
Peter Hanau

Tarif autonomie in der Bewährung*

Prof. Dr. Peter Hanau, geb. 1935 in Berlin, Studium der Rechtswissenschaft in Freiburg/Breisgau und Göttingen, lehrt Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht an der Universität Köln. Er ist Direktor des Forschungsinstituts für Sozialrecht an der Universität Köln und Präsident des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes.

In dem Thema mischen sich Programmatisches und Aktuelles. Mir ist aufgegeben, vor allem das Programmatische zu behandeln, aber es läßt sich beides nicht trennen. Ich werde der Versuchung widerstehen, meine Kompetenz zu überschreiten und mich in innergewerkschaftliche Angelegenheiten einzumischen. Statt dessen will ich mit einigen juristischen Überlegungen aufwarten, von denen ich hoffe, daß sie hier und dort bei der Programm- und Tarifpolitik und vor allem bei der heutigen Diskussion hilfreich sein können.

Das Thema lautet: Tarif autonomie in der Bewährung. Warum muß sie sich bewähren, vor welchen Herausforderungen muß sie sich bewähren? Offenkundig sind es vor allem zwei. Einmal das, was uns jeden Tag beschäftigt, die Herausforderung durch die, allgemein gesprochen, Wirtschaftskrise. Ich will aber noch eine zweite Herausforderung herausstellen, die mit der ersten zusammenhängt, und das ist die Herausforderung durch die offenen Grenzen. Zur Geschichte unseres Tarif Systems gehört ja, daß es in einem relativ geschlossenen Arbeitsmarkt gewachsen ist und sich nicht so sehr gegen Einflüsse, Unterbietung, Aushöhlung von außen verteidigen mußte. Das hat sich radikal geändert. Die Grenzen des Arbeitsmarktes nach Westen sind ja faktisch schon lange offen, aber jetzt sind sie auch juristisch ganz offen. Die Grenzen nach Osten sind jedenfalls faktisch offen. Die Wirtschaftskrise, die Wirtschaftslage mag sich bessern, aber die Herausforderung durch die Welt um uns, die wir nicht im Griff haben, die wir auch tarif politisch nicht weltweit in den Griff bekommen können, bleibt. Die zweite Herausforderung kommt

* Der Beitrag von Peter Hanau sowie die nachfolgenden Überlegungen von Walter Riester waren Grundlage des 4. "Werkstattgesprächs des DGB zur Programmreform, das am 13. Januar 1994 unter dem Titel „Tarifpolitik im Umbruch“ in Düsseldorf stattfand. Die Dokumentation der Werkstattgespräche zur Programmreform wird im Juli 1994 fortgesetzt.

von betrieblichen Regelungen, die sich von überbetrieblichen Regelungen emanzipieren wollen.

Es gibt noch eine mögliche dritte Herausforderung, die nicht von außen kommt, vom Ausland oder von den wirtschaftlichen Gegebenheiten, sondern von innen, die ich hier nur andeuten will. Ich meine die sich hier und da abzeichnende Situation, daß die DGB-Gewerkschaften und die DAG verschiedene Wege gehen. Wir haben ja bisher in Deutschland das Konzept der Einheitsgewerkschaft. Es war zwar nie ganz durchgeführt, es war auch kein juristisches Konzept, aber es hat doch in der Praxis dominiert und es hat zu etwas geführt, was nun auch ein juristisches Konzept hat, nämlich zur Tarif einheit im Betrieb.¹ Unser gesamtes Tarifvertrags- und Arbeitskämpfrecht und unser gesamtes kollektivarbeitsrechtliches Denken sind auf den Einheitstarifvertrag ausgerichtet, der unterschrieben ist von allen in Betracht kommenden Gewerkschaften. Wenn sich das ändern sollte, werden die Karten neu gemischt, und ich kann Ihnen verraten, daß die Juristen vor dieser Situation ebenso hilflos stehen wie vielleicht auch die Tarifpolitiker. Wir wissen nicht, wie wir damit umgehen sollen: verschiedene Tarifverträge im Betrieb, verschiedene Arbeitskämpfe, wer darf um welchen Tarifvertrag mitstreiken? Was ist mit den Außenseitern, die sich den Einheitstarifverträgen angeschlossen haben, wenn wir nun zwei Tarifverträge haben? Das Bundesarbeitsgericht versucht an der Tarifeinheit im Betrieb festzuhalten, auch wenn die Gewerkschaftseinheit zerbricht. Doch ist fraglich, ob sich das rechtfertigen läßt.

Kern und Schale der Tarifautonomie

Nun zu den beiden anderen Herausforderungen, wie kann ihnen begegnet werden? Ausgangspunkt ist die Verfassungsgarantie der Koalitionsfreiheit. Ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist, daß Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz (GG), das Grundrecht der Koalitionsfreiheit, nicht nur, wie das Grundgesetz sagt, die Bildung, sondern auch die Betätigung von Berufsverbänden umfaßt, darunter vor allem die Tarifautonomie.² In diesem Zusammenhang wird häufig von einer Kernbereichsgarantie gesprochen und der Eindruck erweckt, daß von der Tarifautonomie und überhaupt von der Koalitionsbetätigung nur ein Kernbereich verfassungsrechtlich geschützt sei, während das, was nicht zum Kern gehört, völlig dem gesetzgeberischen Belieben ausgeliefert wäre. Es gibt in der Tat Formulierungen des Bundesverfassungsgerichts, die man so verstehen könnte,³ doch kann dies nicht wirklich gemeint sein. Man muß sich ja nur vorstellen, von anderen Grundrechten, z. B. der Meinungsfreiheit, sei nur ein Kernbereich geschützt, dann hätte man vielleicht im Jahr einen Kernbereich von drei Meinungen, die man äußern dürfte. Das gäbe gar keinen Sinn. Wenn ein Lebensbereich des verfassungsrechtlichen

1 Dazu zuletzt BAG 20. 3.1991, Arbeitsrechtliche Praxis Nr. 4 § 4 Tarifvertragsgesetz Tarifkonkurrenz, auch in: Der Betrieb 1991, S. 1779 und Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht § 4 Tarifvertragsgesetz Tarifkonkurrenz Nr. 7.

2 Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen Band 18, S. 18, 28; Band 38, S. 281,305; Band 44, S. 322, 341.

3 Z. B. Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen Band 4, S. 96,106; Band 19, S. 322; Band 20, S. 312,317; Band 28, S. 294,303,306.

Schutzes wert ist, wenn er in diese Höhe gehoben wird, dann ist er insgesamt des Schutzes wert.⁴ Wie es sich damit verhält, zeigt schon der Begriff des Kerns. Der Kern ist ja nicht das Ganze, der Kern ist der harte Kern, die Mitte. Das heißt, der Kernbereich hat einen besonderen verfassungsrechtlichen Status, in ihn kann grundsätzlich überhaupt nicht eingegriffen werden (Wesensgehaltsgarantie gem. Art. 19 n GG). Um den Kern legt sich aber ex definitione immer etwas Weiteres herum, bis zur Schale. Deshalb muß man es wohl so sehen, daß die Tarifautonomie insgesamt verfassungsrechtlich geschützt ist, aber abgestuft. Es gibt einen Kernbereich, in den darf der Gesetzgeber gar nicht oder nur unter ganz erschwerten Voraussetzungen eingreifen. Im übrigen darf er eingreifen, insofern besteht ein ungeschriebener Gesetzesvorbehalt, aber nur aus Gründen, die, wie allgemein bei Gesetzesvorbehalten, der verfassungsrechtlichen Bewertung standhalten, nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nur zum Schutz anderer gleichgewichtiger Rechtsgüter.

Nun gibt es eine Auffassung, die sagt, die gesamte Koalitionsbetätigung sei verfassungsrechtlich geschützt ohne Gesetzesvorbehalt, weil im Grundgesetz kein Gesetzesvorbehalt steht.⁵ Aber das widerspricht der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die ja annimmt, daß der Gesetzgeber Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie ausgestalten kann.⁶ Daß im Grundgesetz insofern kein Gesetzesvorbehalt steht, erklärt sich daraus, daß das GG ausdrücklich nur die *Bildung von Koalitionen* garantiert und dafür gibt es natürlich keinen Gesetzesvorbehalt. Bei der *Betätigung* muß man ihn dagegen anerkennen. Dies ist keine Einschränkung, sondern eine Verstärkung der Tarifautonomie, weil es voraussetzt, daß sie insgesamt geschützt ist. Wenn man ihren Schutz über den Kern hinaus ausdehnt, muß man auch einen Gesetzesvorbehalt anerkennen, der ja nach dem Grundgesetz, anders als in der Weimarer Verfassung, den Gesetzgeber durchaus nicht zu beliebigen Eingriffen ermächtigt, sondern nur zu Beschränkungen, die zum Schutz anderer Rechtsgüter von der Sache her geboten sind, wie es das Bundesverfassungsgericht ausgedrückt hat.⁷

In dieser Auffassung sehe ich mich bestätigt durch Ausführungen der Karlsruher Richter in ihrer neuen Entscheidung zum Beamteneinsatz im Arbeitskampf.⁸ Dort heißt es u. a.: „Art. 9 Abs. 3 gewährleistet das Recht, zur Wahrung

4 In diesem Sinn schon Wilhelm Herschel, in: Arbeit und Recht 1981, S. 265; vgl. auch den Beitrag von Peter Hanau, in: Arbeit und Recht 1983, S. 257 mit vielen weiteren Nachweisen.

5 Vgl. Alfred Oppolzer/UMch Zachert, in: Betriebsberater 1993, S. 1353, 1355.

6 Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen Band 50, S. 290, 368; Band 58, S. 233, 247; nicht unzweideutig: jetzt Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen Band 84, S. 212, 228: „Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit ist zwar vorbehaltlos gewährleistet. Damit ist aber nicht jede Einschränkung von vornherein ausgeschlossen. Sie kann durch Grundrechte Dritter und andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechte gerechtfertigt sein (vgl. etwa Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen Band 28, S. 243, 260 ff.; Band 30, S. 173, 193; Band 57, S. 70, 98 f.; ständige Rechtsprechung). Darüber hinaus bedarf die Koalitionsfreiheit der Ausgestaltung durch die Rechtsordnung, soweit das Verhältnis der Tarifvertragsparteien zueinander berührt wird, die beide den Schutz des Artikel 9 Absatz 3 genießen. Ob der Gesetzgeber weitergehende Regelungsbefugnisse zum Schutz sonstiger Rechtsgüter hat (vgl. Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen Band 28, S. 295, 306) braucht nicht vertieft zu werden.“

7 Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen Band 28, S. 295, 305 f.

8 Siehe: Neue Juristische Wochenschrift 1993, S. 1379 f. Ein gewandeltes Verständnis des Kernbereichs in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nehmen auch Alfred Oppolzer/Ulrich Zachert, in: Betriebsberater 1993, S. 1353, 1355 an.

und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden. Er schützt auch die Koalitionen selbst in ihrem Bestand, ihrer Organisation und ihrer Tätigkeit, soweit diese gerade in der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen besteht. Hierzu gehört insbesondere der Abschluß von Tarifverträgen. Die Koalitionen sollen beim Abschluß von Tarifverträgen frei sein und die Mittel, die sie zur Erreichung dieses Zwecks für geeignet halten, selbst wählen können. Mit der grundrechtlichen Garantie der Tarifautonomie wird ein Freiraum gewährleistet, in dem Arbeitnehmer und Arbeitgeber ihre Interessengegensätze in eigener Verantwortung austragen können. Diese Freiheit findet ihren Grund in der historischen Erfahrung, daß auf diese Weise eher Ergebnisse erzielt werden, die den Interessen der widerstreitenden Gruppen und dem Gemeinwohl gerecht werden, als bei einer staatlichen Schlichtung. Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit kann sich unter diesen Umständen aber nicht darauf beschränken, den einzelnen Grundrechtsträger vor staatlichen Eingriffen in individuelle Handlungsmöglichkeiten zu schützen; es hat vielmehr darüber hinaus die Beziehung zwischen Trägern widerstreitender Interessen zum Gegenstand und schützt diese auch insoweit vor staatlicher Einflußnahme, als sie zum Austrag ihrer Interessengegensätze Kampfmittel mit beträchtlichen Auswirkungen auf den Gegner und die Allgemeinheit verwenden. Gerade wegen dieser Eigenart bedarf das Grundrecht der Koalitionsfreiheit der Ausgestaltung durch die Rechtsordnung."

Diese Aussagen sind nicht beschränkt auf einen Kernbereich, sie sind umfassend formuliert, so daß es richtig ist zu sagen, die Tarifautonomie ist umfassend von der Verfassung geschützt, abgestuft nach verschiedenen Eingriffssintensitäten, die im Kern dann ganz verschwinden.

Verdrängung und Zurückdrängung der Tarifverträge

Mit welchen Eingriffen, mit welchen Problemen für die Tarifautonomie müssen wir nun infolge der eingangs genannten Herausforderungen rechnen? Es sind im wesentlichen zwei. Einmal gibt es Bereiche, in denen das Tarifvertragsrecht und damit der Tarifvertrag verdrängt zu werden drohen. Wir haben in Deutschland eine zunehmende Tendenz zu tariffreien Beschäftigungsinseln, die besondere Aufmerksamkeit verdient. Dies geht auf Einflüsse des ausländischen und des öffentlichen Rechts zurück. Ein zweiter Problembereich betrifft nicht die Verdrängung des Tarifvertrages durch andere Gestaltungsmittel, sondern die Zurückdrängung des Tarifvertrages durch betriebliche Regelungen, also die Veränderung des Verhältnisses von Tarif- und Betriebsautonomie. Bisher galt das Prinzip, daß die Betriebsautonomie nur Subsidiäres regeln kann, also was der Tarifvertrag überläßt. Dominanz des Tarifvertrages, Subsidiarität der betrieblichen Regelung. Wir sehen nun Tendenzen, das geradezu umzukehren und umgekehrt den Tarifvertrag in eine subsidiäre Rolle zu verweisen.⁹ Das sind die beiden großen Posten auf der Verlustliste der Tarif-

⁹ Rütters spricht von einer neuen Subsidiarität im Arbeitsleben, in: Zeugen des Wissen, herausgegeben von M. Maier-Leibnitz, S. 776.

autonomie, Verdrängung des Tarifvertrages und Zurückdrängung zugunsten betrieblicher Regelung. Letzteres ist nicht nur unter negativen Vorzeichen zu behandeln, denn es kann sein, daß die verstärkte Verklammerung von Tarif- und Betriebsautonomie keine Schwächung der Tarifautonomie bewirkt, sondern unter bestimmten Voraussetzungen eine Stärkung, weil der Tarifvertrag dadurch die Möglichkeit bekommt, Angelegenheiten zu regeln, die er sonst gar nicht regeln könnte, weil sie betrieblich zu differenziert sind.

Vorrang ausländischen Rechts?

Wie steht es mit der im Zuge des EU-Binnenmarktes oder der Öffnung nach Osten erfolgenden Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer in Deutschland, die im Dienste ausländischer Arbeitgeber hierherkommen? Es soll auch schon interessante Verbindungen geben von Ost und West, polnische Bauunternehmer, die in der Bundesrepublik portugiesische Arbeitnehmer beschäftigen. Die Polen bringen das Know how des deutschen Baumarktes mit, die Portugiesen die Freiheit von Arbeitserlaubnis im EU-Binnenmarkt. Auch das umgekehrte Problem gibt es: Im Augenblick läuft ein Prozeß beim Europäischen Gerichtshof, der sich mit der Frage befaßt, ob Unternehmer aus dem EU-Bereich aufgrund der Dienstleistungsfreiheit berechtigt sind, nicht nur Arbeitnehmer ihrer eigenen Länder, sondern auch Arbeitnehmer aus Drittstaaten (im Streitfall Marokkaner) in andere EU-Länder zu entsenden.¹⁰ Also man sieht, daß die Grenzen des deutschen Arbeitsmarktes und damit des deutschen Arbeitsrechts gegenüber der ganzen Welt ins Fließen kommen.

Das Grundprinzip des internationalen Arbeitsrechts ist an sich aus inländischer Sicht tarifvertragsfreundlich. Es gilt hier Art. 30 des Einführungsgesetzes zum BGB, nach dem grundsätzlich das Recht des Arbeitsortes maßgeblich ist, einschließlich des Tarifvertragsrechts und der Tarifverträge, soweit sie anwendbar sind. Vorübergehend entsandte Arbeitnehmer werden nicht häufig Mitglied deutscher Gewerkschaften sein, aber die allgemeinverbindlichen Tarifverträge erfassen ja auch Nichtgewerkschaftsmitglieder. Hier ist eine Frage zu stellen an die Gewerkschaften, ob sie nämlich bei der Abgrenzung der Geltungsbereiche der Tarifverträge, die sie natürlich nicht alleine abgrenzen, aber die sie mitbestimmen, diese Konstellation bedacht haben. Mein Eindruck ist: nein. Jedenfalls scheinen z. B. in der Bauwirtschaft die allgemeinverbindlichen Tarifverträge dadurch, daß sie für ihre Anwendung nicht nur Tätigkeiten, sondern Betriebe in Deutschland verlangen, ihren eigenen Geltungsbereich in solchen grenzüberschreitenden Situationen zu beschränken. Hier ist also eine erhebliche Aufgabe für die Tarifparteien, unter den veränderten internationalen Vorzeichen zu überlegen, wie man auch vorübergehend aus dem Ausland entsandte Arbeitnehmer interpretierend oder korrigierend einbeziehen kann.

Wenn man darüber unter dem Stichwort „Arbeit in Deutschland immer nach deutschen Tarifvertragsrecht“ nachdenkt, hat man ein ungewöhnliches

¹⁰ Rechtssache C-43/93, Vorlagebeschluß des Verwaltungsgerichts Chalons-sur-Marne vom 22.12.1992.

Aufgebot von Autoritäten für sich. Das ist nicht Arbeitsrechtschauvinismus, erst recht nicht gemeinschaftswidriger Arbeitsrechtschauvinismus, sondern kann sich auf international anerkannte Autoritäten stützen. Das beginnt mit dem Europäischen Gerichtshof, der den Mitgliedstaaten schon zweimal bescheinigt und geradezu nahegelegt hat, daß sie das inländische Tarifvertragsrecht so ausgestalten können, daß es auch aus dem Ausland vorübergehend entsandte Arbeitnehmer umfaßt.¹¹ Die EU-Kommission hat den Entwurf einer sogenannten Entsenderichtlinie vorgelegt, der die Anwendbarkeit zwar nicht aller, aber doch der wichtigsten allgemeinverbindlichen Tarifregelungen auf entsandte Arbeitnehmer sicherstellen soll.¹² Der Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung hat schon in seinem Jahresgutachten 1989/90 gefordert, daß das Prinzip der Gleichbehandlung von Inländern und Ausländern angewendet werden solle, wenn ein Unternehmen mit eigenen Arbeitskräften direkte Leistungen in einem anderen Land erbringt.¹³

Hier muß sich die Tarifautonomie bewähren. Sie braucht dazu die Hilfe des Gesetzgebers, sie braucht aber auch die Unterstützung und das Engagement der Tarifparteien, um dieses neue Phänomen zu erfassen. Sonst droht die Verdrängung des deutschen Arbeitsrechts, der deutschen Tarifverträge und letztlich auch der deutschen Arbeitnehmer aus zunehmenden Bereichen des Arbeitsmarktes. Für die Bauwirtschaft wird das ja schon befürchtet.¹⁴

Vorrang des öffentlichen Rechts?

Zu beachten ist ferner die Verdrängung des Arbeitsrecht und des Tarifvertrages durch öffentliches Recht. Das ist beim Beamtenrecht eine alte Sache. Das Beamtenverhältnis ist dem Tarifvertrag nicht zugänglich, weil es öffentlich-rechtlich ausgestaltet und durch Gesetz geregelt ist. Dies beruht nicht auf einer beliebigen Entscheidung des Gesetzgebers, sondern benötigt und hat eine eigene verfassungsrechtliche Verankerung in Art. 33 GG. Heute stellt sich nun die Frage, ob der Gesetzgeber auch sonst die Möglichkeit hat, Beschäftigungsverhältnisse dem öffentlichen Recht zu unterstellen und damit der Tarifautonomie zu entziehen. Die Ausnahme für das Beamtenverhältnis geht zwar zurück. Die Privatisierung von Bahnen und Post, die ja bei den Gewerkschaften nicht immer Begeisterung ausgelöst hat, ist aus der Sicht der Tarifautonomie zu begrüßen, denn damit gehen die Beamtenverhältnisse zurück und die Beschäftigungen gehen wieder ins Arbeitsrecht über, so daß

11 Zuletzt Entscheidung vom 27. 3. 1990 in der Rechtssache C-113/89 (Rush-Portuguesa), in: Amtliche Sammlung, S. 1417,1445; „das Gemeinschaftsrecht verwehrt es den Mitgliedstaaten nicht, ihre Rechtsvorschriften oder die von den Sozialpartnern geschlossenen Tarifverträge unabhängig davon, in welchem Land der Arbeitgeber ansässig ist, auf alle Personen auszudehnen, die in ihrem Hoheitsgebiet, und sei es auch nur vorübergehend, eine unselbständige Erwerbstätigkeit ausüben.

12 Amtsblatt der EG C 225 vom 30. 8.1991, dazu Wolfgang Däubler, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1993, S. 371; Peter Hanau, in: Festschrift für Clyde Summers, Baden-Baden 1993, S. 194.

13 Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Lage, Jahresgutachten 1989/1990, Nr. 465.

14 S. Köbele/Sahl (Herausgeber), Die Zukunft der Sozialkassensysteme der Bauwirtschaft im Europäischen Binnenmarkt, Köln 1993.

man sich heute schon die Frage stellen kann, ob für die dort vorhandenen und an die Aktiengesellschaften ausgeliehenen Beamten überhaupt noch das beamtenrechtliche Streikverbot gilt.

Die gegenteilige Diskussion haben wir beim zweiten und dritten Arbeitsmarkt. Der zweite Arbeitsmarkt ist der im Rahmen des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG) durch ABM und ähnliche Maßnahmen geförderte Arbeitsmarkt. Als dritten Arbeitsmarkt möchte ich die gemeinnützigen Arbeiten von Sozialhilfeempfängern nach §§ 19, 20 Bundessozialhilfegesetz (BSHG) bezeichnen. Das ist also eine Abstufung der Arbeitsmärkte vom normalen über den durch AFG-Maßnahmen geförderten bis zu dem durch Sozialhilfe geförderten dritten Arbeitsmarkt. Und hier ist nun die Frage, die ja angesichts der heutigen Verhältnisse erhebliche praktische Bedeutung hat, sind diese Arbeitsmärkte der Tarifautonomie zugänglich oder werden sie ihr entzogen? Der Stand der Dinge ist bekanntlich der, daß die klassischen ABM-Maßnahmen gem. § 93 n AFG nach normalem Arbeits- und Tarifrecht, nach normalem Tarifvertrag vor sich gehen, daß dann § 249 h AFG die Arbeitsverhältnisse in den in Ostdeutschland entwickelten besonderen Beschäftigungsverhältnissen zwar im Arbeitsrecht gelassen hat, aber vorschreibt, daß der Zuschuß nur gewährt wird, wenn die Arbeitsentgelte angemessen niedriger sind als die vergleichbarer Arbeitnehmer oder die Arbeitszeit 80 Prozent des Üblichen nicht unterschreitet. Im dritten Arbeitsmarkt bei der Sozialhilfe ist Tradition, daß zur Wahl der Kommunen steht, ob sie das nach normalem Arbeits- und Tarifrecht oder nach öffentlichem Recht abwickeln.

Die heutige Diskussion geht nun darum, ob der zweite Arbeitsmarkt nach dem Vorbild des dritten geformt werden soll. Im Bundeswirtschaftsministerium gibt es Überlegungen, auch in den zweiten Arbeitsmarkt öffentlich-rechtliche Ausgestaltungen einzuführen, und der Kollege Löwisch hat in einem Rechtsgutachten dargelegt, das sei zulässig.¹⁵ Man könne also den zweiten, den ABM-Arbeitsmarkt, dem Arbeitsrecht ganz entziehen, allerdings beschränkt auf zusätzliche Arbeiten. Eine ausgeprägte Gegenposition hat der Kollege Mayer vertreten: der zweite Arbeitsmarkt dürfe überhaupt keinen Besonderheiten unterworfen werden.¹⁶ Er lehnt also nicht nur die öffentlich-rechtliche Ausgestaltung ab und damit die Abschaffung der Tarifautonomie in diesem Sektor des Arbeitsmarktes, sondern er lehnt auch das gesetzliche Postulat nach Sonderregelungen ab.

Die juristische Debatte ist also noch im Gange. Ich kann hier nur zweierlei beisteuern. Nach meiner Auffassung gehört es nicht zum unantastbaren Kernbereich der Tarifautonomie, daß auch in diesem zweiten, den normalen Bedingungen der Marktwirtschaft nicht entsprechendem Arbeitsmarkt normales Tarifrecht gilt. Der Staat finanziert diese Arbeiten wesentlich mit und deshalb kann man ihm auch aus der Sicht der Tarifautonomie nicht das Recht bestreiten, angemessene Sonderbedingungen zu fordern. Anders als sonst gilt hier

¹⁵ Vgl. Neue Zeitschrift für Sozialrecht 1993, S. 473.

¹⁶ Vgl. Arbeit und Recht 1993, S. 309.

nicht Tarifrecht geht vor Haushaltsrecht, weil der Staat hier nicht als Tarifpartei, sondern als Subventionsgeber fungiert.

Wenn man sich dieser Auffassung anschließt, hat man immerhin den Vorteil, mit Nachdruck sagen zu können, daß eine Veröffentlichung des zweiten Arbeitsmarktes unzulässig wäre, weil unverhältnismäßig. Wenn es einen der Tarifautonomie noch entsprechenden Weg gibt, die Besonderheiten des zweiten Arbeitsmarktes zu berücksichtigen, dann ist es unverhältnismäßig und unangemessen, sie hier ganz auszuschalten.

Selbst wenn man § 249 h AFG für verfassungsrechtlich zulässig hält, ist er doch auch ein Posten auf der Verlustliste der Tarifautonomie. Sie gilt zwar, aber sie wird modifiziert. Der zweite Arbeitsmarkt ist nur ein Notbehelf, deshalb auch ein Nottarifrecht. Besser ist Beschäftigungsförderung auf dem ersten Arbeitsmarkt. Dazu eine Kömer-Perspektive: Was war denn der Bau des Kölner Doms? Das war doch eine riesige Arbeitsbeschaffungsmaßnahme und zwar im ersten Arbeitsmarkt. Der Staat hat sich nie gescheut, das brachliegende Arbeitskräftepotential zu nutzen, von den ägyptischen Pyramiden, mit denen die Bauern beschäftigt wurden, wenn keine Nüüberschwemmung war, bis zum Kölner Dom. Der hier anwesende Kollege Buttler von der Bundesanstalt für Arbeit weiß das besser als ich, aber ich möchte die Frage aufwerfen, ob nicht die Gelder bei arbeitsplatzwirksamen Investitionen im ersten Arbeitsmarkt besser angelegt wären. In Berlin sind ja neue Behördendome zu errichten und in Bonn zu ersetzen.

Dominanz und Subsidiarität zwischen Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung

Die Rückdrängung der Tarifautonomie im Interesse der Betriebsautonomie ist ein aktuelles Thema. Daß es ein Spannungsverhältnis oder Konkurrenzverhältnis zwischen Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung gibt, da viele Bereiche des Arbeitsverhältnisses durch beides geregelt werden können, hat man von Anfang an anerkannt. Als sich nach 1918 Betriebsräte bildeten, haben die Gewerkschaften sofort gesehen, daß sie eine wichtige Ergänzung, aber auch eine mögliche Konkurrenz waren. Sie haben von Anfang an Wert darauf gelegt, die Dominanz der Tarifverträge klarzustellen¹⁷ und das geltende Betriebsverfassungsrecht tut das noch,¹⁸ so daß die Subsidiarität bisher auf Seiten der Betriebsvereinbarung liegt. Dreht sich das jetzt um? Soll jetzt der Tarifvertrag in die subsidiäre Rolle kommen oder gibt es eine Alternative zu Dominanz und Subsidiarität? Gibt es statt dessen ein Nebeneinander und was könnten dafür die Rechtsgrundlagen und die inhaltlichen Kriterien sein?

Welche Umstände erklären, daß nicht nur die Arbeitgeber, sondern auch das Bundesarbeitsgericht und neuerdings auch gewerkschaftliche Stimmen bestrebt sind, das bisherige Verhältnis von Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung zu modifizieren? Der eine Grund ist die Wirtschaftskrise; je mehr die

17 Z. B. Betriebsrätegesetz § 66 Nr. 5: Vereinbarung gemeinsamer Dienstvorschriften im Rahmen der Tarifverträge.

18 In §§ 77 Abs. 3 und 87 Eingangssatz.

Tarifverträge wirtschaftlich drücken, desto mehr sucht man nach maßgeschneiderten Alternativen, die weniger drücken, die billiger sind. Das zweite ist wohl der Übergang von der quantitativen Tarifpolitik zu einer mehr qualitativen, die nicht nur Geldsätze, sondern auch Beschäftigung, Arbeitszeit und dergleichen erfaßt und deshalb von der Sache her stärker auf betriebliche Differenzierungen trifft. Es ist klar, daß die Beschäftigungssituation, wenn man sie tarifvertraglich angeht, viel stärker von Betrieb zu Betrieb verschieden ist als reine Entgeltfragen. Es sind aber nicht nur wirtschaftliche Dinge, es gibt auch drittens einen Wertewandel, der uns hier betrifft, die Postmodernisierung des Arbeitsrechts.¹⁹ Die großen Kollektive stehen quer zu dem zeitgenössischen Individualismus und der Betrieb steht ihm näher als der Tarifvertrag.

Rechtsprechung

Es ist interessant, daß in einer der berühmtesten arbeitsrechtlichen Entscheidungen der letzten Zeit, die im Ergebnis gewerkschaftsfreundlich war, doch dieses neue Denken schon zum Ausdruck kommt. Ich meine die berühmte Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 22. 12. 1980,²⁰ in der es weggegangen ist von der alten Sphärentheorie, die besagte, alle nachteiligen Folgen eines Streiks, alle Fernwirkungen gehen immer zu Lasten der Arbeitnehmer, denn die Arbeitnehmerschaft ist eine Einheit. Das hatte das Reichsarbeitsgericht gesagt,²¹ das einzige Mal, wo es marxistisch argumentiert hatte mit der Folge, daß dann Lohnansprüche entfielen. Das hat das Bundesarbeitsgericht geändert und gesagt, es gebe gar keine allgemeine Arbeitnehmersolidarität und wenn der eine streikt, sei das noch kein Grund, daß andere den Lohnanspruch verlieren. Damit begann schon dieses Abrücken von dem Denken in großen Kollektiven und statt dessen die Annäherung an die Position, daß jedes Unternehmen, jeder Betrieb eine Einheit für sich ist.

Im folgenden möchte ich Ihnen weitere Marksteine, aber auch Grenzsteine in der Rechtsprechung zum Verhältnis von Tarifvertrag und Mitbestimmung vorstellen. Hier ist zunächst die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Mitbestimmungsgesetz zu nennen. In dem Prozeß war geltend gemacht worden, daß die paritätische Mitbestimmung in den Aufsichtsräten als ein weiterer Weg der Wahrnehmung von Arbeitnehmerinteressen den Spielraum der Tarifautonomie beschränke, auch weil die Arbeitnehmervertreter etwas in Arbeitgeberfunktionen einrücken. Das hat sich so nicht in der Praxis entwickelt, aber es wurde geltend gemacht. Das Bundesverfassungsgericht führte dazu aus, der Gesetzgeber sei durch Art. 9 DI GG nicht an Regelungen gehindert, die eine Mitbestimmung der Arbeitnehmer und ihrer Koalitionen im Unternehmen vorsehen. Das Nebeneinander von Tarifvertragssystem und Mitbestimmung, das sich damit ergebe, könne zu Gewichtsverlagerungen, aber auch zu Konkurrenzen führen, die einen Ausgleich erforderlich machen.

¹⁹ Siehe dazu: Peter Hanau, Die Entwicklung der Betriebsverfassung, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 1993, 3.817.

²⁰ Siehe: Neue Juristische Wochenschrift 1981, S. 937.

²¹ Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Band 106, S. 272.

Das schließe die Zulässigkeit von Beschränkungen der Tarifautonomie ein, wenn diese im Prinzip erhalten und funktionsfähig bleibe.²²

Eine zweite Entscheidung, die nicht so bekannt geworden ist, obwohl sie erhebliche Tragweite hat, betrifft § 77 HE Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG), der versucht, nicht nur die aktualisierte, sondern auch die potentielle Tarifregelung abzusichern gegen betriebliche Regelungen. Diese Bestimmung besagt nämlich, daß Betriebsvereinbarungen durch Tarifverträge über die gleiche Materie nicht nur ausgeschlossen sind, wenn der Tarifvertrag in dem Betrieb wirklich gilt. Wenn überhaupt nur ein Tarifvertrag in dem jeweiligen Bereich besteht, genügt das, um die Betriebsvereinbarungen, und daran hängt ja auch die betriebliche Mitbestimmung, zu verdrängen, selbst wenn der Arbeitgeber mangels Verbandszugehörigkeit gar nicht tarifgebunden oder der Tarifvertrag abgelaufen ist. Diese Bestimmung sieht also eine Dominanz selbst eines gar nicht aktuell im Betrieb geltenden Tarifvertrages über Betriebsvereinbarung und Mitbestimmung vor. Und das hat das Bundesarbeitsgericht aufgegeben für den entscheidenden Bereich der Mitbestimmung gem. § 87 BetrVG.²³ Die Dominanz des nur potentiellen Tarifvertrages über mitbestimmte Betriebsvereinbarungen ist aufgegeben mit der Folge, daß ein Unternehmer, der nicht dem tarif schließenden Arbeitgeberverband angehört, die gemäß § 87 BetrVG mitbestimmten Arbeitsbedingungen durch Vereinbarungen mit dem Betriebsrat regeln kann. Dies geht bis in den Bereich der Entgelte, die nach § 87 I Nr. 10 teilmitbestimmt, im Fall von Akkord und Prämie nach § 87 I Nr. 11 sogar vollmitbestimmt sind.

Dies bedeutet nicht, daß das Verhältnis von Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung nun umgekehrt wäre, denn es betrifft nur die bloß *potentiell* im Betrieb geltenden Tarifverträge. Grundsätzlich bleibt es dabei, daß im Konfliktfall der *aktuelle* Tarifvertrag den Vorrang hat. Dies ist zuletzt diskutiert worden im Hinblick auf sogenannte gesetzliche Öffnungsklauseln, die den Tarifvertrag zwangsweise für untertarifliche Betriebsvereinbarungen öffnen würden. Dazu konnte darauf hingewiesen werden, daß die Unabdingbarkeit der aktuell geltenden Tarifverträge nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Kernbereich der Tarifautonomie gehört,²⁴ so daß nicht einmal der Gesetzgeber die Dominanz des Tarifvertrages durch die der Betriebsvereinbarung ersetzen könnte.²⁵ Dies belegt auch ein Kammerbeschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 29. 6.1993 in dem Aufsehen erregenden Verfahren, in dem eine Gewerkschaft dagegen anging, daß eine Betriebsvereinbarung vom Tarifvertrag abwich. Das Bundesarbeitsgericht hat dem nicht stattgegeben.²⁶ Das Bundesverfassungsgericht hat nun die Verfas-

22 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band 50, S. 290, 373 f.

23 Zuletzt Entscheidung des Großen Senats vom 3.12.1991, siehe hierzu: Der Betrieb 1992, S. 1S79.

24 Siehe Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band 4, S. 96,106,108; Band 44, S. 322,340 f.

25 Siehe Peter Hanau, in: Recht der Arbeit 1993, S. 1, Franz Jürgen Säcker, in: Arbeit und Recht 1994,1. Zu der etwas anders gelagerten Frage der Eingriffe in Tarifverträge zur Finanzierung der Pflegeversicherung s. Opolzer/Zachert und Säcker a. a. O., sowie Peter Hanau, Arbeitsrechtliche und verfassungsrechtliche Fragen zu Karenztagen bei der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Forschungsbericht des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung Nr. 231,1993.

26 Siehe hierzu: Der Betrieb 1992, S. 275.

sungsbeschwerde der Gewerkschaft abgewiesen²⁷ und in diesem Zusammenhang ausgeführt, das Bundesarbeitsgericht habe Art. 9 HI GG nicht verkannt. Es spreche Tarifverträgen nicht die grundsätzliche Normsetzungsprärogative gegenüber Betriebsvereinbarungen ab. Das zeigt, daß das Bundesverfassungsgericht nach wie vor von einem grundsätzlichen Vorrang der Tarifparteien ausgeht, andererseits aber durch die Beschränkung der gewerkschaftlichen Klagemöglichkeit einen gewissen betrieblichen Spielraum prozessual absichert.

Abgrenzungskriterien

Wie soll man dieses (auch) von der Rechtsprechung intendierte Verhältnis eines Nebeneinanders von tariflicher und betrieblicher Regelung mit Prärogative, d. h. vor allem Kompetenz-Kompetenz, des Tarifvertrages im einzelnen ausgestalten? Nicht glücklich ist die sich in der Rechtsprechung des Bundesarbeits- und des Bundesverfassungsgerichtes abzeichnende Tendenz, materiellrechtlich einen Vorrang des Tarifvertrages anzuerkennen, den man prozessual leerlaufen läßt. Es kommt vielmehr darauf an, schon materiellrechtlich ein vernünftiges Nebeneinander beider Gestaltungsmittel herbeizuführen. Die Praxis ist offenbar auf dem besten Wege dazu, doch scheint es auch im gewerkschaftlichen Lager an einer grundsätzlichen Klärung zu fehlen, welche Materien zweckmäßigerweise durch Tarifvertrag und welche durch Betriebsvereinbarung geregelt werden sollten.

Aus juristischer Sicht kann man in diesem Zusammenhang auf § 87 Betriebsverfassungsgesetz verweisen, der die paritätische Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten regelt. Hier ist in 12 Einzelatbeständen fein geregelt, welche Materien der paritätischen betrieblichen Mitbestimmung unterliegen. Nach dem Eingangssatz der Bestimmung besteht auch insofern ein Vorrang der aktuell im Betrieb geltenden Tarifverträge, doch läßt sich dem Gesetz sinngemäß entnehmen, daß es hier die Materien aufgezählt hat, die sich im besonderen Maße für eine paritätische betriebliche Regelung eignen. Dazu gehören vor allem die Lage der Arbeitszeit, vorübergehende Kurz- und Mehrarbeit, Gestaltung der Arbeitsentgelte, aber nicht die dauernde Dauer, im Gegensatz zur vorübergehenden Dauer, der Arbeitszeit und die Gesamthöhe der Entgelte. Diese Abgrenzung durfte nicht auf legislatorischer Beliebigkeit oder parteipolitischem Kuhhandel beruhen, sondern das wiedergeben, was die langjährigen Erfahrungen mit dem Nebeneinander von betrieblicher und überbetrieblicher Interessenvertretung gelehrt haben. Gewiß hat der Gesetzgeber hier keine bindende Abgrenzung geben wollen und können; der Tarifvertrag kann juristisch jederzeit die Regelung der mitbestimmten Angelegenheiten an sich ziehen. Aber das Gesetz hat doch eine praktische Leitlinie dafür gegeben, wo die Schwerpunkte der betrieblichen Mitbestimmung und Regelung zu liegen haben. Man kann es so zuspitzen: was nach dem Gesetz paritätisch betrieblich mitbestimmt ist, sollte grundsätzlich betrieblich geregelt werden, überbetrieblich nur aus besonderen Gründen, wo ausnahmsweise

27 Beschluß der 2. Kammer des Ersten Senats, IBvR 1916/91.

eine betriebliche Regelung nicht ausreicht. Wo es umgekehrt keine paritätische gesetzliche Mitbestimmung der Betriebsräte gibt, ist dagegen in erster Linie der Tarifvertrag zur Regelung berufen, aber auch hier kann es mit umgekehrter Gewichtung wieder Ausnahmen geben. Für solche Ausnahmen stehen den Tarifparteien verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten zur Wahl: Erweiterung der Mitbestimmung der Betriebsräte; Entscheidung der nichtmitbestimmten betrieblichen Angelegenheiten durch die Tarifparteien selbst oder auch Ermächtigung der Betriebsparteien zu freiwilligen Regelungen. Es fehlt also nicht an flexiblen Gestaltungsmöglichkeiten, um überbetriebliche und betriebliche Regelungen differenziert abzugrenzen, wobei die Zwischenform des Firmentarifvertrages hier noch gar nicht berücksichtigt wurde.

Beschäftigungsgarantien

Die Dringlichkeit der Klärung des Verhältnisses zwischen überbetrieblicher und betrieblicher Regelung zeigt sich vor allem bei den verstärkt ins Gespräch und die Verhandlungen gekommenen Beschäftigungsgarantien. Es ist kein Zufall, daß Regelungen dieser Art in letzter Zeit vor allem auf Betriebs- und Unternehmensebene hervortreten, bei VW, Opel, Daimler-Benz usw. Dies ist von unten gewachsen, gewiß nicht allein mit den Betriebsräten, sondern vor allem auch mit den Gewerkschaften, aber nicht durch flächendeckende Regelung, sondern betriebs- und unternehmensbezogen, denn, wie schon dargelegt, die Beschäftigungssituation ist eben von Unternehmen zu Unternehmen verschieden.

Trotzdem ist juristisch unstrittig, daß Tarifverträge, auch Flächentarifverträge, Kündigungsbeschränkungen vorsehen können.²⁸ Dies findet aber aufgrund der Berufsausübungsfreiheit der Arbeitgeber (Art. 12 GG) und der auch gegenüber Tarifverträgen zwingenden Regelung der außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund in § 626 BGB eine Grenze bei der Unzumutbarkeit der Kündigungsbeschränkung. Und diese Unzumutbarkeit ist nicht flächendeckend, sondern immer bezogen auf das einzelne Unternehmen zu beurteilen. Damit kommt auch in eine etwaige überbetriebliche tarifvertragliche Kündigungsbeschränkung ein notwendig unternehmensbezogenes Element. Kündigungsbeschränkungen dürfen den betroffenen Unternehmen nicht unzumutbar werden. Zur Abgrenzung gibt es eine anerkannte Rechtsprechung zu den altbekannten Kündigungsbeschränkungen gegenüber älteren Arbeitnehmern. Hier wird eine außerordentliche Kündigung mit Frist vor allem zugelassen, wenn ein älterer Arbeitnehmer, dessen ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist, wegen Stilllegung eines Betriebes oder einer Betriebsabteilung nicht länger beschäftigt werden kann. Dazu heißt es in einem Urteil des BAG vom 28. 3.1985,²⁹ der Ausschluß der ordentlichen Kündigung könne zur unzumutbaren Belastung des Arbeitgebers werden, wenn dieser die Dienste nicht

²⁸ Vgl. Löwisch/Rieble, Kommentar zum Tarifvertragsgesetz 1992, Randziffer 560 ff.; Säcker/Oetker, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie, 1992, S. 290 ff.; Rieble, Beschäftigungspolitik durch Tarifvertrag, in: Zeitschrift für Tarifrecht 1993, S. 54.

²⁹ Siehe: Neue Juristische Wochenschrift 1985, S. 2606.

mehr in Anspruch zu nehmen in der Lage sei, andererseits aber über Jahre hinweg zur Zahlung des vereinbarten Entgelts verpflichtet bleibe. Dies zwingt die Parteien eines Flächentarifvertrages bei etwaigen Kündigungsbeschränkungen zu betrieblichen Differenzierungen. Was dem einen Unternehmen zumutbar ist, ist dem anderen schon unzumutbar, so daß die Parteien des Flächentarifvertrages, wenn sie sich an diese eben so heikle wie wichtige Materie begeben, gut daran tun, den Betrieben Spielraum zu lassen. Etwaige Kündigungsbeschränkungen sollten also nicht einfach flächendeckend verordnet, sondern den Betrieben als unter bestimmten Voraussetzungen wählbare Option zur Verfügung gestellt werden.

Konsequenzen für die Tarifpolitik

Das Ergebnis ist m. E. ganz eindeutig: Die Tarifautonomie hat sich bewährt; sie kann sich auch in Zukunft bewähren. Das rechtliche Instrumentarium dafür steht zur Verfügung und die Tarifparteien sind dabei, davon einen der heutigen wirtschaftlichen Situation angemessenen intelligenten und vielfältigen Gebrauch zu machen. Mir scheint, daß die Tarifpolitik eine neue Grundlage erlangt auf der Basis eines stärker vernetzten Denkens. Wir haben auch in anderen Bereichen, insbesondere im Umweltbereich, die Notwendigkeit eines solchen Denkens verstärkt anerkennen müssen. Die Vernetzung, um die es hier geht, ist die zwischen Arbeitszeit, Arbeitsentgelt und Beschäftigung, die nicht mehr isoliert, sondern im Zusammenhang gesehen und tarifvertraglich erfaßt werden.