgleich der Schwäche des individuellen Arbeitnehmers bei der Festlegung der Arbeitsbedingungen zielt, berührt. Tatsächlich schwindet die faktische, mehr noch die öffentlich bekundete, Akzeptanz für das System der tariflichen Entgeltfindung in Wirtschaft, Wissenschaft und Politik seit Jahren. Während die Kritik am herkömmlichen System mit Blick auf die hohe Arbeitslosigkeit wächst, sinkt der praktische Anwendungsgrad tariflicher Regelungen. Eine wachsende Zahl von Unternehmen kehrt dem Tarifsystem den Rücken. Auch die Unterstützung in den Wissenschaften und in der Politik hat sichtlich nachgelassen. Kontinuierlich wird von führenden Wirtschaftswissenschaftlern und im christlich-liberalen Lager der Politik das Tarifsystem für die wachsende Arbeitslosigkeit mitverantwortlich gemacht. Gleichzeitig wird die Legitimationsbasis des

²⁶ BT-Drs. 15/1204, Art. 1 Nr. 7.

²⁷ BT-Drs. 15/1204.

²⁸ BT-PIPr 15/64.

²⁹ Vgl. dazu eingehend mein für den DGB erstattetes Rechtsgutachten, auszugsweiser Abdruck bei Blanke, Kleinbetriebsklausel und Befristung, AuR 2003, S. 401 ff.

Tarifsystems im rechtlichen Diskurs neu definiert. In der Summe dieser Tendenzen zeigt sich eine Krise der tariflichen Regulierung und ihrer normativen Grundlagen. Doch sichtbar werden auch gegenläufige Bemühungen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und vor allem in den Aktivitäten der Tarifvertragsparteien, die Stabilität des Systems zu erhalten bzw. wiederherzustellen.³⁰

Erst seit Mitte der 1990er Jahre existieren durch die Erhebungen des IAB-Betriebspanels aussagekräftige Zahlen darüber, wie viele Unternehmen an einen Tarifvertrag tatsächlich gebunden sind. Die Längsschnittsdaten zwischen 1995 und 2000 sind durchaus spektakulär zu nennen. Der Anteil der an einen Flächentarifvertrag gebundenen Betriebe ging in den alten Bundesländern kontinuierlich von 53 % auf 45 % zurück. Im Osten war der Rückgang zwischen 1996 und 2000 zwar etwas schwächer (von 28 % auf 23 %), allerdings auf sehr niedrigem Niveau. Hinzu kam zwar noch die Bindung an Firmentarifverträge, die jedoch zwischen 3 % und 5 % stagnierte.³¹ Der Rückgang der Flächentarifbindung der Unternehmen bewirkt, dass auch der Anteil der Beschäftigten, die in solchen Unternehmen arbeiten, langsam, aber kontinuierlich Jahr für Jahr um 1 % bis 2 % sinkt. Während 1995 in Westdeutschland noch 72,2 % der Beschäftigten in einem flächentariflich gebundenen Unternehmen tätig waren, verringerte sich diese Zahl bis zum Jahr 2001 auf 63,1 % (Ost: von 56,2 % im Jahr 1996 auf 44,4 % im Jahr 2001).³² Dementsprechend vermindert sich auch die Zahl der Beschäftigten, deren Arbeitsverhältnisse – sei es kraft unmittelbarer Tarifgeltung, sei es wie in der großen Mehrzahl³³ infolge arbeitsvertraglicher Vereinbarung – von Tarifverträgen geregelt sind, allein in Westdeutschland von ca. 82 % 1995 auf 70 % im Jahr 2000.³⁴ In Ostdeutschland werden dagegen mit 47,7 % fast die Hälfte der Arbeitsverhältnisse der Beschäftigten nicht von Tarifverträgen erfasst.³⁵

Angesichts dieser schwindenden Akzeptanz von Tarifverträgen ist freilich an zweierlei zu erinnern: Erstens daran, dass das System der Flächentarifverträge auf der Freiwilligkeit der Mitgliedschaft in den tarifschließenden Verbänden basiert und dass es seine nach wie vor enorme praktische Wirksamkeit überhaupt erst dadurch gewinnt, dass die Ergebnisse der Tarifverhandlungen und die branchentypischen tariflichen Regelungen insgesamt in aller Regel auch über den Kreis der beiderseitig tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer hinaus zur Grundlage der individuellen Arbeitsverträge gemacht werden. Dies geschieht einerseits durch die bei tarifgebundenen Arbeitgebern übliche Verweisung in den individuellen Arbeitsverträgen auch von Nichtgewerkschaftsmitgliedern auf die einschlägigen Tarifverträge

30 Dazu Blanke, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie: Rechtliche Grundlagen und Rahmenbedingungen der Gewerkschaften in Deutschland, in: Schröder/Wefels, Die Gewerkschaften in Politik und Gesellschaft der Bundesrepublik Deutschland, 2003, S. 144 ff., 165 ff.

31 Vgl. Bispink/Kirsch, WSI-Tarifhandbuch 2003, 51 ff., 56.

32 Vgl. Kohaut/Schnabel, Zur Erosion des Flächentarifvertrags: Ausmaß, Einflussfaktoren und Gegenmaßnahmen, Industrielle Beziehungen, 2003, S. 193 ff., 198 Tab. 2; vgl. auch dies., Tarifverträge: Nein danke? Einflussfaktoren der Tarifbindung west- und ostdeutscher Betriebe. In: Diskussionspapier Nr. 8 der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, 2001; IAB-Betriebspanel 1995–2000, S. 20.

33 Abgesehen von den Fällen der Allgemeinverbindlicherklärung, die nur einen geringen Teil der Arbeitnehmer erfassen, sind gem. § 3 Abs. 1 TVG nur die Gewerkschaftsmitglieder tarifgebunden. Da sich deren Anteil lediglich auf 28,1 % der abhängig Erwerbstätigen beläuft und nicht alle Arbeitnehmer, die Gewerkschaftsmitglieder sind, zugleich bei einem tarifgebundenen Arbeitgeber beschäftigt sind, beruht die Tarifgeltung für den Großteil der Beschäftigten auf einzelvertraglicher Vereinbarung und damit auf einer idR vom Arbeitgeber veranlassten Abmachung. Zu den Daten vgl. Schröder/Wefels, Die Gewerkschaften in Politik und Gesellschaft der Bundesrepublik Deutschland, 2003, Anhang S. 650 und 678. Nach Daten des DGB (»Organisationsgrad gesunken«, <http://www.einblick.dgb.de/archiv/0115/gfo11502.htm>) belief sich der Anteil der Gewerkschaftsmitglieder an der Gesamtzahl der Beschäftigten im Jahr 2002 auf lediglich 22,5 %.

34 Rose, Institutions and Regulations of Collective Wage Formation in Germany – the Erosion of the System continues, in: Diritti, Lavori, Mercati, H. 2/2003; diese Zahlen sind 2001 in etwa stabil geblieben, vgl. WSI-Tarifhandbuch 2003, S. 82.

35 WSI-Tarifhandbuch 2003, S. 82.

und andererseits durch die Praxis der Orientierung auch tariflich ungebundener Arbeitgeber an den maßgeblichen Branchentarifverträgen. Letztere erfasst etwa die Hälfte aller Beschäftigten in ungebundenen Unternehmen. Auf diese Weise werden noch immer knapp 70% (Ost) bis 80% (West) aller Arbeitsverhältnisse direkt oder zumindest indirekt vom System der Flächentarifverträge betroffen.³⁶ Zweitens ist gerade angesichts der aktuell so vehementen Kritik am System des Flächentarifvertrages der Hinweis darauf erforderlich, dass die Tariflandschaft in Deutschland nach wie vor ausgesprochen vielfältig ist. Derzeit bestehen rund 57.329 gültige Tarifverträge, darunter 32.787 Verbandstarifverträge und 24.542 Firmentarifverträge. Allein im Jahr 2002 sind in Westdeutschland 4.927 und in Ostdeutschland 862 Tarifverträge neu registriert worden. Für allgemein verbindlich erklärt sind 542 Tarifverträge, davon die weitaus größte Zahl (219) im Baugewerbe.

Auf Grund dieser hochgradig ausdifferenzierten Tariflandschaft muss die Tatsache erstaunen, dass sich gegenwärtig die Auseinandersetzung darüber zuspitzt, dass die Tarifpolitik zu stark zentralisiert sei. Gefordert wird, dass die Festlegung der Arbeitsbedingungen verstärkt auf der Ebene des Einzelbetriebes zu erfolgen habe. Dies werde durch das geltende Tarif- und Betriebsverfassungsrecht verhindert. Diese schon seit Jahren von den Industrie- und Unternehmerverbänden erhobene (und aktuell auch von den Arbeitgeberverbänden übernommene) Forderung ist von den Oppositionsparteien CDU/CSU und FDP im Deutschen Bundestag aufgegriffen worden. Die von ihnen vorgelegten Gesetzesentwürfe³⁷ sehen – sei es generell, sei es im Rahmen betrieblicher »Bündnisse für Arbeit« – die Möglichkeit vor, von den Vorgaben in Flächentarifverträgen durch Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat und mit Zustimmung einer qualifizierten Mehrheit der Belegschaft auch zu Lasten der Arbeitnehmer, beispielsweise durch eine Absenkung der Lohnhöhe, abweichen zu können. Ziel dieser Einschränkung der zwingenden Tarifgeltung soll die Stärkung der Wirtschaftlichkeit und internationalen Konkurrenzfähigkeit der Unternehmen und über die dadurch ausgelösten beschäftigungspolitischen Effekte die Verringerung der Zahl der Arbeitslosen sein.

Diese Gesetzesinitiativen der Opposition werden von den Gewerkschaften als verfassungswidriger Angriff auf die Tarifautonomie bewertet.³⁸ Sie waren Gegenstand der Verhandlungen zwischen Bund und Ländern im Vermittlungsausschuss über die vom Bundestag im Oktober 2003 beschlossenen Gesetzespakete der sog. Hartz-Reform (Drittes und Viertes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt).

³⁶ Vgl. Bispinck, Wie flexibel ist der Flächentarifvertrag?, WSI (Hrsg.), Informationen zur Tarifpolitik, März 2003, S. 2. Das Phänomen der freiwilligen Applikation des Tarifsystems bildet den Ausgangspunkt der spieltheoretischen Überlegungen, an Hand deren Wey (»Flexibilisierung gegen Innovation«, WZB Mitteilungen Nr. 102, Dez. 2003) die Gründe für die noch immer erstaunlich hohe Stabilität des Flächentarifsystems analysiert und den Fragen nachgeht, warum es nicht noch häufiger zu untertariflichen Lohnabschlüssen auf Betriebsebene kommt, warum die vermehrte Gründung von Konkurrenzgewerkschaften unterbleibt und Arbeitslose nicht verstärkt durch Individualverträge versuchen, die Arbeitsplatzbesitzer erfolgreich zu unterbieten. Als wesentliche Vorteile des Flächentarifsystems bestimmt er den Erhalt der Investitionsanreize für erfolgreiche Unternehmen und damit den Schutz ihrer Wettbewerbsfähigkeit sowie die dadurch ermöglichte Besserstellung der Gesamtheit der Arbeitnehmer gegenüber einem rein betriebsbezogenen Entlohnungssystem.

³⁷ FDP-Entwurf: BT-Drs. 14/2612 (2000) und BT-Drs. 14/6548 (2001); CDU-Entwurf BT-Drs. 15/1182 (2003); vgl. hierzu auch die im Auftrag des DGB erstatteten Gutachten von Dieterich, Flexibilisiertes Tarifrecht und Grundgesetz, RdA 2002, S. 1 ff. (zum FDP-Entwurf) und von Zachert, Tarifvertrag, Günstigkeitsprinzip und Verfassungsrecht – zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Vorschlags der CDU/CSU im ArbRMdG v. 18.6. 2003, Ms., Oktober 2003; ferner: Hromadka, Gesetzliche Tariföffnungsklauseln – Unzulässige Einschränkung der Koalitionsfreiheit oder Funktionsbedingung der Berufsfreiheit?, NJW 2003, 1273 ff.; Möschel, Dezentrale Lohnfindung und Tarifautonomie, ifo-Schnelldienst, 15/2003 S. 7 ff.

³⁸ DGB Bundesvorstand, AG Tarifautonomie, Erwiderung auf den Gesetzesentwurf der CDU »zur Modernisierung des Arbeitsrechts«, Berlin, Juni 2003; vgl. auch AiB Newsletter 10/2003 S. 58.

Die Opposition, die in der Mehrheit der Bundesländer die Regierung bildet, hatte sie im Vermittlungsausschuss als Gegenforderung für ihre Zustimmung zu den Vorhaben der Bundesregierung erhoben, konnte sich damit jedoch nicht durchsetzen. Zuzugeben ist den Kritikern der Flächentarifverträge, dass die Vielzahl der in Kraft befindlichen Tarifverträge eine Differenziertheit vortäuscht, die in diesem Ausmaß nicht besteht. Nahezu die Hälfte der Tarifverträge (insgesamt 25.784) lehnen sich als Änderungs-, Parallel- und Anschlussstarifverträge an die »Ursprungstarifverträge« an und übernehmen im Wesentlichen wortgleich die dort getroffenen Regelungen. Zudem besitzen insbesondere in Arbeitszeit- und Entgeltfragen bestimmte Tarifabschlüsse – wie etwa im Öffentlichen Dienst und in bestimmten Tarifbezirken der Metall- und Elektroindustrie – eine Pilotfunktion, die auf andere Branchen ausstrahlt.

Gleichwohl kann von einer faktisch homogenen Tarifenwicklung ebenso wenig die Rede sein wie von der angeblichen Starrheit der flächentariflichen Vorgaben. Ein großer Teil der Tarifverträge in Deutschland enthält bereits jetzt tarifliche Öffnungsklauseln, die ergänzende und z. T. auch abweichende Abmachungen auf Betriebsebene zulassen.³⁹ Die Arbeitszeitgestaltung einschließlich der Festlegung der Länge der Arbeitszeit für einzelne Beschäftigtengruppen erfolgt bereits seit Ende der 80er Jahre ganz überwiegend auf betrieblicher Ebene. Der gleiche Trend lässt sich in den letzten Jahren angesichts der zunehmend bedeutsamen variablen und flexiblen Entgeltbestandteile auch für die Vergütung feststellen. Deshalb liegt die Vermutung nahe, dass die aktuellen Bestrebungen, durch zwingende gesetzliche Regelung Abweichungen von Tarifverträgen auf betrieblicher Ebene zu ermöglichen, direkt auf die Schwächung der Stellung der Gewerkschaften zielt, um durch die Beeinträchtigung der Kartellwirkung der Tarifverträge Lohnsenkungen in breitem Ausmaß durchsetzen zu können.

Aber welches auch immer die politischen und wirtschaftlichen Motive dieser Vorschläge für die Einführung gesetzlicher Tariföffnungsbestimmungen sein mögen: Sie zielen auf eine forcierte Dezentralisierung der Ebene, auf der die Arbeitsbedingungen festgelegt wird. Damit nehmen die Arbeitsbeziehungen eine zunehmend auf die jeweilige Unternehmenseinheit bezogene, singuläre – und zumeist lokale – Gestalt an. Dies stellt das deutsche System der industriellen Beziehungen insofern vor erhebliche Herausforderungen, als die Gewerkschaften in den Betrieben und Unternehmen kaum über eigene Organisationsstrukturen verfügen. Die Interessenvertretung der Belegschaften gegenüber dem Arbeitgeber erfolgt durch die von allen Arbeitnehmern gewählten Betriebsräte, deren rechtliche Stellung und Befugnisse im Detail durch das Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) geregelt wird. Als Organe der Betriebsverfassung sind die Betriebsräte auf die Wahrung des »Wohls des Betriebes« und zur »vertrauensvollen Zusammenarbeit mit dem Arbeitgeber« verpflichtet. Die Kosten ihrer Tätigkeit hat der Arbeitgeber zu tragen, die Führung von Arbeitskämpfen ist ihnen untersagt. Auf Grund dieser spezifischen Ausprägung der industriellen Beziehungen in Deutschland erweist sich das lange Zeit stabile und international z. T. als vorbildlich angesehene⁴⁰ »duale System« der Interessenvertre-

39 Vgl. aus der umfangreichen Debatte hierzu nur: Bispinck/Schulten, Verbetrieblichung der Tarifpolitik? Aktuelle Tendenzen und Einschätzungen aus der Sicht von Betriebs- und Personalräten, WSI-Mitteilungen H. 3/2002, S. 157 ff.; Bispinck, Streit um den Flächentarif, Mitbestimmung H. 6/2003, S. 16 ff.; Bischoff, Flexibilisierung und Flächentarifvertrag – In der Tarifpolitik der chemischen Industrie kein Widerspruch, EuroAS H. 1–2/2003 S. 2 ff.; Schild/Wagner, Flächentarif und betriebliche Differenzierung?, Industrielle Beziehungen H. 2/2003, S. 326 ff.

40 Thelen, Union of Parts. Labour Politics in Postwar Germany, Ithaca/NY (Cornell University Press), 1991; Turner, Democracy at Work. Changing World Markets and the Future of Labour Unions, Ithaca/NY (Cornell University Press), 1991.

tung unter den aktuellen Bedingungen der Verbetrieblischung der Arbeitsbeziehungen als hochgradig problematisch.⁴¹ Denn es bewirkt infolge der begrenzten Autonomie und des fehlenden Streikrechts der Betriebsräte eine Schwächung der Interessenvertretung der Arbeitnehmer, die über das mit der Dezentralisierung ohnedies verbundene Ausmaß noch deutlich hinausgeht.

II. Der Paradigawechsel: Wandel der Legitimationsgrundlage der Tarifaufonomie

Die Gesetzesvorschläge der FDP und CDU/CSU sind der aktuell besonders zuge-spitzte politische Ausdruck der Krise der Tarifaufonomie. In der Öffentlichkeit weitgehend unbemerkt findet in den Instanzen des Rechtssystems (Rechtsprechung und Rechtslehre) schon seit Beginn der 90er Jahre ein Wandel der herrschenden Auffassungen statt, auf welcher Grundlage die autonome Gestaltung der Arbeitsbedingungen durch die Tarifvertragsparteien zu legitimieren ist. Es geht um die Frage, ob die normsetzende Befugnis der tarifschließenden Parteien auf einem besonderen sozialen Schutzauftrag des Staates (Delegationstheorien) oder schlicht auf einem Mandat der verbandlichen Mitgliedschaft (Tarifaufonomie als kollektive Privataufonomie) beruht.

Der Meinungsstreit, ob die Normsetzungsgewalt der Tarifvertragsparteien auf einer besonderen Variante staatlicher Delegation oder auf mitgliedschaftlicher Ermächtigung beruhe, ist keineswegs neu. Zu (relativ geringer) praktischer Relevanz kommt er vor allem bei der Frage, in welcher Weise Grundrechte tariflichen Regelungen Schranken setzen. Anknüpfend an die Theorien staatlicher Delegation sah das BAG lange Jahre Tarifvertragsparteien wie den staatlichen Normgeber als an die Grundrechte unmittelbar gebunden an.⁴² Auf der Basis der privatautonomen Bestimmung der Rechtsnatur der Tarifverträge stehen dagegen Grundrechtskollisionen zur Debatte, die nach Maßgabe der Regeln der praktischen Konkordanz zu lösen sind.⁴³ In der rechtswissenschaftlichen Literatur zeichnet sich nunmehr eine breite Zustimmung für die privatautonome Legitimierung der Tarifaufonomie ab. Das hängt offensichtlich damit zusammen, dass sich mit dieser Auffassung – je nachdem ob eine individualistische oder kollektive Legitimationsbasis für die Tarifaufonomie angenommen wird – ganz gegensätzliche Intentionen verbinden lassen. Bei den (gewerkschaftsfreundlichen) Anhängern tarifvertraglicher Regulierung erhofft man sich für die schwierigen tarifpolitischen Zukunftsaufgaben eine »weite rechtliche Gestaltungsfreiheit« der Tarifvertragsparteien statt eines »kleinlichen Hineinregierens der Gerichte«,⁴⁴ wenn der Maßstab unmittelbarer Grundrechtsbindung aufgegeben wird. Auf der anderen (arbeitsgeberfreundlichen) Seite setzt man dagegen auf die Perspektive einer »grundsätzlichen Neuordnung des Tarifrechts« im Sinne eines verbesserten Schutzes des einzelnen Gewerkschaftsmitglieds gegenüber der Regelungsgewalt der »übermächtigen Gewerkschaft«,⁴⁵ wenn diese etwa Beschäftigungspolitik zulasten des Individuums betreibt.

41 Blanke/Rose, Betriebsverfassung 2001: Flexible Mitbestimmung in modernen Zeiten, RdA 2001, S. 92 ff.
42 Dies änderte sich mit den Urteilen des 7. Senats v. 25. 2. 1998 und v. 11. 3. 1998, BAG AP Nr. 11 und 12 zu § 1 TVG Tarifverträge: Luftfahrt.

43 Vgl. Dieterich, Die grundrechtsdogmatischen Grenzen der Tarifaufonomie in der Rechtsprechung des BAG, FS Wiedemann 2002, S. 229 ff.

44 Zachert, Individuum und Kollektiv im Arbeitsrecht: Alte Fragen – neue Probleme, AuR 2002, S. 43, 46.

45 Rieble, Der Tarifvertrag als kollektiv-privatautonomer Vertrag, ZfA 2000, S. 5 ff., 26 f.

Der Wandel der Legitimationsgrundlage der Tarifaufonomie wird demnach von beiden Positionen auf die Krise des Tarifsystems bezogen. Auf der Basis eines grundrechtlich gebotenen verfassungsrechtlichen Schutzauftrags zugunsten der Tarifaufonomie will die eine zur Bewältigung der Krise das Kollektiv stärken, die andere das Individuum. Letztere sieht allerdings auf privatautonomer Grundlage ausschließlich ein grundsätzlich neugeordnetes Tarifsystem als legitimiert an. In dieser Lesart gerät die Auffassung von der Tarifaufonomie als Form kollektiver Privatautonomie für das bestehende Tarifsystem zum Moment zusätzlicher Destabilisierung.

Beide Lesarten führen zu einer Lockerung des Legitimationszusammenhangs zwischen Staatsfunktion und Tarifaufonomie. Die Tarifparteien üben eine Funktion aus eigenem Recht, eigener Pflicht und in eigener Verantwortung aus, die nur in Bezug auf ihre essentiellen Rahmenbedingungen durch eine entsprechende staatliche Schutzpflicht eingegrenzt ist. Diese Lockerung der »legitimatorischen Anbindung« der Tarifaufonomie an Staatsfunktionen geht parallel mit der Rückbildung nationalstaatlicher Gestaltungsfähigkeit der Sozialbeziehungen im Zuge der Europäisierung und Globalisierung. Als Rechtsfigur des Privatrechts stehen die Chancen für die einheitliche rechtliche Erfassung und Konstruktion der Tarifaufonomie auf der Ebene der Europäischen Union zweifellos besser als in ihrer Interpretation als delegierte staatliche Regelungsbefugnis.

Die Krise der Tarifaufonomie lässt sich als zunehmende Schwächung ihrer Selbststabilisierungsfähigkeit unter privatrechtlichen Vorzeichen interpretieren. Dadurch wird freilich die staatliche Stützung ihrer Leistungsfähigkeit zunehmend dringlicher. In dieser Hinsicht unterschätzt die privatrechtliche Theorie der Tarifaufonomie das Erfordernis ihrer Stärkung durch striktere gesetzliche (oder richterrechtliche) Vorgaben.

III. Konsequenz: Verhandelte Deregulierung als kollektive Selbstbestimmung?

Diese Diskrepanz zwischen normativ postulierter, aber faktisch nachlassender Selbststabilisierungsfähigkeit der Tarifaufonomie erklärt die Heftigkeit, mit der in der rechtswissenschaftlichen Literatur auf die mit der Neuregelung der Leiharbeit in § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG vorgesehene Möglichkeit reagiert wurde, durch Tarifvertrag vom gesetzlichen Gleichbehandlungsgebot der überlassenen Arbeitnehmer mit vergleichbaren Arbeitnehmern des Entleihers abweichen zu können.⁴⁶ Mit diesem gesetzlichen Kunstgriff wurde im reinen ökonomischen Überlebensinteresse der Leiharbeitsbranche und im verbandspolitischen Interesse der Arbeitgeberverbände und der Gewerkschaften faktisch ein Zwang zum Abschluss von Tarifverträgen statuiert und damit die Voraussetzung für die inzwischen nahezu flächendeckende tarifliche Regulierung dieses bislang von der Tarifpolitik weitgehend ausgesparten Bereichs geschaffen (»Die Wüste lebt«).

Erreicht wird dieses europarechtlich vorgezeichnete und im Grundsatz sozialpolitisch wünschenswerte Ziel allerdings durch eine tarifpolitisch problematische Instrumentalisierung der Tarifaufonomie i. S. einer »verhandelten Deregulierung«. Ansatzpunkte einer solchen Strategie der »verhandelten Deregulierung« reichen zurück

⁴⁶ Vgl. Thüsing, Equal pay bei Leiharbeit – Zur Reichweite der Gleichbehandlungspflicht nach dem AÜG, DB 2003, S. 446 ff., 450; Grobys/Schmidt/Broker, Verfassungsmäßigkeit von »equal pay«?, NZA 2003, S. 777 ff., 783; Hümmerich/Holthausen/Welslau, Arbeitsrechtliches im Ersten Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, NZA 2003, S. 7 ff., 10.

bis auf das BeschFG 1985 und finden sich zunehmend häufiger in arbeitsrechtlichen Gesetzen (vgl. z. B. § 22 TzBfG). Die tarifpolitische Ambivalenz dieser Strategie liegt auf der Hand: Sie eröffnet Verhandlungsspielraum durch die Möglichkeit zur tarifpolitischen Unterbietung von gesetzlichen Standards. Das trägt zur Aktivierung der verbandstariflichen Akteure vornehmlich auf Arbeitgeberseite bei, erhöht aber wegen der Durchbrechung des Günstigkeitsprinzips – und in der Neufassung des AÜG auch des verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsprinzips – das Risiko der Akzeptanz der Ergebnisse auf Arbeitnehmerseite.

Wird dieser Modus im Verhältnis von Gesetz und Tarifvertrag mit zunehmender Abkehr vom Schutz des Normalarbeitsverhältnisses zur Regel, dann droht das gesetzlich statuierte Gleichbehandlungsgebot zu einer normativen Kulisse für die Stabilisierung der Tarifaufonomie in Form der »verhandelten Deregulierung« zu werden. Es besteht die Gefahr, dass dadurch nicht nur der normative Rang des Gleichbehandlungsgebots entwertet wird – auch die Zuordnung der Tarifaufonomie zur Privataufonomie im Rahmen des verfassungsrechtlichen Schutzpflichtkonzepts käme unter Diskriminierungsaspekten in ein schiefes Licht.

Möglicherweise ist dies unter den gegebenen Umständen ein Preis, der für den Erhalt der Tarifaufonomie gezahlt werden muss. Dadurch werden aber – die Welt ist, wie der Siegeszug dieser privatautonomen Interpretation der Tarifaufonomie unter Bedingungen zunehmender Funktionsdefizite der Tarifaufonomie ebenfalls, voller Paradoxa – die faktischen Voraussetzungen ihrer privatautonomen Funktionsmechanismen noch weiter geschwächt: Tarifaufonomie würde mehr und mehr zu einem Handlungsplafonds, welches nicht länger »von selbst« auf der Basis von Verbandsorganisation und Mitgliedschaft funktioniert, sondern allein durch staatliche Vorgaben eröffnet und strukturiert ist. Als Vorbild einer solchen Schaffung tariflicher Arenen und der Instrumentierung der tariflichen Akteure könnte das Recht und die Praxis der Europäischen Gemeinschaft (bzw. Union) auf dem Gebiet der Arbeits- und Sozialpolitik mit ihrer Einbindung der Sozialpartner in die Verhandlungs- und Rechtssetzungsprozeduren des Sozialen Dialogs und die erstmals mit der EBR-RL 94/45/EG v. 22. 9. 1994⁴⁷ systematisch genutzte Entdeckung des »bargaining in the shadow of the law« dienen.⁴⁸ Von der mit der neueren privatrechtlichen Lesart betonten Aufonomie der Tarifaufonomie bleibt unter diesen Bedingungen wenig mehr übrig als der Schatten ihrer selbst und die normative Emphase des Kontrafaktischen.

Die Krise der Tarifaufonomie, soviel ist festzuhalten, ist der kollektivrechtliche Ausdruck der Krise des Normalarbeitsverhältnisses. Die Vervielfältigung und Normalisierung atypischer Beschäftigungsverhältnisse und die Umdeutung des arbeitsrechtlichen Basispostulats von der wirtschaftlichen und sozialen Unterlegenheit des einzelnen Arbeitnehmers in eine Vertragsbeziehung zwischen annähernd gleichgewichtigen Partnern unterminiert die Legitimation der Tarifaufonomie aus dem Gedanken des Arbeitnehmerschutzes. Der Siegeszug der privatrechtlichen Legitimation der Tarifaufonomie anstelle der früher dominierenden Delegationstheorie markiert diesen Paradigmawechsel. Dies gilt erklärtermaßen jedenfalls für die individualistische Variante dieser Theorie, während die kollektive Variante insofern den Anschluss an das Konzept der strukturellen Unterlegenheit wahrt, als sie die grund-

47 ABl. EG Nr. L 254, S. 64.

48 Cattero, »Mitbestimmung« auf europäisch. Deutungs Offenheit, institutionelle Mythen und lose Kopplungen, in: Abel/Ittermann (Hrsg.), Mitbestimmung an den Grenzen?, 2001, S. 135 ff.; Blanke, Europäische Betriebsräte-Vereinbarungen: Arten, Inhalte und Funktionen, Rechtsnatur, in: HLS CAHIER Nr. 3, 2003, S. 155 ff.

gesetzliche Garantie der Tarifautonomie als Ausdruck des verfassungsrechtlichen Schutzpflichtkonzepts interpretiert.

Der Paradigmawechsel hin zur privatrechtlichen Deutung der Tarifautonomie steht in bemerkenswertem Kontrast zu ihrer sinkenden Selbststabilisierungsfähigkeit, die um des Erhalts der Funktionen des Tarifsystems willen der Stützung durch externe Intervention sei es der Gesetzgebung oder der Rechtsprechung bedarf. Die den Tarifvertragsparteien in der jüngeren arbeitsrechtlichen Gesetzgebung zugewiesenen Gestaltungsspielräume tragen zur Stärkung der Tarifautonomie allenfalls in einem sehr zwiespältigen Sinne bei. Indem sie regelmäßig Abweichungen von ansonsten zwingend geltenden gesetzlichen Standards zulasten der Arbeitnehmer durch Tarifvertrag zulassen, instrumentalisieren sie die faktische Schwäche der Kollektivakteure für die Durchsetzung des Konzepts einer verhandelten Deregulierung.

D. Die Hegemonie des ökonomischen Diskurses und das Erfordernis der Rückbesinnung auf normative Gestaltbarkeit

Was anstelle eines solchen juristisch-dogmatischen Wegtauchens vor den Regulierungsproblemen der Arbeitsbeziehungen ansteht, ist die öffentlich-politische Auseinandersetzung und Verständigung über eine Neubestimmung der Funktionen der Tarifautonomie. Bedürfen die Arbeitsbeziehungen in der modernen Wissensgesellschaft, so ist zu fragen, noch der überbetrieblichen Stabilisierung und Standardisierung durch das Korsett der Verbandstarife? Ist die ökonomische und soziale Schutzfunktion der Kartellwirkung der Tarifverträge zur Stärkung der Marktmacht von selbständiger und selbstbewusster gewordenen Arbeitnehmern noch länger notwendig? Ist die Bewahrung der Gesellschaft und auch der Arbeitgeber vor den ökonomischen Zwängen lohndruckerischer Schmutzkonzurrenz angesichts europaweit entgrenzter Arbeitsmärkte noch länger ein legitimes Ziel?

Zu dieser Debatte, die starke normative Implikationen besitzt, haben Juristen einen genuinen Beitrag zu leisten. Sie müssen sich, dies zeigt die aktuelle Auseinandersetzung, wieder verstärkt einmischen und die Räume öffnen, in denen normative Gesichtspunkte überhaupt die Chance haben, thematisiert zu werden und Gehör zu finden. Gegenwärtig sind die Diskussionsfelder von anderen besetzt, vornehmlich von Ökonomen. Sie fragen nicht nach Wünschbarkeiten, sondern nüchterner und realistischer nach den praktischen Effekten:⁴⁹ Verhindert oder befördert die Tarifautonomie das Funktionieren des Arbeitsmarktes? Ist sie mitverantwortlich für die steigende und sich verfestigende Massenarbeitslosigkeit? Welche Korrekturen sind bejahendenfalls an der Tarifautonomie erforderlich, um die Integration von Langzeitarbeitslosen in den ersten Arbeitsmarkt zu befördern und das Elend der Massenarbeitslosigkeit zu bekämpfen?

Die Antwort auf diese Fragen ist im derzeit vorherrschenden neoliberalen ökonomischen mainstream vorgezeichnet: Die Tarifautonomie verhindert markträumende Preisbildungen, verzerrt Informationen, versperrt notwendige Anpassungsbewegungen und führt zu Fehlallokationen. Sie bewirkt im Verbund mit arbeitnehmerschützenden Gesetzen wie insbesondere dem Kündigungsschutzgesetz, der betrieblichen

49 Exemplarisch: Berthold/Stettes, Der Flächentarifvertrag – vom Wegbereiter des Wirtschaftswunders zum Verursacher der Beschäftigungsmisere, in: Ott/Schäfer (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Arbeitsrechts, 2000, S. 1 ff.

Mitbestimmung (Sozialplanpflicht!) und dem Arbeitslosengeld, dass politisch induzierte, wirtschaftlich schädliche »Quasi-Renten« dort anfallen, wo sie aufgrund der Marktlogik nicht hingehören.

Derartige wirtschaftswissenschaftliche Informationen sind auch dort nützlich, wo ihnen der dogmatische Charakter ihrer Grundprämissen auf der Stirn geschrieben steht.⁵⁰ Denn sie belehren die Gesellschaft immerhin darüber, wohin die Reise nach Ansicht der Apologeten der reinen Marktgesetze gehen sollte. Und sie zwingen Politik und Gesellschaft, ihre politisch induzierten »Speckgürtel« aus tradierten Privilegien, unvollkommenen Märkten und versunkenen Subventionen ans Tageslicht zu holen, im Licht wirtschaftlicher Effizienz erneut anzuschauen, zu prüfen und ggf. zu verwerfen oder normativ erneut zu rechtfertigen.

Dabei muss freilich in Erinnerung gehalten werden: Auch ökonomische Theorien sind Konstrukte, nicht nur intellektueller und normativer Natur, sondern auch sozialer. Für sie gilt Letzteres sogar in ganz besonderem Maß – und im Grundsatz ist ihnen das auch bewusst. Die Wirtschaftswissenschaftler dürfen aber, und das ist angesichts der gegenwärtigen Hegemonie des ökonomischen Diskurses das Problem, in der öffentlichen Debatte ihre implizite Sozialphilosophie und Wirtschaftsethik nicht verbergen. Im Überschwang ihres aktuellen Rollenspiels als omnipräsente Politikberater⁵¹ erliegen sie allenthalben der Versuchung, diese Prämissen vergessen zu machen.⁵²

Mit der Deutungshoheit der wirtschaftswissenschaftlichen Selbstinterpretation büßt die Gesellschaft die normative Dimension ihrer Selbstreflexivität ein. Sie wäre am Ende wie das nutzenmaximierende Retortenbaby der reinen Wirtschaftstheorie eine ökonomische Kampfmaschine ohne Wenn und Aber, aber auch ohne Sinn und Verstand. Normativ unempfindlich geworden würde sie ihren fortschreitenden Legitimationsverfall nicht einmal mehr bemerken. Der Abschied vom Arbeitsrecht wäre zugleich das Ende dessen, was wir in der Tradition kontinentaleuropäischer Sozialstaatlichkeit als Gesellschaft zu bezeichnen gewohnt waren. Dass in dieser Situation die Deutsche Gesellschaft für Soziologie den nächsten Soziologentag 2004 in München – erstmals in ihrer über 90jährigen Geschichte – unter das Leitthema der sozialen Ungleichheit stellt,⁵³ ist ein ebenso bemerkenswertes wie ermutigendes Zeichen. Die Juristen sollten die Soziologen mit dieser Fragestellung nicht allein lassen.

Was die Juristen »als solche« hierzu beizutragen haben, ist zunächst die nähere Bestimmung der Grenzmarken, die das Rechtssystem und darin namentlich die Verfassung gegenüber allen allzu forschenden Forderungen und Initiativen nach einem Umbau, der den Imperativen der reinen Marktlehre freie Bahn verspricht, errichtet. In diesem Kontext können sie ihr fachspezifisches Wissen um die Geschichte und die Zielsetzungen, die prinzipiengeleiteten Rationalitäten und die rechtssystematischen Zusammenhänge rechtlicher Instrumentarien einbringen und die Verfahren und Maßstäbe darlegen, die zur Garantie ihrer Wirksamkeit und zur Kontrolle ihrer Entfaltung entwickelt wurden und einzuhalten sind.⁵⁴ Über diese Bestimmung dessen hinaus, was alles aufgrund von Geschichte und Gesellschaft bereits normativ vor-entschieden und deshalb »nicht möglich ist«, sehen sich die Juristen – nun bereits nur

⁵⁰ Dazu vgl. Schettkat, Reformen in Deutschland: zu wenig, zu spät?, WSI-Mitteilungen H. 5/2003, S. 267 ff.

⁵¹ Exemplarisch: Das Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit v. 11. 10. 2003 mit dem Titel »Tarifautonomie auf dem Prüfstand«.

⁵² Vgl. hierzu den treffenden Kommentar von Dieterich, Der Tunnelblick der Ökonomen, Süddeutsche Zeitung v. 17. 12. 2003, S. 2.

⁵³ Vgl. das Themenpapier der Programmkommission »Soziale Ungleichheit – kulturelle Unterschiede. Zum Rahmenthema des 32. Kongresses der Deutschen Gesellschaft für Soziologie 2001 in München«, Ms., 2003.

⁵⁴ Vgl. hierzu exemplarisch die Beiträge von Dieterich und Zachert, oben Fn. 36.

noch partiell »als solche« – zunehmend herausgefordert, die praktischen Effekte dessen zu untersuchen, was durch den rechtlich Ausschluss alternativer Möglichkeiten de facto bewirkt wird: Es geht um »Rechtstatsachen-« und »Implementationsforschung«, die sich (wieder) in den Streit der Fakultäten (heute vornehmlich mit den Ökonomen) einmischt und ihnen das Monopol auf Wirklichkeit, auf das Wissen über empirisch valide Daten und Fakten, und deren Deutung streitig macht.⁵⁵ Und bei alldem geht es darum, dass entsprechend dem Leitthema des nächsten Soziologentages aus der Debatte über soziale Ungleichheit zugleich eine gesellschaftliche Debatte über soziale (Un-)Gerechtigkeit wird.

55 Vgl. hierzu exemplarisch die empirischen Studien zur Arbeitsvermittlung, zum Kündigungsschutz und zur Wirkungsweise des Arbeitsrechts aus Arbeitgebersicht bei: Bielski/Hartmann/Mauer/Seifert, Übergänge zu einem neuen Arbeitsplatz, WSI-Mitteilungen H. 8/2002, S. 442 ff.; Bielski/Hartmann/Pfarr/Seifert, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen: Wahrnehmung und Wirklichkeit, AuR 2003, 81 ff. und in den Ergebnissen des Projekts »Regulierung des Arbeitsmarktes« des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Instituts (WSI) in der Hans-Böckler-Stiftung, download unter www.boeckler.de.