

Staatshilfe für Gewerkschaften*

Von Professor Dr. Volker Rieble, München



	Seite		Seite
I. Verdachtsmomente und Befund	245	II. Wettbewerb und Protektionismus	259
1. Schwächung der Gewerkschaften		1. Ergebnis: Soziale Machtverstärkung der Gewerkschaften	
2. Schutz vor Tarifierunterbietung		2. Kompensiert durch wettbewerbliche Stärkung der Arbeitgeber?	
3. Einseitiges Arbeitskämpfrecht		3. Pyrrhussieg der Gewerkschaften!	
4. Organisationshilfe durch Betriebsverfassung und Mitbestimmung		III. Entwicklung zu einem Staatsmonopol-syndikalismus?	264
5. Hilfe durch gesetzliche Arbeitsbedingungen (tarifiersetzende Gesetze und tarifdispositives Recht)		IV. Kontrapunktisches ordnungspolitisches Leitbild: Staatsfreiheit der Gewerkschaften	266
6. Schutz vor Gewerkschaftswettbewerb		1. Kollektive Selbsthilfe statt Staatseingriff	
7. Privileg durch Duldung rechtswidrigen Verhaltens		2. Kein Grundrecht auf Erfolg	
		3. Staatsneutralität und Leistungsprinzip	

I. Verdachtsmomente und Befund

1. Schwächung der Gewerkschaften

Die Rolle der Gewerkschaften und ihr Verhältnis zum Staat wandelt sich – auch infolge der langwierigen Gewerkschaftsschwächung. Die deutschen Gewerkschaften leiden unter

- Mitgliederschwund (Nettoorganisationsgrad von um die 24,1 %¹⁾) bei nahezu vollständigem Verlust der Wiedervereinigungsgewinne;
- Aufkündigung der Solidarität durch Funktionselitengruppen (Piloten, Flugbegleiter, Fluglotsen, Lokführer²⁾), die ihre spezifische Sozialmacht im »egoistischen Gruppeninteresse« organisieren;
- Internationalisierung des Wettbewerbs, der erheblichen Druck auf die tariflichen Arbeitsbedingungen ausübt (Siemens: Kamp-Lintfort, Bocholt; Daimler-Chrysler, Volkswagen, Opel).
- Selbst auf nationaler Ebene zeichnet sich ab, dass die Arbeitskosten im Wettbewerb schädlich sind und marktbezogene Wettbewerbsnachteile nachhaltig verschärfen (KarstadtQuelle).

* Erweiterte Fassung eines Vortrags in der Bayerischen Landesvertretung in Berlin am 19. 10. 2004.

1 *Niederhoff*, Dossier: Gewerkschaften in Deutschland (2003), S. 14. Weiter *Fizzenberger/Hageney/Ernst*, Wer ist noch Mitglied in Gewerkschaften?, *Zeitschrift für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften (ZWS)* 119 (1999), S. 223 ff.

2 Dazu *Rieble*, Zulässigkeit des Lokführer-«Funktionseleiten»-Streiks, *BB* 2003, 1227; *Buchner*, Der »Funktionseleiten«-Streik – zu den Grenzen der Durchsetzbarkeit von Spartentarifverträgen, *BB* 2003, 2121.

Daraus lässt sich durchaus der Schluss ziehen, dass die tariflichen Arbeitsbedingungen in Deutschland »zu teuer« sind, jedenfalls wenn man von Tarifverträgen erwartet, dass sie wettbewerbsverträglich und beschäftigungsstützend sein sollen³.

Diese Schwächung soll seit langem schon zum Teil mit Staatshilfe ausgeglichen werden: Mehr als je rufen die Gewerkschaften den Staat zur Hilfe. Dazu wird rechtswissenschaftlich sogar eine *Schutzpflicht des Staates für die Gewerkschaften postuliert*⁴. Der Staat soll also den (ökonomischen) Druck auf die Tarifverträge mindern – und so die Gewerkschaftsmacht stabilisieren⁵. Der Staat leistet diese Hilfe auch – in folgenden Punkten:

- Schutz vor Tarifunterbietung,
- Einseitiges Arbeitskämpfrecht,
- Hilfe durch gesetzliche Arbeitsbedingungen – seien es tarifersetzende oder tarifdispositive,
- Organisationshilfe durch Betriebsverfassung und Mitbestimmung,
- Schutz vor Gewerkschaftswettbewerb,
- Privilegien in der Rechtsordnung.

Gewerkschaften können hierzu ihren erheblichen politischen Einfluss geltend machen: Ihr Organisationsgrad im Bundestag beträgt 44 %, in der SPD-Fraktion gar 74 %⁶. Diese Staatshilfe ist ordnungspolitisch nicht bloß bedenklich, sondern läuft dem verfassungsrechtlichen Leitbild der staatsunabhängigen Koalition zuwider.

2. Schutz vor Tarifunterbietung

Im Vordergrund stehen dabei diverse staatliche Methoden, die Tarifunterbietung (neudeutsch: Tarifdumping) zu unterbinden: An sich sind nämlich tariffreie Arbeitgeber in Ansehung der ganzen Belegschaft frei in ihren Arbeitsbedingungen. Auch tarifgebundene Arbeitgeber können für ihre gewerkschaftsfreien Mitarbeiter andere als die tariflichen Arbeitsbedingungen vereinbaren; allerdings darf der tarifgebundene Arbeitgeber seine tariffreien Mitarbeiter rechtlich nicht gezielt begünstigen (weil das die Gewerkschaftsmitglieder diskriminiert) und kann sie faktisch nicht deutlich benachteiligen, weil das die Tariffreien in die Arme der Gewerkschaft treibt.

Die Gewerkschaften müssen diesen Wettbewerb um Arbeitsbedingungen fürchten, weil er die Durchsetzungskraft ihrer Tarifverträge mindert und die tariflichen Arbeitsbedingungen unter Wettbewerbsdruck setzt.

Dagegen soll die Rechtsordnung helfen: Im Bereich der Arbeitszeit sollen durchschnittliche Wochenarbeitszeiten und die Abweichungsquote (Metallindustrie: 18 %) als sogenannte Betriebsnormen für alle Arbeitnehmer eines tarifgebundenen Arbeitge-

3 Dazu die ökonomische Untersuchung von Pfeifer, Lohnrigiditäten im gemischten Lohnbildungssystem (2003).

4 *Kempen*, Staatliche Schutzpflicht gegenüber der Tarifautonomie?, FS Gitter (1995), S. 427.

5 Hierzu eindrucksvoll *Buchner*, Die Tarifnorm – das Maß aller Dinge?, FS Wiedemann (2002), S. 211 f.; *Richardi*, Arbeitsvertrag und Tarifgeltung, ZfA 2003, 655 ff.

6 *Niedenhoff* (Fn. 1), S. 10 ff. Zur Gefahr des Klientelstaates *Paul Kirchhof*, Der Staat als Garant und Gegner der Freiheit (2004), S. 37 ff.

bers gelten⁷ – andernfalls könnte der Arbeitgeber die 35-Stundenwoche mit tariffreien Mitarbeitern schlicht leerlaufen lassen. Arbeitnehmer, die bereit sind, für mehr Geld auch mehr zu arbeiten, finden sich.

Im Entgeltbereich – der vor allem die tariffreien Arbeitgeber betrifft – wird dem Unterbietungswettbewerb allgemein die Stirn geboten – durch die Versuche, den Tariflohn zum Maßstab für den Lohnwucher zu machen⁸, gar eine allgemeine Lohnangemessenheitskontrolle am Tarifvertrag auszurichten⁹ und durch § 10 BBiG, der jedem Lehrling einen Anspruch auf angemessene Ausbildungsvergütung zuspricht, was nach der Rechtsprechung auf 80 % der tariflichen Ausbildungsvergütung hinausläuft¹⁰.

Das genügt aber nicht. Deswegen treten spezifische Instrumente hinzu, um die Gewerkschaften vor dem Wettbewerb der Tariffreien (oft als »Schmutzkonzurrenz« oder »Tarifdumping« bezeichnet, weil der Tarifvertrag den Wettbewerbsmaßstab vorgebe) zu schützen: Mit der traditionellen Allgemeinverbindlicherklärung¹¹, mit ihrer Sonderform nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz, künftig womöglich auf alle Branchen erstreckt mit jeweiligen Mindestlöhnen und mit der Tariftreue am Bau und im öffentlichen Nahverkehr¹². Bezeichnend ist dabei, dass es den Gewerkschaften sogar gelungen ist, für nur gut hundert Hafenschlepper einen eigenen Absatz in das Arbeitnehmer-Entsendegesetz zu bringen¹³.

Auch das Recht der Ausländerbeschäftigung sorgt für Wettbewerbsschutz: Wenn Ausländer im Inland arbeiten wollen und hierzu eine staatliche Erlaubnis brauchen, dann achtet die Behörde darauf, dass der ausländische Arbeitnehmer nicht zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen als vergleichbare deutsche Arbeitnehmer beschäftigt wird (früher § 285 Abs. 1 Nr. 3 SGB III, jetzt § 39 Abs. 2 Satz 1 ZuwanderungsG vom 30. 7. 2004, BGBl. I, S. 1950). Zur arbeitsmarkt- und integrationspolitischen Verantwortbarkeit gehört, dass der Ausländer den deutschen Arbeitsmarkt nicht durch Lohnunterbietung (»Dumping«) stört. Die Folgen sind nicht bedacht: Wer die Anpas-

7 Vgl. BAG 17. 6. 1997 – 1 ABR 3/97, EzA § 99 BetrVG 1972 Einstellung Nr. 4 = AP 2 zu § 3 TVG Betriebsnormen = SAE 1999, 125 mit Anm. *Ingelfinger* = NZA 1998, 213 und die berühmte Entscheidung zum Rüthers-Leber-Kompromiss, mit der das BAG ein tarifliches Mitbestimmungsrecht über die Wochenarbeitszeit unter materieller Verpflichtung auf einen Durchschnitt erlaubte: BAG 18. 8. 1987 – 1 ABR 30/86, EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 18 = AP Nr. 23 zu § 77 BetrVG 1972 = NZA 1987, 779; dazu kritisch die Anm. *Löwisch*, SAE 1988, 103.

8 BGH 22. 4. 1997 – 1 StR 701/96, BGHSt 43, 53 = EzA § 302a StGB Nr. 1 = AP Nr. 52 zu § 138 BGB = NZA 1997, 1167.

9 *Däubler*, Die Auswirkungen der Schuldrechtsmodernisierung auf das Arbeitsrecht, NZA 2001, 1329, 1334 f.; dagegen *Löwisch*, Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf das Recht des Arbeitsverhältnisses, FS Wiedemann (2002), S. 311, 321 f.; *Oetker*, Arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge und AGB-Kontrolle, FS Wiedemann (2002), S. 383, 389 f.

10 Etwa BAG 30. 9. 1998 – 5 AZR 690/97, AP Nr. 8 zu § 10 BBiG.

11 Zum Streit, ob die Allgemeinverbindlicherklärung wirklich dem Konkurrenzschutz der Tarifparteien dient, nur *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Aufl. (2004), § 5 Rn. 7 ff. mit Nachweisen.

12 Hierzu *Löwisch*, Landesrechtliche Tariftreue als Voraussetzung der Vergabe von Bau- und Verkehrsdienstleistungen, DB 2004, 810; *Löwisch/Rieble* (Fn. 11), § 5 Rn. 166 ff.

13 § 1 Abs. 2 AEntG.

sung der Tarifbedingungen durch Arbeitsmarktwettbewerb im Inland verhindert, sorgt dafür, dass der Wettbewerb im Ausland stattfindet – durch Verlagerung von Produktion und Dienstleistung.

Sonderfall ist die Lohngleichheit in der Leiharbeit, die zu einer dynamischen Allgemeinverbindlichkeit der Tarifverträge der Stammarbeitnehmer im Entleiherbetrieb auch für die Leiharbeitnehmer führt¹⁴ – und damit den Unterbietungswettbewerb durch Leiharbeitnehmer im Stammbetrieb verhindern oder beschränken will.

Auch die Diskussion um einen mittelbaren Mindestlohn via Zumutbarkeitsregeln in Hartz IV gehört hierher: Wenn einem Arbeitslosen nicht zugemutet werden soll, in seinem angestammten Beruf untertariflich beschäftigt zu werden, soll das nicht ihn, sondern die Tarifparteien vor Unterbietung schützen. Derselbe Einkommensverlust wird dem Arbeitnehmer nämlich ohne weiteres zugemutet, wenn ihm Arbeit in einem anderen Berufsfeld zugewiesen wird. Dabei ist es mit Blick auf den Erhalt der beruflichen Qualifikation für den Arbeitnehmer von Vorteil, wenn er im angestammten Beruf zu untertariflichen Arbeitsbedingungen arbeitet.

Vielmehr ist es umgekehrt erstmals der Zusammenlegung von Arbeitslosenhilfe und Sozialhilfe gelungen, den – wettbewerblichen – Anpassungsdruck auf Tarifverträge zu erhöhen: Diejenigen Arbeitnehmer, denen Arbeitsplatzverlust gerade durch zu hohe Arbeitskosten droht, können sich jetzt nicht mehr ein Leben lang auf dem Ruhekissen sozialer Transferleistungen ausruhen. Das löst erheblichen Mobilitätsdruck aus und zwingt die Belegschaften zum Nachgeben bei Standortfragen. Allerdings ist Hartz IV nicht aus der Einsicht geboren, dass der Tarifvertrag mehr Anpassungsdruck bräuchte; es ist vielmehr das Diktat der leeren Sozialkassen verbunden mit der Erkenntnis, dass es sich diese Gesellschaft nicht mehr leisten kann, Arbeitslosigkeit zu finanzieren. Mitnichten also zeigen die Gewerkschaften mit dem Protest gegen die Zusammenlegung von Sozialhilfe und Arbeitslosenhilfe ein Herz für die Arbeitslosen¹⁵ – sie wollten die Tarifpolitik vom Folgedruck der Arbeitslosigkeit entlasten.

Hinter dem Begehren nach Staatshilfe stehen zwei konzeptionelle – und grundfalsche – Erwägungen:

– An erster Stelle steht der Machtanspruch der Gewerkschaften, die Tarifunterbietung durch Tariffreie abzuwehren, also das Arbeitsentgelt für die gesamte Branche festzusetzen – obschon die Mehrheit der Arbeitnehmer nicht organisiert und die Gewerkschaftsmitglieder so gesehen die Außenseiter des Arbeitslebens sind. Tarifaufonomie mutiert so zum Anspruch auf soziale Vormundschaft.

Damit aber wird die Tarifaufonomie pervertiert: Von der kollektiven Selbstorganisation und Selbstbestimmung derjenigen, die durch ihre freiwillige Mitgliedschaft die Geltung des Tarifvertrages für sich legitimieren hin zur Mindestpreisregelung für tariffreie Arbeitnehmer und Arbeitgeber, denen so der Wettbewerbsvorteil genommen

14 Das Bundesverfassungsgericht hat die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen, BVerfG 29.12.2004 – 1 BvR 2283/03, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20041229_1bvr228303.html; zu den verfassungsrechtlichen Fragen Rieble/Klebeck, Lohn-gleichheit für Leiharbeit, NZA 2003, 23 ff.; Klebeck, Gleichstellung der Leiharbeitnehmer als Verfassungsverstoß (2004).

15 So aber – leicht sozialeuphorisch – Müller, Die Reformpläne (2004), S. 271.

wird. An die Stelle der Schutzfunktion des Tarifvertrags zugunsten der eigenen Mitglieder tritt die Marktabschottungsfunktion zu Lasten der Nichtmitglieder¹⁶.

Im Gegenteil gilt: Der – ohnehin eher schwache – Außenseiterwettbewerb ist ein erforderlicher Machtbegrenzungsfaktor im Tarifwesen. Gerade weil insbesondere tariffreie Arbeitgeber nicht an den Tarifvertrag gebunden sind, muss die Gewerkschaft als Tarifpartei darauf achten, dass ihre Forderungen nicht ins Maßlose geraten und die Arbeitgeber aus dem Tarifverband treiben.

– Flankiert wird diese Erwägung durch den Gedanken, dass tarifliche Arbeitsbedingungen überhaupt nicht zu teuer sein könnten. Immer dann, wenn deutsche Unternehmen nicht diejenige Produktivität erwirtschaften, die die vereinbarten Entgelte finanzieren, handele es sich um Managementfehler. Dass es tarifliche Lohngefälle schon innerhalb Deutschlands gibt – nicht nur im West-Ost-Gefälle – und dass es innerhalb Europas erhebliche Differenzen der Tarifbedingungen und der Arbeitsmarktbedingungen gibt, wird ignoriert. Es ist eben nicht richtig, dass das Gegenmachtprinzip des Arbeitsmarktes stets und notwendig »richtige«, also für Arbeitnehmer, Arbeitgeber und das Gemeinwohl verträgliche Arbeitsbedingungen hervorbringt.

– Im Gegenteil: Das die Tarifaufonomie prägende Gegenmachtprinzip zur Regelung von Arbeitsbedingungen ist doppelt begrenzt. Nach unten wirkt das von der Sozialhilfe garantierte Existenzminimum als faktischer Mindestlohn, nach oben sorgt der Wettbewerb der Unternehmen auf den Güter- und Dienstleistungsmärkten für eine ökonomische Durchsetzbarkeitsschranke.

Besonders deutlich ist dies in der *Leiharbeit* geworden: Hier dümpeln die Gewerkschaften um einen Organisationsgrad von 2 bis 3 % – und zwar deswegen, weil die Gewerkschaften selbst die Leiharbeit seit zig Jahren als »sozialschädlich« abgestempelt und sich jeder Tarifierung verweigert haben. Diese hausgemachte Fehleinschätzung wurde von der Wirklichkeit ad absurdum geführt, weil sich in der Leiharbeit der letzte wirkungsvolle Niedriglohnsektor befunden hat, der Menschen mit geringer Produktivität Beschäftigung bot, und weil sich andererseits die Erkenntnis durchgesetzt hat, dass über den »Klebeffekt« ein effektiver Zugang zu regulärer Beschäftigung möglich ist. Anstatt nun aber die Gewerkschaften darauf zu verweisen, den eigenen Misserfolg aus eigener Kraft und mit eigener Organisationsanstrengung »auszubügeln«, sorgt der Staat mit der Lohnungleichheit dafür, dass den Gewerkschaften das »Tarifgebiet« der Leiharbeit als territoriales Geschenk zugeschlagen wird. Praktisch läuft das auf eine gesetzlich verliehene Sondertarifmacht der Tarifparteien der Stammarbeitnehmer hinaus.

3. Einseitiges Arbeitskampfrecht

Staatshilfe geschieht zentral dadurch, dass die Rechtsordnung an das Gewerkschaftshandeln besondere Maßstäbe anlegt, also die Gewerkschaften einseitig bevorzugt. Das geschieht vor allem – und hierin ist eine maßgebliche Ursache für das deutsche Arbeitskostendilemma zu sehen – im arbeitskampfrechtlichen Verhältnis zu den Arbeit-

16 Auch hierzu *Richardi* (Fn. 5), ZfA 2003, 655 ff.

gebernverbänden, das nicht mehr von formaler Parität im Sinne der früher vorherrschenden Waffengleichheit geprägt wird, sondern durch ein materielles Paritätsverständnis. Aus ihm wird abgeleitet, dass dort, wo die Gewerkschaften »strukturell« schwach seien, die Arbeitgeberseite zu schwächen sei – um Parität erst herzustellen.

Das Schöne an der Parität ist, dass diese nur behauptet werden muss. Messbar oder auch nur plausibel nachvollziehbar ist die Behauptung nicht¹⁷. So wie im Arbeitsvertragsrecht auch wird die unwiderleglich vermutete »strukturelle Unterlegenheit« zu einem Generaleingriffstatbestand. Gerade mit Blick auf das Arbeitskampfrecht aber hätte eine solche strukturelle Unterlegenheit der Gewerkschaften in der Vergangenheit zu recht niedrigen Tarifabschlüssen führen müssen. So gesehen ist eine »strukturelle Unterlegenheit« nicht ansatzweise dargetan.

Mit der Begründung einer Paritätsstörung hat der Arbeitskampfsenat des BAG die *Aussperrung* erst quotiert, dann mit der vollkommen unvorhersehbaren *Verhältnismäßigkeitsprüfung* beschränkt und so letztlich unmöglich gemacht¹⁸. Dass das Ausmaß der Kampfberechtigung des Arbeitgebers stets von der vorangegangenen Streikmaßnahme abhängen soll, nimmt dem Arbeitgeber den eigenen taktischen Spielraum. Hier ließen sich viele konkrete Einseitigkeiten darstellen – der Raum lässt es nicht zu¹⁹. Man kann heute sagen: Die Aussperrung gibt es praktisch nicht mehr – weil das BAG ein »kaltes Aussperrungsverbot« ausgesprochen hat. Wer wissen will, wie wichtig die Aussperrung als Abwehrinstrument ist, der lese die Darstellung über den Metallarbeitskampf 1963²⁰.

Wunderbar ad absurdum wird das Paritätsprinzip in einer BAG-Entscheidung geführt, die einem Mittelständler im Arbeitskampf um einen Haustarif verwehrt, auf einen halbstündigen Streik der damaligen Gewerkschaft Textil und Bekleidung (inzwischen in der IG Metall aufgegangen) mit einer zweitägigen Abwehraussperrung zu

17 Allgemein für das Problem vermeintlicher Ungleichgewichtslagen Zöllner, Inhaltsfreiheit bei Gesellschaftsverträgen, FS 100 Jahre GmbHG (1992), S. 85, 113 f. Adomeit, Die gestörte Vertragsparität – ein Trugbild, NJW 1994, 2467; für das Arbeitskampfrecht Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (1996), Rn. 1376 ff.

18 Hierzu mit Nachweisen kritisch Konzen, Fünfzig Jahre richterliches Arbeitskampfrecht – Grundlagen, Bilanz, Weiterentwicklung, 2. BAG-FS (2004), S. 515, 517 f., 533 f., 537 f. Auch Reuter, Für ein konsistentes Arbeitskampfrecht, FS Wiese (1998), S. 427 ff.

19 Ich verweise nur darauf, dass die Verhältnismäßigkeit gemessen wird an der Proportion von Streikdurchführung und Aussperrungsbeschluss, was den Arbeitgebern die schnelle und massive Gegenreaktion nimmt und die Last aufbürdet, bei fehlender eigener Kampfbereitschaft permanent nachzubessern. Hierher gehören auch die Volten um den Warnstreik, die immer das Ziel hatten, den Gewerkschaften den verhandlungsbegleitenden Warnarbeitskampf zu ermöglichen – der allein das Ziel der Mitglieder mobilisierung auf dem Rücken des Gegenspielers hat; auch hierzu Konzen (Fn. 18), S. 543 ff. Hierher gehören schließlich die jüngsten Aberrationen um den Sympathiearbeitskampf beim verbandsfreien Arbeitgeber mit Anschlussarif – gleichfalls ausschließlich organisationspolitisch motiviert; dazu Rieble, Anmerkung zu BAG 18. 2. 2003 – 1 AZR 142/02, EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 135, S. 15 ff.

20 Günther Löwisch/Manfred Löwisch, Aussperrung 1963 – Bericht und Schlussfolgerungen, ZfA 2002, 551 ff.

reagieren²¹: Diese sei unverhältnismäßig. Wollte man das Paritätselement ernst nehmen, so kann keine Rede davon sein, dass dieser Arbeitgeber mit seinen 250 Beschäftigten die Gewerkschaft auch nur halbwegs in Bedrängnis bringen konnte. Dem richterlichen Arbeitskampsrecht geht es nicht um Parität, sondern darum, der Arbeitgeberseite ein eigenes Kampfmittel aus der Hand zu nehmen.

Im Arbeitskampf greift zusätzlich das vom BAG frei erfundene *Verbot der selektiven Aussperrung*²²: Der Arbeitgeber darf nicht gezielt nur die Gewerkschaftsmitglieder aussperren, obschon er den Tarifwillen der Gewerkschaft beugen will, ihm ist die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit im Arbeitskampf untersagt. Das heißt: Die nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ohnehin beschränkte Arbeitgeberkampfkraft darf nicht zielgerichtet gegen die Gewerkschaft eingesetzt werden; der Arbeitgeber muss zur »arbeitskampfrechtlichen Schrotflinte« greifen und die Nichtorganisierten mit aussperren – auch wenn diese arbeitswillig sind und die Forderung der Gewerkschaft nicht teilen. Das Verbot der selektiven Aussperrung zwingt den Arbeitgeber also zur Selbstschädigung. Die Begründung des BAG ist dürftig: Aus dem Recht der Nichtorganisierten, sich *freiwillig* einem gewerkschaftlichen Streik anzuschließen, wird auf deren *zwangsweise Beteiligung* bei der Aussperrung geschlossen²³. Die primäre Druckfunktion der Aussperrung bleibt außer Betracht. Deswegen taugt auch der Hinweis auf die Koalitionsfreiheit der Gewerkschaftsmitglieder nicht: Im Fall der Aussperrung geht doch der Angriff von der Gewerkschaft aus – weswegen sich die Abwehrmaßnahme auch gegen die Gewerkschaft richten können muss.

Ergänzt wird diese Hilfe durch das abseitige Recht des Arbeitgebers zur Betriebsstilllegung – nach Maßgabe des gewerkschaftlichen Kampfbeschlusses, das allein das Ziel hat, Arbeitswillige (gerne »Streikbrecher« genannt, obzwar der Streikaufruf diese, jedenfalls die Nichtorganisierten, nicht bindet) um ihre Arbeit zu bringen und Notdienstvereinbarungen zu ihren Lasten zu rechtfertigen – obschon die Gewerkschaften jedenfalls gegenüber den Tariffreien hierzu keine Legitimation besitzen²⁴. Inzwischen haben die Arbeitgeber freilich die endgültige Betriebsstilllegung als Druckmittel entdeckt – gegen das auch dem BAG wenig einfallen kann.

Die Erwägung, es müsse doch wenigstens möglich sein, die Aussperrung auf die zuvor streikenden Arbeitnehmer zu beschränken²⁵, hilft nur dann, wenn eine hinreichend große Anzahl von Arbeitnehmern streikt und wenn der Arbeitgeber plant, den Arbeitskampf durch eine an den Streik anschließende Folgeaussperrung in die Länge zu ziehen. Streiken nur jeweils wenige Arbeitnehmer im Nadelstich- oder Schwer-

21 BAG 11. 8. 1992 – 1 AZR 103/92, EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 105 = AP Nr. 124 zu Art. 9 GG = NZA 1993, 39 = SAE 1993, 57 mit Anm. *Hergenröder*.

22 BAG 10. 6. 1980 – 1 AZR 331/79, AP Nr. 66 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 38 = SAE 1980, 293 mit Anm. *Kraft*.

23 *Rieble* (Fn. 17), Rn. 1389. Dagegen auch *Thüsing*, Der Außenseiter im Arbeitskampf (1996), S. 80 ff.; *MünchArbR/Otto*, 2. Aufl. (2000), § 286 Rn. 93 ff.

24 Auch dazu *Konzen* (Fn. 18), S. 532 f.; *Rieble*, Anmerkung zu BAG 27. 6. 1995 – 1 AZR 1016/94, SAE 1996, 227 ff.; *ders.*, (Fn. 17), Rn. 1708 ff. m. w. N.

25 *Löwisch/Rieble*, Zulässigkeit von Arbeitskämpfen, AR-Blattei 170.2 Rn. 92 ff.; *Thüsing* (Fn. 23), S. 87 ff.

punktverfahren, ist das nutzlos. Außerdem wird der Arbeitgeber so an die kampfaktische Auswahl der Streikenden durch die Gewerkschaft gebunden (wie bei der vom BAG erfundenen kampfrechtlichen Betriebsstilllegung). Will der Arbeitgeber dagegen den Arbeitskampf durch massive Aussperrung zu einem schnellen Ende bringen, scheitert er an der Verhältnismäßigkeit und am Gebot der undifferenzierten Aussperrung.

Der entscheidende Schlag gegen die Aussperrung liegt in der *Kombination von Rechtsunsicherheit und Rechtsfolge*: Der rechtswidrige Streik löst zunächst unmittelbar dieselben Rechtsfolgen aus wie der rechtmäßige: Entzug der Arbeitsleistung und Entfall des Arbeitslohnes. Darüber hinausreichende Schadensersatzansprüche der Arbeitgeber sind keine effektiven Sanktionen, weil der Entzug der Arbeitskraft als solche kein Schaden ist, vielmehr ein darauf beruhender Einnahmeausfall nachzuweisen ist, was mit Blick auf die nach dem Streik erfolgende Nacharbeit und die Komplexität des Marktgeschehens nur schwer gelingt.

Die rechtswidrige Aussperrung dagegen führt verschuldensunabhängig zum Annahmeverzugsentgelt des § 615 BGB. Weil nun aber nach der Konzeption des BAG nicht etwa nur der als unverhältnismäßig qualifizierte überschießende Teil der Aussperrung dem Rechtswidrigkeitsverdikt anheim fällt²⁶, sondern die Aussperrung insgesamt, müssten Arbeitgeber, wollten sie effektiv aussperren, immer einen gehörigen Sicherheitsabstand zur hypothetischen Schwelle zur Unverhältnismäßigkeit wahren. Dann aber fallen die Kampfmaßnahmen so schwach aus, dass sie nicht mehr effektiv sind.

Die Einseitigkeit der politischen Meinung im Arbeitskampf zeigt sich schließlich in den Stellungnahmen von Politikern im Fall DaimlerChrysler, also den massenhaften Arbeitsniederlegungen im Sommer 2004 als Reaktion auf die Ankündigung des Arbeitgebers, dass die Produktion der neuen C-Klasse ohne eine jährliche Kosteneinsparung von 500 Mio. € nach Bremen oder Südafrika verlegt werde: Während früher von Gewerkschaftsseite der Mäßigungsappell einer konservativ-liberalen Regierung als Eingriff in die Tarifautonomie bezeichnet wurde, zeigte die aktuelle Auseinandersetzung hier eine intellektuell kaum fassbare Einseitigkeit des Denkens: Politiker geißelten die Unternehmensstrategie als »nackte Unverschämtheit« (Hermann-Josef Arentz), »unglaublicher Verfall des Verständnisses von Unternehmertum in Deutschland« (Michael Müller, SPD), »Knebelung der Arbeiter und einen organisierten Angriff auf die Arbeitnehmerrechte« (Müntefering). Dass nicht die Standort- oder Investitionsentscheidungen des Arbeitgebers für sich genommen, sondern vielmehr die »Protestaktionen« des Gesamtbetriebsrats und der Belegschaft rechtswidrig gewesen sind – darüber las man kein Wort. Und das, obschon der Protest sich als Arbeitsniederlegung äußerte, damit ein Arbeitskampf gewesen ist, der nach der derzeit geltenden Arbeitskampfrechtsordnung wegen der fehlenden gewerkschaftlichen Führung (»wilder Streik«) wie wegen Verstoßes gegen das betriebsverfassungsrechtliche Arbeitskampfverbot streng verboten ist.

26 BAG (Fn. 21), kritisch *Löwisch/Rieble*, Zum Ausmaß des Rechtswidrigkeitsurteils über Arbeitskämpfe – insbesondere bei der unverhältnismäßigen Aussperrung, DB 1993, 882; SAE 1980, 293 mit Anm. Kraft.

Auch dass bei der aktuellen Auseinandersetzung im Werk des Spielzeugherstellers Märklin der dreitägige Streik ebenfalls offenkundig rechtswidrig gewesen ist – weil die IG Metall keine Tarifforderung erhoben hat, weil die Belegschaft unter Hilfe des Betriebsrats einen wilden Streik organisierte²⁷ und weil das schlechthin verbotene Instrument der Betriebsblockade eingesetzt worden ist²⁸ – interessiert kaum. Die Rede ist auch hier verniedlichend von »Protesten«. Bezeichnenderweise sind bei Märklin die Arbeitsplätze ungelernter Arbeiterinnen betroffen, die auf dem Arbeitsmarkt keinerlei Chance haben²⁹, und die Opfer einer gewerkschaftlichen Umverteilungspolitik zugunsten der unteren Lohngruppen geworden sind: Wer Hochlöhne für einfachere mechanische Arbeiten durchsetzt, muss sich im Klaren darüber sein, dass dies eine Vertriebungspolitik zugunsten von Ostdeutschland (hier: Thüringen), Osteuropa (hier: Ungarn) und letztlich von Asien ist.

4. Organisationshilfe durch Betriebsverfassung und Mitbestimmung

Die Staatshilfe greift aber weiter: Mittelbare Organisationshilfe leistet die Betriebsverfassung. In Betrieben mit Kollektivvertretung ist es leichter, für Gewerkschaften zu werben. Oft tun dies gerade Betriebsräte. Praktisch auch, wenn freigestellte Betriebsräte in ihrer Freistellungszeit Gewerkschaftsarbeit auf Kosten des Arbeitgebers verrichten. Bei nicht wenigen Betriebsratsvorsitzenden stehen im arbeitgeberfinanzierten Betriebsratsbüro die Ordner für Gewerkschaftsarbeit. Auch kommt es – wie ich mehrfach erfahren habe – vor, dass Betriebsratssekretärinnen auf Arbeitgeberkosten Gewerkschaftspost schreiben.

Solange der DGB in den Betriebsräten unter deren Mitgliedern die immer noch beeindruckende Mehrheit von 57,8 % aufweist und gar 68,1 % der Betriebsratsvorsitzenden stellt³⁰, lohnt sich diese Organisationshilfe. Ein selten ausgesprochenes Motiv der BetrVG-Reform 2001 mit der Vergrößerung der Betriebsräte und der Erhöhung der Freistellungen lag darin, dass deren Gesamtzahl erheblich zurückgegangen war. Der Gesetzgeber hat so den Gewerkschaften »ihren Besitzstand« an Betriebsräten zurückgegeben. Gottlob gescheitert ist der Versuch des DGB im Zusammenwirken mit dem federführenden Ministerium, im Zuge der BetrVG-Reform die Minderheiten auszuschalten – bei den Freistellungen und bei der Ausschussbesetzung³¹.

Zur Gewerkschaftshilfe rechnet auch der Tarifvorbehalt für Betriebsstrukturtarifverträge nach § 3 BetrVG (dort Abs. 2). Wenn die Belegschaften selbst (durch Urabstimmung) oder durch ihre betriebsverfassungsrechtlichen Repräsentanten (Betriebs-

27 Siehe »Rote Fahne News«: Der Betriebsratsvorsitzende Jordan bedankt sich erst für den Arbeitskampf und fordert dann mit Blick auf die absolute Friedenspflicht die Streikenden formal zur Aufnahme der Arbeit auf. http://www.rf-news.de/rfnews/aktuell/Betrieb_und_Gewerkschaft/article_html/News_Item.2004-10-06.0351, abgerufen am 13. 10. 2004.

28 Spiegel-online vom 5. 10. 2004, abgerufen am 13. 10. 2004.

29 <http://www.jungewelt.de/2004/10-08/021.php>, abgerufen am 13. 10. 2004.

30 *Nidenhoff* (Fn. 1), S. 66.

31 Dazu *Löwisch*, Monopolisierung durch Mehrheitswahl?, BB 2001, 726; *Dütz*, Abschaffung des Minderheitenschutzes durch das BetrVerf-ReformG 2001, DB 2001, 1306.

räte) entscheiden dürften – Vorbild wäre die Zusammenlegung staatlicher Gebietskörperschaften –, würden womöglich die Organisationsinteressen der Gewerkschaften vernachlässigt. Auf die verfassungsrechtlichen Bedenken (Legitimationsdefizit gegenüber den Außenseitern) will ich hier nicht eingehen³². Und so ist in der Praxis – wie nicht anders zu erwarten – zu beobachten, dass solche Betriebsstrukturtarife vor allem dazu genutzt werden, im Zuge von Umstrukturierungen die gewerkschaftliche Organisationsmacht zu stabilisieren. Und selbstredend wird bei der Zusammenfassung von Betrieben zu neuen Betriebsratseinheiten genau analysiert, ob die Gewerkschaftsliste eine hinreichende Chance auf Wahlsieg in der neuen Einheit hat. Das ist wunderbar: Endlich kann man sich sein Wahlvolk nach dem gewünschten Wahlergebnis zusammenstellen.

Die Rolle der Unternehmensmitbestimmung zur Stabilisierung von Gewerkschaftsmacht verdiente eine eigene Abhandlung – wobei es mir nicht darum geht, die Mitbestimmung insgesamt in Frage zu stellen, sondern ihre gewerkschaftsnützigen Elemente, die schlechthin systemwidrig sind, weil Mitbestimmung auf Partizipation der gesamten Belegschaft zielt – unter koalitionspolitischer Neutralität.

Hier nur soviel: Gewerkschaften verteidigen die Unternehmensmitbestimmung stets mit demokratischen Prinzipien³³ – und beharren doch auf einer ganz undemokratischen Sitzreservierung im Aufsichtsrat durch das gewerkschaftliche Vorschlagsmonopol. Damit wird der wählenden Belegschaft das Recht genommen, selbst durch Wahl zu entscheiden, ob sie von Arbeitnehmern des Unternehmens oder von externen Gewerkschaftsvertretern vertreten sein wollen. Man stelle sich nur vor, in Landtagen wären der FDP (zur Existenzsicherung) drei Sitze reserviert und die Wähler dürften nur noch darüber entscheiden, welche FDP-Abgeordneten diese Plätze einnehmen. Auch das ist praktisch: Wenn ein Wahlakt unvernünftig ausgehen könnte, beschränkt man schlicht das Wahlrecht. Hierher gehört auch die Delegiertenwahl. Die Einschaltung der Wahlmänner und die Ausschaltung der unmittelbaren Verhältniswahl stabilisiert gewünschte Mehrheiten. Niemand kann sagen, dass eine unmittelbare Urwahl nach dem Vorbild der Betriebsverfassung nicht möglich wäre: Kommunalwahlen in Großstädten belegen das Gegenteil. Das Bundesverfassungsgericht hat jetzt richtig entschieden, dass das Unterschriftenquorum des § 12 Abs. 1 Satz 2 MitbestG, das gezielt große Gewerkschaften begünstigt, verfassungswidrig ist. Es lässt sich gerade nicht damit rechtfertigen, die Arbeitnehmerseite solle möglichst nur von einer Gewerkschaft repräsentiert werden, um ein Gegengewicht zur geschlossenen Arbeitgeberseite zu erzeugen³⁴. Anders gewendet: Wahlen werden durch den Wahlakt entschieden und nicht durch rechtliche Privilegien in der Wahlzulassung oder im Wahlverfahren. Auch wenn letzteres für den zu Wählenden risikoärmer ist.

32 Nachweise bei *Löwisch/Rieble* (Fn. 11), Grundlagen Rn. 51, § 1 Rn. 138 f.

33 Statt aller *Hexel*, Teilhabe durch Mitbestimmung – Argumente zur aktuellen Debatte von Unternehmenspolitik und Mitbestimmung, Gewerkschaftliche Monatshefte 2004, 199; zum Verhältnis von Mitbestimmung und Demokratie *Rieble*, Mitbestimmung zwischen Legitimationslast und Modernisierungsdruck, in: *Rieble* (Hrsg.), Zukunft der Mitbestimmung (2004), S. 9, 15 ff.

34 BVerfG 12. 10. 2004 – 1 BvR 2130/98, noch nicht veröffentlicht, abrufbar unter www.bundesverfassungsgericht.de, Textnr. 87. Dazu schon *Löwisch* Verfassungswidrigkeit der Quoren für die Wahlen nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976, FS *Zöllner* (1998), S. 847 ff.

5. Hilfe durch gesetzliche Arbeitsbedingungen (tarifersetzende Gesetze und tarifdispositives Recht)

Der Gesetzgeber eilt den Gewerkschaften gelegentlich zu Hilfe, wenn sie ihre Tarifziele nicht durchsetzen können. Den Anfang nahm diese Entwicklung mit dem Metallarbeiterstreik in Schleswig-Holstein 1956/57, der die tarifliche Lohnfortzahlung für Arbeiter im Krankheitsfalle erzwingen sollte. Der Gesetzgeber sprang ein – mit dem Arbeiterkrankheitsgesetz 1957 und übernahm den Metalltarifabschluss im wesentlichen als Gesetz – für Arbeiter aller Branchen³⁵. Bis heute ist es kaum nachvollziehbar, dass die gesetzliche Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall 100 % beträgt, weil das keine angemessene Mindestarbeitsbedingung, sondern eine Maximalversorgung ist. Tarifverträge können hier systemwidrig keine Steigerung mehr bieten.

Aus dem *Verhältnismäßigkeitsprinzip des Art. 9 Abs. 3 GG* folgt vielmehr, dass der Staat sich auf nach seiner vertretbaren Einschätzung *unabweisliche Mindestbedingungen* beschränken muss. Die Optimierung von Arbeitsbedingungen zugunsten der Arbeitnehmer ist nicht seine Sache, sondern die der Tarifparteien, speziell der Gewerkschaften. Regelmäßig muss der Staat der Tarifautonomie hinreichenden Regelungsspielraum belassen³⁶, indem er einen Abstand seiner Mindestarbeitsbedingungen zu den auf angemessenen Ausgleich abzielenden Tarifbedingungen wahrt (*Abstandsgebot*).

Noch heute finden sich immer wieder tarifersetzende Gesetze, die den Gewerkschaften die Arbeit abnehmen – vom allgemeinen Teilzeitanspruch nach § 8 TzBfG, der zuvor nur für den öffentlichen Dienst im BAT verankert war, bis hin zum Ladenschlussgesetz und seinem höchst merkwürdigen § 17 Abs. 4, der Arbeitnehmern im Handel einen arbeitsfreien Samstag im Monat verschafft. Das ist ein typischer Tarifinhalt – gesetzlichen Samstagsarbeitsschutz gibt es sonst nur nach dem JugendarbeitsschutzG (§ 16).

Der Gesetzgeber hilft den Gewerkschaften nicht nur mit tarifersetzenden Gesetzen. Hierher gehört auch dasjenige staatliche Recht, das an sich zwingend gilt, aber nur durch Tarifvertrag modifiziert werden kann – *tarifdispositives Recht*. Es behält den Tarifparteien und damit letztlich den Gewerkschaften die Abänderung der staatlichen Vorgabe vor. Weil die Angriffsaussperrung eine nur theoretische Möglichkeit ist³⁷, müssen die Arbeitgeber anderswo nachgeben, um das Ausnutzen der Tarifdispositivität zu bezahlen. So wird gewerkschaftliche Verhandlungsmacht erzeugt. Sicher: Für

35 Instruktive Darstellung: o. V., »Wir wollen nicht länger Menschen zweiter Klasse sein«, <http://www.schleswig-holstein.de/bis/download/10001/1121/06.PDF>, zuletzt abgerufen am 13. 10. 2004. Siehe auch Wedde, Besteht aufgrund der MTV der Metall-, Elektro- und Stahlindustrie trotz der gesetzlichen Neuregelung (§ 4 Abs. 1 EFZG n. F.) weiterhin ein Anspruch auf 100%ige Fortzahlung des Entgelts im Krankheitsfall?, AuR 1996, 425, 426.

36 MünchArbR/Löwisch/Rieble, 2. Aufl. (2000), § 244 Rn. 67 ff.; Rieble (Fn. 17), Rn. 930 ff.; Löwisch, Schutz der Selbstbestimmung durch Fremdbestimmung, ZfA 1996, 293, 307; Henssler, Tarifautonomie und Gesetzgebung, ZfA 1998, 17 f.

37 Lessner, Zulässigkeit der Angriffsaussperrung, FA 2003, 233 ff.; Bobke, Unzulässigkeit der Angriffsaussperrung, FA 2003, 322 ff.; Lessner, Alternativen zur Angriffsaussperrung? FA 2003, 325 ff.

tarifdispositives Gesetzesrecht kann es gute Gründe geben; doch müsste der Gesetzgeber bei seiner abwägenden Entscheidung die Verschiebung der Verhandlungsmachtverhältnisse als Nachteil berücksichtigen.

Hauptbeispiel ist das Arbeitszeitgesetz: Für Arbeitszeitkonten braucht man einen Tarifvertrag, wenn die über acht Tagesstunden hinaus geleistete Arbeit außerhalb des gesetzlichen Ausgleichszeitraums von sechs Monaten »abgefeiert« werden soll (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 lit. b). Schlimmer noch ist die Lohngleichheit der Leiharbeit: Im ersten Schritt ordnet der Gesetzgeber an, dass die Leiharbeiter dieselben Arbeitsbedingungen erhalten wie die Stammarbeiter – was das Ende der Leiharbeit bedeuten könnte – und erlaubt dann das Absenken durch Tarifvertrag, um zu angemessenen Zeitarbeitsbedingungen zu kommen. Damit wird den Gewerkschaften das von ihnen selbst verschmähte Gebiet der Leiharbeit vom Staat »geschenkt«: Denn absenkende Tarifverträge könnten die Arbeitgeber allenfalls durch eine Angriffsaussperrung erreichen, die erstens gesellschaftliche Mißbilligung fände und zweitens wenig hülfe, weil der Aussperrungsdruck auf die Leiharbeiter den Gewerkschaften gleichgültig ist – eben wegen des geringen Organisationsgrades.

Tarifschutzzinstrumente wenden sich – das ist der Witz – gegen die Tarifautonomie selbst: Der Mindestlohn im Baugewerbe wird vom BAG als Verbot auch gegenüber unterbietenden anderen Tarifverträgen – insbesondere Haustarifen – verstanden³⁸. Es soll also nicht möglich sein, den durch Rechtsverordnung für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag durch einen anderen Tarifvertrag, insbesondere einen Sanierungstarif, zu unterschreiten. Ich halte das zwar für einen verfassungswidrigen Eingriff in die Tarifautonomie, doch darum geht es hier nicht. Folge ist eine tarifliche Gleichschaltung: Die Bautarifparteien entscheiden mit Hilfe des Staates auch über zulässige Tarifinhalte fremder Tarifparteien. Was ist gewollt? Eine staatlich installierte Einheitsbaugewerkschaft? Wie bei der Leiharbeit zielt die Regelung auf ein Monopolrecht letztlich des DGB und seiner Gewerkschaften. Auch deswegen ist eine Erstreckung dieses Modells auf andere Branchen verfehlt.

6. Schutz vor Gewerkschaftswettbewerb

Wettbewerb hat nicht nur Entmachtungsfunktion; Wettbewerb ist auch die Quelle der Innovation. Insbesondere deswegen ist ein Wettbewerb der Gewerkschaften um innovative Tarifpolitik sinnvoll. Die Arbeitsrechtsordnung dagegen versucht, diesen Wettbewerb seit Jahrzehnten zu unterbinden – im Interesse derjenigen, die den Innovationsdruck meiden und vor allem Ruhe an der Arbeitsfront wünschen.

Den Anfang machte das vom BAG frei erfundene Prinzip der *Tarifeinheit*, nach dem in einem Betrieb stets nur ein Tarifvertrag einheitlich für die ganze Belegschaft gelten könne. Dieses Prinzip ist inzwischen als verfassungswidrig erkannt, weil es die Angehörigen der unterlegenen Gewerkschaft auf den Status von Nichtorganisierten zurückwirft³⁹.

38 BAG 25. 6. 2002 – 9 AZR 439/01, AP Nr. 15 zu § 1 AEntG = EzAÜG § 1 AEntG Nr. 8; so auch Hanau, Verbands-, Tarif- und Gerichtspluralismus, NZA 2003, 128, 131.

39 Mit Nachweisen: Löwisch/Rieble (Fn. 11), § 4 Rn. 115 ff.

Deswegen haben die DGB-Gewerkschaften nunmehr untereinander eine strikte Reviertaufteilung vereinbart: Für einen Betrieb könne immer nur eine DGB-Gewerkschaft tarifzuständig sein – und organisationszuständig. Das BAG hat diese Praxis entgegen der früheren Rechtsprechung gebilligt – weil die Gewerkschaften des DGB darauf angewiesen seien⁴⁰. Das ist eine schöne Rechtsordnung, in der man bekommt, was man zu brauchen vorgibt und Gegenargumente als »Versuch sich querzulegen« abgetan werden⁴¹. Gegen diese Rechtsprechung gibt es viele dogmatische Argumente⁴², vor allem aber ein schlagendes: Multibranchengewerkschaften wie die IG Metall oder ver.di können gerade nicht einseitig und mit Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber die Abgrenzung ihrer eigenen Organisationsbereiche verbindlich vornehmen. Ver.di etwa kann nichts dagegen tun, dass ein Handelsunternehmen seinen Logistik-Bereich ausgliedert und die billigeren Transporttarife zur Anwendung bringt. Weshalb soll der DGB, der als nicht tariffähiger Spitzenverband weniger legitimiert ist, mehr Rechtsmacht haben?

Das Schiedsgerichtsmodell hat zudem einen Schönheitsfehler: Es wirkt nur innerhalb des DGB. Deswegen müssen – nach der Integration der DAG – fremde Gewerkschaften bekämpft werden, am besten, indem man sie mit Hilfe staatlicher Gerichte für tarifunfähig erklären lässt. Das betrifft die Christliche Gewerkschaft Metall. Hier ist eine merkwürdige Wahrnehmung zu beobachten: Solange die CGM vor allem Anschlussstarife abgeschlossen hat, die die IG Metall nicht störten, wurde ihre Tarifberechtigung nicht in Frage gestellt. Erst als die CGM innovativ wurde und die Tarifikreise der IG Metall damit zu stören begann, spricht man ihr die Fähigkeit zum Tarifabschluss ab. Das wenigste, was einen daran stören muss, ist die Widersprüchlichkeit⁴³.

Es geht den Staatsinterventionisten schlicht darum, »Ordnung durch Beschränkung der Vielfalt zu schaffen«⁴⁴, also durch Gleichschaltung den in Art. 9 Abs. 3 GG angelegten Koalitionspluralismus und Koalitionswettbewerb⁴⁵ zu beschränken und so für Ruhe zu sorgen. Dabei ist doch das tarifliche Ordnungsprinzip längst aufgegeben⁴⁶. Das belegen auch Versuche, die Auslegung von arbeitsvertraglichen Bezugnahme Klauseln am Organisationsinteresse des DGB auszurichten – also einen Bezugnahmevorrang zugunsten von DGB-Gewerkschaften gegenüber anderen Gewerkschaften zu

40 BAG zuletzt 14. 12. 1999 – 1 ABR 74/98, AP Nr. 14 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit = SAE 2001, 38 mit Anm. *Natzel*; entschieden anders noch BAG 27. 11. 1964 – 1 ABR 13/63, AP Nr. 1 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit = SAE 1965, 201 mit Anm. *Isele*.

41 *Hanau* (Fn. 38). NZA 2003, 130 bei Fn. 16.

42 Mit Nachweisen *Löwisch/Rieble* (Fn. 11), § 2 Rn. 95 ff.

43 Zum CGM-Verfahren *Rieble*, Der CGM-Beschluss des ArbG Stuttgart, BB 2004, 885; *Richardi*, Der CGM-Beschluss des ArbG Stuttgart: Tariffähigkeit und Tarifizensur, NZA 2004, 1025.

44 *Hanau* (Fn. 38), NZA 2003, 129.

45 Zu ihm *Rieble*, (Fn. 17), Rn. 1778 ff.; *Franzen*, Tarifrechtssystem und Gewerkschaftswettbewerb, RdA 2001, 1.

46 BAG 25. 7. 2001 – 10 AZR 390/00, EzA § 4 TVG Günstigkeitsprinzip Nr. 10 = NZA 2002, 56; weiter *Löwisch/Rieble* (Fn. 11), Grundlagen Rn. 6.

postulieren, weil nur solche Tarifverträge »für die deutsche Tariflandschaft typisch« seien⁴⁷. Als ob deutsche Arbeitgeber ihre formularmäßigen Bezugnahmeklauseln am DGB-Organisationsinteresse ausgerichtet wissen wollten.

7. Privileg durch Duldung rechtswidrigen Verhaltens

Die Beispiele aus dem Arbeitskampfrecht weisen auf die letzte Form der staatlichen Parteinahme hin: Die Duldung rechtswidrigen Verhaltens auf der Arbeitnehmerseite. Dass verbotene Arbeitskampfmaßnahmen nicht unterbunden werden, ob es die betriebsverfassungswidrigen und wilden Streiks bei DaimlerChrysler und Opel sind oder der »nur« wilde Streik bei Märklin, ob es Betriebsblockaden sind oder Sachbeschädigungen, die Inbesitznahme von Produktionsmitteln im Eigentum des Arbeitgebers (Gabelstapler bei DaimlerChrysler und Volkswagen), ist mehr als merkwürdig. Das Polizeirecht fällt dem Opportunismus anheim. Staatsanwälte ermitteln nicht.

Merkwürdiger noch ist der von manchen Betriebsräten ausgeübte Koalitionszwang. Bei Volkswagen insbesondere lässt sich ein Organisationsgrad von sozialistischen 97 % (Bundesdurchschnitt: 24,1 %, Fn. 1) nur erreichen, indem vor allem Neueingestellte besonders »überredet« werden. Die Fama sagt, der Neueingestellte werde vom Betriebsrat gebeten, das Aufnahmeformular für die IG Metall zu unterschreiben, womit dann auch der Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung nach § 99 BetrVG nichts entgegenstünde. Das aber läuft auf einen betriebsverfassungswidrigen Bruch der koalitionspolitischen Neutralität hinaus – schlimmer noch auf einen unmittelbaren Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 Satz 2 Grundgesetz. Hier wird ein verfassungswidriger closed-shop installiert – und niemand sagt etwas dazu.

So geht es munter weiter: Betriebsräte bekennen sich gelegentlich offen dazu, im Vorfeld einer Tarifaufeinandersetzung keine Überstunden mehr zu genehmigen, damit im Falle eines Arbeitskampfs der Streik eine bessere Wirkung erzielt – auch dies ein klarer Bruch des betriebsverfassungsrechtlichen Kampfverbotes.

In der öffentlichen Wahrnehmung spielt all dies keine Rolle. *Vorsprung durch Rechtsbruch* lautet die Devise. Den Gewerkschaften kann man dies nur begrenzt anlasten: Sie haben wegen der massiven Unterdrückungsversuche im Kaiserreich von Anfang an keine durchgehend »staatstragende« oder »rechtsbejahende« Haltung eingenommen. Sie haben immer wieder versucht, ihre rechtspolitischen Forderungen (etwa: Verbot der Aussperrung) mit revolutorischer Haltung und evolutorischer Entwicklung – langsamer Zersetzung und Erosion der jeweils bestehenden Ordnung durch planmäßige Verstöße und »Experimente« – durchzusetzen: negative normative Kraft des Faktischen. So werden selbst heute noch massive Verstöße gegen Arbeitskampf- und Eigentumsrecht (Blockaden bei Märklin, wilde und betriebsverfassungswidrige Streiks bei DaimlerChrysler und Opel), vom ehemaligen Vorsitzenden der IG Metall, Steinkühler, als »Notwehr« gerechtfertigt⁴⁸, so als ob das Arbeitsverhältnis ein

47 So *Hanau/Kania*, Die Bezugnahme auf Tarifverträge durch Arbeitsvertrag und betriebliche Übung, FS Schaub (1998), S. 239, 254.

48 <http://www.n24.de/ticker/index.php/p2004100522183500002> vom 5. 10. 2004, abgerufen am 13. 10. 2004. Dazu, dass ein solcher Streik rechtswidrig ist, eindeutig BAG 14. 2. 1978 –1 AZR

notwehrfähiges Rechtsgut auch dort wäre, wo es der Arbeitgeber nach geltendem Kündigungsrecht durch unternehmerische Standortentscheidung beenden darf. Diese revolutionäre Haltung ist gar zur Rechtsmeinung geraten. So heißt es in einem Arbeitskampsrechtsbuch gewerkschaftsnaher Autoren: Arbeitskamps gerate zur Rebellion gegen die Herrschenden⁴⁹. Und so werden gelegentlich »phantasievolle Aktionen« wie Betriebsbesetzungen und -blockaden sowie EDV-Sabotage, die als Straftaten und deliktische Eingriffe in Eigentum und Besitz des Arbeitgebers schlechthin unzulässig sind, vorgeschlagen⁵⁰.

Die Rüge geht vielmehr an den Staat, der nichts unternimmt, um seiner Rechtsordnung auch faktische Geltung zu verschaffen. Dass dieser Staat – oder doch jedenfalls seine Arbeitsrechtsordnung – von den Gewerkschaften nur dort respektiert wird, wo es um ihre Rechte geht, das ist Folge dieser staatlichen Toleranz oder: Indifferenz.

II. Wettbewerb und Protektionismus

1. Ergebnis: Soziale Machtverstärkung der Gewerkschaften

Die überkommene kollektive Ordnung im Korporationsstaat Deutschland ist in Gefahr und begegnet dieser mit einer abschottenden Wagenburgmentalität. Der Staat nimmt Partei für die Gewerkschaften und versucht, ihnen einen Gestaltungserfolg zu verschaffen, den sie aus eigener Kraft nicht mehr erlangen können. Diese Staatshilfe gedeiht im Refugium der Nationalstaatlichkeit: Sowenig es den Gewerkschaften gelingt, über den losen Kontakt in europäischen Spitzenverbänden hinaus eine europäische Abstimmung in der Tarifpolitik zu erreichen, sowenig kann der deutsche Staat sich bei der protektionistischen Schützenhilfe auf den Tarifwettbewerb als Element des Wettbewerbs auf einem europäischen Arbeitsmarkt einlassen.

Man möchte den Tarifprotektionisten zurufen: Es nutzt alles nichts. Am Ende kommt es wie bei DaimlerChrysler, Karstadt, Volkswagen, Opel und Siemens. Gegen die entmachtende Wirkung des Wettbewerbs kann in einer Marktwirtschaft niemand bestehen – auch die Tarifparteien nicht. Dass in Deutschland die Lohnstückkosten zu hoch sind – gerade auch weil die hohen Lohnkosten nicht durch einen entsprechenden

76/76, EzA Art. 9 GG Arbeitskamps Nr. 22 = AP Nr. 58 zu Art. 9 GG Arbeitskamps = SAE 1980, 152 mit Anm. *Seiter* = JuS 1978, 791 (für einen wilden Streik zur Wiedereinstellung und gerade mit Blick auf das vermeintliche Notwehrrecht).

49 *Däubler*, Arbeitskampsrecht, 2. Aufl. (1987), Rn. 77.

50 Zu den Vorschlägen aus gewerkschaftsnaher Literatur: *Roth*, Neue Technologien und Streikfähigkeit, in: Bieback/Zechlin (Hrsg.), Ende des Arbeitskampfes? (1989), S. 11 ff. Zur Rechtswidrigkeit §§ 123, 240, 303a, 303b StGB. BAG 21. 6. 1988 – 1 AZR 651/86, EzA Art. 9 GG Arbeitskamps Nr. 75 = AP Nr. 108 zu Art. 9 GG Arbeitskamps = SAE 1989, 93 mit Anm. *Reuter*; LAG Düsseldorf 24. 2. 1994 – 13 Sa 1214/93, LAGE Art. 9 GG Arbeitskamps Nr. 54; LAG Schleswig-Holstein 28. 6. 1993 – 5 Sa 346/93, LAGE Art. 9 GG Arbeitskamps Nr. 51; *Wesch*, Neue Arbeitskampsmittel (1993); *Stahlhacke*, Zulässigkeit neuer Kampsmittel im Arbeitskamps (1994).

Produktivitätsvorsprung gedeckt sind⁵¹ –, könnte der Staat allenfalls durch Lohnsubventionen kompensieren. Für diese aber hat er – gottlob – kein Geld. So kommt es wie es kommen muss: Jede Mindestlohnregelung verschärft den Wettbewerb zu Lasten der Geringqualifizierten, weswegen deren Arbeitsplätze in Gefahr geraten. Die »Produktivitätspeitsche« trifft am Ende den Arbeiterrücken.

Selbst der Gewerkschaftswettbewerb wird nicht effektiv unterbunden: Kollektive bilden sich dort, wo die Arbeitnehmer glauben, diese zu brauchen. Wenn es keine konkurrierende Gewerkschaft gibt, dann organisiert sich die Belegschaft selbst – wie bei Märklin – oder der Betriebsrat fungiert, zwar rechtswidrig aber effektiv, als beitragsfreie Ersatzgewerkschaft – wie bei DaimlerChrysler oder Opel. Die Gewerkschaften haben den Arbeitskonflikt nicht mehr im Griff; ihre Verhandlungs- und Machtposition wird usurpiert.

Auch auf die Europäisierung des Gewerkschaftswettbewerbs wird man sich einstellen müssen: Weshalb sollen ausländische Gewerkschaften, insbesondere in der EU, nicht Tarifverträge für Arbeitnehmer ausländischer Unternehmen in deutschen Niederlassungen abschließen? Man wird aufmerksam zu beobachten haben, wie die deutschen Marktzutrittsschranken – vor allem im Baugewerbe, aber auch in der Leiharbeit – nachgebessert werden, wenn unbotmäßige ausländische Gewerkschaften den deutschen Tarifmarkt betreten. Und dann wird man die internationalen und europäischen Gewährleistungen von Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie (und die grenzüberschreitende Dienstleistungsfreiheit) gegen solche Restriktionen verteidigen müssen⁵². Freilich gilt auch hier: Schon das Rechtsrisiko als solches ist eine effektive Marktzutrittsschranke.

2. Kompensiert durch wettbewerbliche Stärkung der Arbeitgeber?

Gelegentlich wird behauptet, die Globalisierung habe eine ökonomische Stärkung der Arbeitgeberseite zur Folge, die nun die Standorte in »Geiselhaft« nehmen könnten. Mit diesem Argument soll noch mehr Staatshilfe für Gewerkschaften legitimiert werden.

Das ist nicht zu Ende gedacht: Mehr Macht auch in der Auseinandersetzung mit den Gewerkschaften hätten Unternehmen nur, wenn sie frei zwischen Handlungsalternativen entscheiden könnten. Die deutschen Unternehmen haben aber nicht die Wahl, die bisherigen Tarifbedingungen zu akzeptieren und den Arbeitskostennachteil der deutschen Standorte »irgendwie« auszugleichen. Die Quersubvention insbesondere durch ausländische Standorte ist kein langfristiges Konzept. Solcher Renditeverzicht überzeugt weder den Kapitalmarkt, noch werden es die Volkswirtschaften jener Länder auf lange Zeit zulassen, dass der dort erarbeitete Gewinn letztlich überteuerte, deutsche Arbeitsverhältnisse stabilisiert. Der in der Auseinandersetzung um DaimlerChrysler geäußerte Vorwurf, solange ein Unternehmen seinen Aktionären Rendite zahle, dürfe es keine Lohnkürzungen geben, ist vergleichbar abstrus. Auch hier würde die »soziale« Renditeminderung letztlich durch Kapitalabzug und damit durch Kurs-

51 Iwd Nr. 40/2004 S. 2; Langfassung: Schröder, Produktivität und Lohnstückkosten im internationalen Vergleich, iw-trends 3/2004.

52 Dazu Löwisch/Rieble (Fn. 11), Grundlagen, Rn. 101 ff.

verfall bestraft, was die verbleibenden Arbeitsplätze stärker noch gefährdete. Außerhalb von Monopolen schließlich ist es nicht möglich, die Arbeitskosten an die Kunden weiterzugeben. Wer kauft schon überteuerte Produkte (wie den VW Golf), wenn vergleichbare ausländische Produkte zum günstigeren Preis zu haben sind. Insofern verhalten sich die Arbeitnehmer zwar ökonomisch rational, aber in ihren Forderungen doch widersprüchlich: Wer selbst als Konsument auf dem Markt ein »Schnäppchen« machen und den Wettbewerb der Produktanbieter nutzen will, kann sich in seiner Rolle als Arbeitnehmer nicht über eben diesen Wettbewerb beklagen.

Die Macht der Unternehmen ist also nicht gewachsen, sondern eher geschwunden. Das zeigen gerade Karstadt, Opel und VW, die die erforderlichen Einschnitte zu lange hinausgezögert haben – übrigens ein bemerkenswerter Fall von »Co-Management« durch Mitbestimmung.

Unternehmen werden vielmehr durch den internationalen Wettbewerb – vor allem durch die Entwicklung Osteuropas und Asiens zu produktiven Märkten, die den deutschen Produktivitätsvorsprung (von dem der Lohnvorsprung ökonomisch abhängt) schwinden lassen – und von den Kapitalmärkten effektiv entmachtet und von ihren Nachfragern gezwungen, Produktivitätsfortschritte zu erzielen und sei es durch die Standortverlagerung. Diese Entmachtung auf den internationalen Güter- und Dienstleistungsmärkten schlägt auf den Arbeitsmarkt und die nationale Tarifaueinandersetzung durch.

Eine Verstärkung der Arbeitgebermacht lässt sich allenfalls insofern feststellen, dass deutsche Unternehmen auslandsfähig geworden sind, dass also dem einzelnen Unternehmen mit der Verlagerung von Produktionsstätten und der Lenkung von Investitionen ins Ausland eine zusätzliche Handlungsoption zur Verfügung steht. In der Tat: Dass nicht nur Volkswagen, DaimlerChrysler und Siemens in Osteuropa und Asien aktiv sind, sondern dass auch der deutsche Mittelstand zunehmend auslandsfähig wird, das ist die neue Dimension des Wettbewerbs. Diese Intensität wird nicht nur dadurch ermöglicht, dass im Ausland inzwischen auch Fachkräfte zu finden sind, sondern vor allem dadurch, dass Niederlassungsfreiheit herrscht. Früher mussten die Unternehmen mit ihren Belegschaften dem internationalen Wettbewerb von Deutschland aus standhalten – und hatten keine Wahl. Heute können die Unternehmen ihre deutschen Belegschaften »im Stich lassen« – selbst ins Ausland gehen und von dort aus den Wettbewerb noch verschärfen, indem sie nicht nur den Auslandsmarkt zu Lasten deutscher Exporte bedienen, sondern auch den Inlandsmarkt. Gerade die Automobilhersteller machen das vor. Dabei darf zwar nicht ignoriert werden, dass ein Auslandsengagement sich über die Vorteile der Arbeitsteilung stabilisierend auf Inlandsarbeitsplätze auswirkt. Für den auf die tariflichen Arbeitsbedingungen durchschlagenden Wettbewerbsdruck macht das jedoch keinen Unterschied.

Doch liegt darin keine substantielle Stärkung der Arbeitgebermacht in der Auseinandersetzung mit den Gewerkschaften: Die Unternehmen haben nur eine scheinbare Wahl: Der Wettbewerb mit seiner internationalen Warenverkehrsfreiheit zwingt sie dazu, möglichst kostengünstig zu produzieren – und sei es im Ausland. Wer auf Vorteile in der Kosten-Produktivitäts-Relation verzichtet, wird vom Markt – also letztlich von den Kunden – bestraft. Das zeigen gerade jene Unternehmen, die auf die erforderlichen Maßnahmen lange verzichtet haben (Volkswagen, Opel), oft gerade auf Betreiben der Gewerkschaften und Betriebsräte. Für die Arbeitgeberverbände bedeutet

der internationale Wettbewerb von vornherein nur eine Schwächung: Denn ihre Mitglieder verabschieden sich mit dem Gang ins Ausland auch aus der Verbandssolidarität. Die Flucht ins Ausland ist immer zugleich auch eine Flucht aus dem Arbeitgeberverband und dem deutschen Tarifsysteem.

Das Durchschlagen des Wettbewerbsdrucks schwächt gerade die Arbeitgeberverbände: Denn Standort- und Investitionsentscheidungen sind nicht kollektivierbar. Vielmehr werden die Standortverhandlungen dezentral geführt. Die endgültige Betriebsstilllegung und die Drohung mit ihr ist ein notwendig unternehmensfixiertes Druckmittel (im weiteren Sinn). Sie zielt auf die endgültige Beendigung von Arbeitsverhältnissen und ist damit weitaus schärfer als die nur suspendierende Aussperrung. Die Standortdrohung wird so für die Arbeitgeber ein verlockendes Instrument, bereits erfolgte Tarifabschlüsse zu hintertreiben. Die Verbände verlieren ihre Steuerungsfunktion.

Werden Tarifbedingungen mit Blick auf Standortnachteile abgesenkt (wie bei Siemens und DaimlerChrysler), haben die Verbände, die den Tarifdispens oder die Tariföffnung tariflichrechtlich absegnen müssen, nurmehr »Notarfunktion«. Weder bei Siemens noch bei DaimlerChrysler lag die Tarifverantwortung bei den Tarifparteien; sie ist vielmehr von Unternehmen und (Gesamt)Betriebsrat wahrgenommen worden. Die Langfristfolgen dieser Verbetriebligung der Tarifpolitik und der Entmachtung der Verbände sind nicht absehbar. Dem Leitbild einer eigenverantwortlichen Tarifrechtssetzung entspricht das nicht⁵³.

3. Pyrrhussieg der Gewerkschaften!

Den Gewerkschaften ist mit dieser Machtsubvention des Staates im Arbeitskampfrecht ein Pyrrhussieg gelungen. Sie haben in Deutschland Arbeitsbedingungen und soziale Sicherung auf hohem Niveau etablieren können. Dieser große historische Erfolg erweist sich als Pyrrhussieg: Ein Zugewinn auf Kosten der Unternehmen ist kaum mehr möglich, will man nicht die Abwanderung beschleunigen.

Die zwischenzeitlich als Ersatzziel geborene Idee, die Gewerkschaften könnten bei Ausbleiben von Zugewinnen doch wenigstens die Arbeit »gerecht verteilen«, ist ebenfalls gescheitert. Arbeitszeitverkürzung verteuert die Arbeit, vernichtet Arbeitsplätze und führt letztlich nur zu mehr Schwarzarbeit, weil sich die Arbeitnehmer in ihrem Erwerbsdrang nicht von kollektiven Organisationen bevormunden lassen.

Ein Pyrrhussieg ist dies für die Gewerkschaften vor allem deswegen, weil ihre systeminterne Machtstellung im nationalen System der Gegenmachtbildung nunmehr an die Grenzen des internationalen Wettbewerbs gelangt. Tarifautonomie ist nicht nur »nach unten« durch die Sozialhilfe, sondern gerade »nach oben« effektiv durch den Gütermarktwettbewerb begrenzt, weil die Arbeitskosten nicht nur Ergebnis der Tarifverhandlungen sind, sondern sich als Element der Preisbildung für die Güter und Dienstleistungen dem internationalen Wettbewerb stellen müssen. Und wenn die Ertragskraft der Unternehmen in diesem Wettbewerb nicht mehr ausreicht – dann bleibt nur die *Korrektur durch Tarifabschlag*.

53 Zur Tarifverantwortung Löwisch/Rieble (Fn. 11), § 1 Rn. 169 ff. m. w. N.

Das aber ist nur die Konsequenz der bisherigen Tarifentwicklung: Wenn Tarifverträge keine echten Mindestbedingungen mehr sind, sondern sich als Median-Tarife an einer mittleren oder höheren Belastbarkeit der Unternehmen orientieren, dann sorgt der Markt für die Tarifflexibilität nach unten. *Öffnungsklauseln* sind dabei nur ein scheinbarer Ausweg. Sie nehmen den Anpassungsdruck von den tariflichen Entgelten, indem sie für bestimmte Belegschaften eine Abweichung gestatten. Das führt zwangsläufig zur Ungleichbehandlung der Unternehmen auf der Kostenseite – wie der Arbeitnehmer. Vor allem: die Marktprägung des Tarifvertrags bleibt erhalten. Die notwendige Korrektur des Flächentarifs – für alle Unternehmen und alle Arbeitnehmer – unterbleibt.

Für die Gewerkschaften bedeutet das die bittere Erkenntnis, dass sie über unsere Verhältnisse tarifiert haben und dass diese Wohlstandsillusion jetzt platzt. Wenn in Schweden trotz deutlich höherer Lebenshaltungskosten und Steuersätze für Arbeitnehmer die Löhne um 10 bis 20 % unter den deutschen liegen⁵⁴, dann leben wir – aus der Sicht des Wettbewerbs und ohne normative Fundierung – über unsere Verhältnisse.

Für Gewerkschaften ist dies bitter: Was wollen sie den Belegschaften bei Karstadt-Quelle oder bei Opel noch bieten? Wie sollen Lohnverzicht Organisationskraft entfalten? Selbst wenn im Einzelfall eine Beschäftigungssicherung zugesagt wird – auf organisierte Arbeitnehmer lässt sie sich nicht beschränken, weil dies zu einem closed shop führte, der mit Art. 9 Abs. 3 GG nicht vereinbar ist⁵⁵ (auch wenn die IG Metall eben dies derzeit in Nordrhein-Westfalen im Rahmen von Standortsicherungstarifen versucht). Der Anreiz für die Gewerkschaftsmitgliedschaft schwindet – zumal wenn betriebliche Vereinbarungen von Betriebsräten verhandelt werden, die ein Mandat für alle Arbeitnehmer ungeachtet ihrer Gewerkschaftszugehörigkeit haben.

Die Erosion gewerkschaftlicher Tarifr Macht zeigt sich schon daran, dass – mit Ausnahme von VW und KarstadtQuelle – vor allem Betriebsräte oder selbstorganisierte Belegschaften aktiv werden – und zum Instrument des Arbeitskampfs greifen. Diese *Verselbständigung betrieblicher Kampfgemeinschaften* kann die gewerkschaftliche Tarif- und Kampfsolidarität erheblich schwächen. Die Entwicklung steht erst am Anfang. Wie will eine Gewerkschaft Mitglieder für eine Tarifbewegung in der Fläche mobilisieren, wenn diese infolge einer unternehmensbezogenen Abrede gar nicht in den Genuss des Flächentarifvertrages kommen? Wer glaubt denn, dass die Karstadt-Belegschaft nach einer Aussetzung künftiger Tarifsteigerungen noch für eine Auseinandersetzung über Einzelhandelstarifverträge zur Verfügung steht, die für sie nicht gelten werden? Und wie wirkt sich die Erfahrung aus, dass der Pforzheimer Abschluss der Metallindustrie für die DaimlerChrysler-Beschäftigten nur eine kurze Halbwertszeit hatte. Müssen nicht Arbeitnehmer künftig befürchten, dass Tarifaufeinandersetzungen sinnlos werden, weil – trotz Friedenspflicht – die Unternehmen Tarifabschlüsse jederzeit in Frage stellen, sobald es aus wettbewerblicher Sicht erforderlich ist? Was ist von einem Flächentarif zu erwarten, der kein verlässliches Geltungsversprechen mehr einlösen kann? Und weswegen sollen die Arbeitgeber mit solchermaßen geschwächten Gewerkschaften Tarifverträge abschließen, wenn es keinen Arbeitsfrieden

54 FAZ 15. 10. 2004, 16.

55 Löwisch/Rieble (Fn. 11), § 1 Rn. 121, 874, 877.

mehr gibt, die Belegschaften bei Standortproblemen vielmehr wilde und betriebsverfassungswidrige Streiks durchführen?

Dass es die Arbeitgeberverbände nicht leichter haben, wenn ihre Mitglieder Standortentscheidungen individuell verhandeln, macht es nicht besser. Wenn den Gewerkschaften der verlässliche Vertragspartner abhanden kommt, und die Unternehmen unternehmensspezifisch an der Produktivität und an der Wettbewerbssituation orientierte Abschlüsse aushandeln, dann wird die Einheitsgewerkschaft überflüssig. Denn als Notar, der nur das Verhandlungsergebnis zwischen Unternehmen und Betriebsrat tarifiert, hat eine solche Gewerkschaft keine spezifische Interessenvertretungsfunktion. Ich perhorresziere, aber der Blick auf die Automobilindustrie lässt einen solchen Schluss nicht völlig abseitig erscheinen.

Wäre es nicht auch für die Gewerkschaften besser gewesen, wenn die Arbeitgeberseite kraft eigener Arbeitskampfmacht eine maßvollere Tarifentwicklung durchgesetzt hätte? Sind nicht die Gewerkschaften auf einen starken Gegner angewiesen, damit es tariflich noch etwas zu erreichen gibt?

III. Entwicklung zu einem Staatsmonopolsyndikalismus?

Droht ein »Gewerkschaftsstaat«? Diese Frage hat *Hanns-Martin Schleyer* 1974 gestellt⁵⁶. Angesichts unseres Befundes ist eher zu fragen, ob sich der DGB mit seinem Organisationskonzept der Einheitsgewerkschaft zur Staatsgewerkschaft entwickelt, die von permanenter Staatshilfe abhängig ist.

Eine solche Entwicklung ist ordnungspolitisch gefährlich, weil sie das verfassungsrechtliche Leitbild der unabhängigen und staatsfreien Gewerkschaft erodiert. Schon eine einseitige Staatshilfe für die Gewerkschaften – insbesondere in der Auseinandersetzung mit den Arbeitgeberverbänden – bedroht das Tarifsysteem: Wenn das Gegenmachtprinzip nicht (mehr) zu einem vernünftigen Einpendeln führt, also zu Umverteilungslöhnen statt zu Marktlöhnen, muss die deutsche Volkswirtschaft unter Einschluss der Sozialversicherungssysteme den Preis bezahlen. Die Parteinahme des Staates für die Gewerkschaften kostet aber nicht nur, sie vergrätzt auch Arbeitgeber. Das liegt in erster Linie daran, dass die Organisation in Arbeitgeberverbänden nicht mehr lohnt: Wenn die Gewerkschaften ihre Forderungen ohne nennenswerte Gegenwehr durchsetzen können, erscheint es wenig lohnend, sich im Arbeitgeberverband zu engagieren. Im Sportbild: Wenn der Schiedsrichter bei der Gegenmannschaft mitspielt, verliert das Spiel an Reiz. Und zwar nicht nur für die Allgemeinheit als »Zuschauer«.

Der Staat beschädigt auf diese Weise nicht nur das Tarifsysteem mit seinen tragenden Elementen Staatsfreiheit und Staatsneutralität. Er gefährdet damit die Unabhängigkeit der Gewerkschaften und so diese selbst. Jede Form von Hilfe macht süchtig, lässt die Eigenverantwortung des Unterstützten zurücktreten und ihn nach mehr Hilfe gieren. Gewerkschaften drohen subventionsabhängig zu werden – nur geht es hier nicht um monetäre, sondern um Machtsubventionen. Manche Gewerkschaften sind schon »auf

56 Dazu *Hemmer/Borsdorf*, »Gewerkschaftsstaat« — Zur Vorgeschichte eines aktuellen Schlagworts, *GMH* 1974, 640 ff. Weiter *Zacher*, Staat und Gewerkschaften (1977), insb. S. 28 ff.

Staatsdroge«. Wie jeder Süchtige wollen sie immer mehr: Beispiel ist die aktuelle Forderung nach allgemeinen branchenbezogenen Mindestlöhnen zum Schutz vor osteuropäischen Arbeitnehmern, aber auch die Erwägung, das 50-Prozent-Quorum als Voraussetzung für die Allgemeinverbindlicherklärung abzusenken – etwa auf 40 %⁵⁷. Hier wird besonders deutlich: Der marktliche Misserfolg der Gewerkschaft, deren Tarifvertrag nicht einmal mehr 50 % der Arbeitnehmer des Tarifgebietes erreicht, soll staatlich kompensiert werden. Anlass ist wie so oft das Baugewerbe – weil hier (und vor allem im Osten) die Tarifgeltung bröckelt.

Die erste Gefahr liegt darin, dass eine Gewerkschaft, die auf Staatshilfe setzen kann, ihre Hausaufgaben vernachlässigt, also ihre Kraft nicht mehr auf den eigenen Organisationserfolg und den Erhalt der Arbeitsplätze und damit der Vollbeitragszahler, konzentriert, sondern stets neue Ideen entwickelt, wie der Staat den Wettbewerb gewerkschaftsgünstig beeinflussen kann. Die IG BAU gibt ein schönes Beispiel – in trauter Gemeinschaft mit den Arbeitgeberverbänden des Baugewerbes. Hier wird nicht nur eine umfassende Marktabschottung versucht (AEntG, Tariftreue), sondern zugleich gefordert, der Staat müsse für Bauaufträge sorgen – durch Eigenheimzulage und öffentliche Aufträge.

Am Ende einer solchen Entwicklung können Mischsysteme der verbandlich-staatlichen Regelung von Arbeitsbedingungen im »Trialog« stehen, die mit Tarifautonomie nichts mehr zu tun haben. Auf Dauer kann niemand glauben, dass der Staat keine Gegenleistung einfordert, wenn er den Gewerkschaften Machtsubventionen zukommen lässt – und sei es durch die Gemeinwohlbindung der Tarifpolitik⁵⁸. Auf Europäischer Ebene sind wir schon so weit: Im »Trialog« nach Art. 139 EGV erlangen europäische Sozialpartnervereinbarungen rechtliche Geltungskraft erst durch den Rat, der sie in Form einer Richtlinie erlässt. Das gefährdet nicht nur die demokratische Verantwortung des Regelungsgebers, der sich an Partikularinteressen orientiert. Das birgt auch die Gefahr, dass die Gemeinschaft Einfluss auf die Sozialpartner nimmt, um ihre staatlichen Vorstellungen von den richtigen Arbeitsbedingungen zur Geltung zu bringen. Nicht anders ist die freie Einigung der Tarifparteien gefährdet, wenn sie auf die Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrages angewiesen sind. So könnte der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit die Allgemeinverbindlicherklärung der Sozialkassentarifverträge des Baugewerbes von gewissen »Modifikationen« in der Tarifpolitik abhängig machen und so einen verfassungswidrigen Einfluss auf die Tarifautonomie ausüben. Das Ergebnis ist stets: mittelbare Tarifizensur.

Wohin zuviel Staatseinfluss führen kann, hat die DDR mit ihren »freien« Gewerkschaften gezeigt: in eine umfassende Einbindung gewerkschaftlichen Handelns in die staatliche Wirtschaftsplanung. Mehr als Mitverwaltung im Sinne der Teilhabe an staatlicher Macht kam dem FDGB nicht zu. In eben diese Richtung steuern aber jene, die

57 Zachert, Reformperspektiven der Allgemeinverbindlicherklärung aus arbeitsrechtlicher Sicht, WSI Mitteilungen 2003, 413, 414.

58 Auch hierzu Zacher (Fn. 56), S. 38 ff.; Thüsing, Tarifautonomie und Gemeinwohl, 2. FS BAG (2004), S. 889 ff.

den Gewerkschaften über einen reanimierten »Reichswirtschaftsrat«⁵⁹ zu einer gesamtgesellschaftlichen Mitbestimmung verhelfen wollen – die die Privatautonomie, aber auch die Tarifautonomie beschneidet⁶⁰. Originalität erweist sich auch hier vielfach als mangelnde Belesenheit: *Sinzheimer* hat genau dies scharfsinnig verhindert, indem er den autonomen Verbänden im Räteartikel 165 WRV den Vorrang vor dem Räteystem verschafft hat. Bislang sind in Deutschland solche Veranstaltungen stets gescheitert: die konzertierte Aktion des Stabilitätsgesetzes ebenso wie das Bündnis für Arbeit⁶¹. Und das ist gut so. Doch wächst die Gefahr in dem Maße, in dem die Gewerkschaften nicht mehr auf eigenen Erfolg aus eigener Kraft sondern auf Staatshilfe setzen.

Vor allem eine Gewerkschaft ist dieser Gefahr erlegen: Die IG BAU. Man stelle sich nur einmal vor, der Staat würde mit einem Schlag seine Machtsubventionen einstellen: Abschaffung des AEntG und damit der Mindestlöhne und zugleich Verzicht auf die sonstigen Allgemeinverbindlicherklärungen, vor allem der Sozialkassentarifverträge. Was bleibt dann noch von der IG BAU? Wer es streng nimmt, müsste ihr schon heute die Tariffähigkeit absprechen. Aus eigener Kraft vermag sie nur wenig.

IV. Kontrapunktisches ordnungspolitisches Leitbild: Staatsfreiheit der Gewerkschaften

1. Kollektive Selbsthilfe statt Staatseingriff

Diese Entwicklung hat mit dem deutschen Verständnis von Koalitionsfreiheit nichts mehr zu tun. Die deutschen Gewerkschaften haben sich nicht nur staatsfrei gebildet – *J. H. Kaiser* sprach trefflich vom »Erstgeburtsrecht sozialer Organisation aus dem Impuls einer sozialen Misere«⁶² – sie mussten sich die Koalitionsfreiheit gegen den repressiven Staat erkämpfen. Hier darf nur erinnert werden an die Versuche, Gewerkschaftsarbeit nach § 153 Reichsgewerbeordnung als Koalitionszwang zu behindern, ja zu kriminalisieren⁶³ und ihnen die Rechtsfähigkeit selbst nach dem liberalen Bürgerli-

59 Zur Grundgesetzwidrigkeit eines solchen Reichswirtschaftsrates: *Rupp*, Konzertierte Aktion und freiheitlich-rechtsstaatliche Demokratie, in: Hoppmann (Hrsg.), Konzertierte Aktion (1971), S. 1 ff.; *Watrin*, Die Demokratisierung der Wirtschaftspolitik in der Bundesrepublik Deutschland, in: Utz/Streithofen (Hrsg.), Demokratie und Mitbestimmung (1970), S. 124 ff. zur Verstaatlichung der Gesellschaft. Zu den Gefahren aus dem Bündnis für Arbeit *Rieble*, Bündnis für Arbeit – »Dritter Weg« oder Sackgasse, RdA 1999, 169; *Berthold/Hank*, Bündnis für Arbeit: Korporatismus statt Wettbewerb (1999).

60 Eindrucksvoll *Picker*, Betriebsverfassung und Arbeitsverfassung, RdA 2001, 259 ff.

61 Dazu *Rieble*, Bündnis für Arbeit – »Dritter Weg« oder Sackgasse, RdA 1999, 169 ff.; *Berthold/Hank*, Bündnis für Arbeit: Korporatismus statt Wettbewerb (1999).

62 Die Parität der Sozialpartner (1973), S. 19.

63 Vor allem Strafbarkeit auch des tarifbezogenen Streiks als Erpressung, RG 6. 10. 1890 – Rep. 1893/90 »Lübecker Holzarbeiter«, RGSt 21, 112, 114 und 22. 6. 1896 – 2179.96, JW 1896, 541, 542; korrigiert durch die Zivilsenate: Vor allem RG 12. 7. 1906 – Rep. VI 497/05 »Kieler Bäckerboykott«, RGZ 64, 52 und zuvor schon RG 29. 5. 1902 – Rep. VI 50/02, RGZ 51, 369, 384; dazu

chen Gesetzbuch vom 1. 1. 1900 zu verweigern. Die Gewerkschaften haben in diesem Kampf gegen staatliche Unterdrückung glänzend gesiegt, bis hin zur Anerkennung in der Weimarer Reichsverfassung.

Die normative Grundlegung der Staatsfreiheit fußt auf dem Konzept der Koalitionsfreiheit. Sie ist eine Entscheidung gerade gegen den regelnden Staatseingriff: Nicht der Staat soll die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer auf ein angemessenes Niveau heben, die Arbeitnehmer sollen dies durch freie Gewerkschaftsbildung in die eigene Hand nehmen. Die verfassungsrechtlich garantierte Koalitionsfreiheit fußt unmittelbar auf dem Subsidiaritätsprinzip, das wir aus der katholischen Soziallehre kennen.

Rechtlich verankert ist dies in zwei Punkten: Die Gewerkschaft muss, um als Koalition gelten zu können, frei (also ohne öffentlich-rechtlichen Eintrittsdruck) gebildet sein und sie muss frei von staatlichem Einfluß agieren (ganz h. M.). Das Bundesverfassungsgericht bezeichnet die Freiheit von staatlichem Einfluss zu Recht als entscheidendes Element der Koalitionsfreiheit⁶⁴. Hieraus lässt sich ein Gebot der Entflechtung von Staat und Gewerkschaften gewinnen⁶⁵.

Insofern ist gerade die Gleichschaltung der Gewerkschaften greifbar widersprüchlich: Wenn die Koalitionsfreiheit als Ordnungsvorstellung eine staatsfreie Regelung der Arbeitsbedingungen will, dann darf der Staat gerade nicht entscheiden, welche Gewerkschaft zur Regelung der Arbeitsbedingungen berufen ist. Insofern wird ein Marktergebnis vorgegeben – das sich im freien Spiel der Koalitionskräfte erst entwickeln soll. Jeder Wunsch nach Ruhe und Ordnung ist Zeichen der Angst vor Unruhe und Wettbewerb. Diese Angst unterschätzt die Leistungsfähigkeit der Gewerkschaften. Und sie ignoriert, dass der deutsche Arbeitsmarkt gerade auf innovatorische Unruhe angewiesen ist.

2. Kein Grundrecht auf Erfolg

Dass die Existenz einer Koalition von Art. 9 Abs. 3 GG geschützt wird, heißt also nicht, dass ihr auch der Erfolg garantiert ist. Wie jede Freiheit umfasst die Koalitionsfreiheit nicht nur die Chance des Erfolges, sondern auch das Risiko des Scheiterns. Es besteht keine Pflicht des Staates, seine Rechtsordnung so auszugestalten, dass die Koalition ohne eigene Anstrengung existieren kann. Die Koalitionsfreiheit ist ein Programm für die (kollektive) Selbsthilfe und gegen die Staatshilfe⁶⁶. Diesem Programm widerspricht es, eine Schutzpflicht des Staates im Sinne einer Existenzerhaltungspflicht zugunsten von Koalitionen anzunehmen⁶⁷. Auch dieses Grundrecht verschafft keinen

eindrucksvoll *Schröder*, Die Entwicklung des Kartellrechts und des kollektiven Arbeitsrechts durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1914 (1988), S. 250 ff., 293 ff.

64 Vor allem die Mitbestimmungsentscheidung des BVerfG 1. 3. 1979 – 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290 = AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG = EzA § 7 MitbestG Nr. 1 = NJW 1979, 593; Münch-ArbR/Löwisch/Rieble (Fn. 36), § 243 Rn. 64 ff. m. w. N.

65 *Zacher* (Fn. 56), S. 54 f., vor allem zum Schutz des demokratischen Staates vor den Gewerkschaften, aber auch S. 58.

66 *Rieble* (Fn. 17), Rn. 1378, 1746.

67 Falsch deshalb *Kempfen* (Fn. 4), FS Gitter, S. 427 ff.

Anspruch auf Erfolg. Eine Schutzpflicht des Staates kann es nur gegenüber den Arbeitnehmern als Individuen geben – nie gegenüber dem Kollektiv. Diese Schutzpflicht ist nicht Ausdruck des nebulösen Sozialstaatsprinzips, sondern folgt aus der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG. Der Staat muss den Arbeitnehmer vor unerträglichen Arbeitsbedingungen bewahren. Das kann auch durch Mindestlöhne geschehen. Freilich: Diese Staatshilfe für den Einzelnen torpediert das Programm der (kollektiven) Selbsthilfe; eben deswegen ist das Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen seit 1952 nie zum Einsatz gekommen – es bekennt sich in § 1 Abs. 2 zum Vorrang der tarifautonomen Selbsthilfe. Diesen Vorrang kann man abschwächen und die Befugnis des Staates zur Setzung von Mindestentgelten als »Tarifersatzvornahme«⁶⁸ an das etwaige »Gewerkschaftsversagen« knüpfen. Nur: Das ist der Anfang vom Ende der Tarifautonomie. Gerade die besonders schutzbedürftigen Arbeitnehmer mit geringen Entgeltchancen haben dann keinen Grund mehr, Mitglied einer Gewerkschaft zu sein, weil sie das erreichbare Minimum an Arbeitsbedingungen kostenfrei vom Staat erhalten.

Vielmehr gilt das Grundprinzip der Subsidiarität auch gegenüber den Gewerkschaften: *Fördern durch Fordern*. Nur wenn die Arbeitnehmerseite lernen muss – unter veränderten wirtschaftlichen und sozialen Rahmenbedingungen –, anstelle einer Gegenmacht eine Gestaltungskraft zu sein, die die Herausforderungen des Arbeitsmarktes aufnimmt, anstatt sie mit Staatshilfe ignorieren zu wollen, nur dann sind Gewerkschaften zukunftsfähig⁶⁹. Nur der Entzug der Staatshilfe kann die Vitalität, Erneuerungskraft und Unabhängigkeit nicht nur des Einzelnen, sondern gerade auch der autonomen Gruppen befördern⁷⁰. Das Gegenmachtprinzip ist weithin ausgereizt: Die Gewerkschaften kämpfen nicht mehr gegen die nationalen Arbeitgeber, sie müssen mit diesen gemeinsam im internationalen Wettbewerb bestehen. Das löscht Gegensätze zwar nicht aus, sorgt aber für ein überwölbendes gemeinsames Interesse. Doch dies ist nur vereinzelt begriffen worden, vor allem in der chemischen Industrie.

Die Gewerkschaften müssen denselben Evolutionsdruck verspüren wie die Unternehmen und wie der Sozialstaat. Rechtlich ist die Tarifautonomie nicht auf das Ziel Vollbeschäftigung verpflichtet (wenn man keine Gemeinwohlbindung des Tarifvertrages annimmt). Diese Vorgabe hat sich der Staat auferlegt (§ 1 Stabilitätsg). Daraus aber folgt: Wenn Gewerkschaften aus wettbewerblicher Sicht »überhöhte« Tarifen gelte durchsetzen, dann mögen sie in ihrer Tarifpolitik frei sein – müssen dann aber auch die wettbewerblichen Folgen selbst tragen, also den Wettbewerbsdruck spüren und die Folgen der Arbeitsplatzverlagerung ins Ausland und die Abkehr der Menschen ertragen. Man kann nicht beides haben: Staatsfreiheit der Tarifautonomie und Staatshilfe gegen deren Folgen.

68 Dazu mit Nachw. Rieble, Öffnungsklausel und Tarifverantwortung, ZfA 2004, 405, 426 f.

69 Auch Lang, Gewerkschaften im Häuserkampf, Handelsblatt 27. 7. 2004, 7.

70 Allgemein Di Fabio, Grundrechte als Werteordnung, JZ 2004, 1, 7 f.; Paul Kirchhof (Fn. 6), S. 35 ff.

3. Staatsneutralität und Leistungsprinzip

Deswegen meine ich: Rückkehr zu wahrer Staatsneutralität – insbesondere im Arbeitskampfrecht – und strikte Ahndung aller Regelverletzungen im Rahmen von Arbeitskonflikten. Und: Wettbewerb, auch und gerade unter Gewerkschaften. Mit dem Wettbewerb zugleich: individuelle und kollektive Freiheit.

Zu ersterem: Wenn die deutsche Konsensgesellschaft auseinanderbricht, weil der hohe Preis des sozialen Friedens unter Wettbewerbsbedingungen nicht mehr finanzierbar ist und weil der Konsens des »Wohlstands für alle« seine Beruhigungsfunktion verliert, dann müssen für die zu erwartenden Konflikte beide Seiten im Sinne einer – notwendig formal verstandenen – Waffengleichheit zur Konfliktaustragung befähigt werden.

Der häufig zu hörende Einwand, Deutschland weise im internationalen Vergleich eine geringe Zahl von Arbeitskampfausfalltagen auf, begegnet nicht nur dem statistischen Einwand, dass Warnstreiks womöglich nicht mitgezählt werden. Der Einwand unterstellt vor allem, dass eine geringe Arbeitskampfhäufigkeit stets von Vorteil ist. Das aber ist falsch: Wenn durch höhere Arbeitskampfkaktivität wettbewerbsverträglichere Arbeitsbedingungen (zu angemessenen Kampfkosten) erreicht werden, dann lohnt sich der Arbeitskampf. Deswegen müsste ein sinnvoller internationaler Vergleich die jährlichen Kampfausfalltage mit den erkämpften (oder abgewehrten) Tarifforderungen in ein Wertungsverhältnis stellen.

So gesehen gehört der Evolutionsdruck zur Verfassungsgarantie der Koalitionsfreiheit: Nur unter diesem haben die Gewerkschaften eine Chance, staatsfrei zu bleiben und ihre Tarifpolitik so zu modernisieren, dass sie den Interessen der Mitglieder dient. Nur unter Druck besteht die Chance, dass Gewerkschaften stark sind, weil sie sich den Anforderungen des Marktes stellen und diese deswegen bestehen – und nicht, weil sie der Staat in beschützten Werkstätten vor der unerwünschten Außenwelt bewahrt.

Was aber erwägt die Politik: Sie will die eine Staatsintervention zugunsten der Gewerkschaften mit einer anderen Staatsintervention zugunsten der Arbeitgeber ausgleichen – indem die Betriebsräte über Bündnisse für Arbeit als Tarifzensoren installiert werden, die entscheiden dürfen, ob der Tarifvertrag für die Wettbewerbssituation noch passt⁷¹. Das mag sich im Einzelfall zwar als nützlich und ökonomisch sinnvoll erweisen – doch auf wahre oder vermeintlich positive Wirkungen beruft sich jeder Interventionist. Nur der ordnungspolitische Blick erfasst die Langzeitfolgen.

Diese Verbetrieblung der Tarifpolitik durch Staatseingriff entmachtet nicht nur die Gewerkschaften, sondern ebenso die Arbeitgeberverbände. Wie alle Interventionen muss man diese Idee vor allem ihrer Nebenwirkungen und Fehlsteuerungen wegen fürchten: Betriebsräte organisieren die Belegschaft zwangsweise – mit 100 % Organisationsgrad und ohne Austrittsrecht. Die Gewerkschaften sind nahezu gezwungen, auf die Tarifentmachtung mit der Eroberung der Betriebsräte zu antworten, die den hübschen Nebeneffekt bringt, dass dann der gewerkschaftliche Einflussbereich die gesamte Belegschaft erfasst und dass man nicht mehr permanent um Mitgliedschaft

⁷¹ Zu den vielfachen Vorschlägen der Bündnisse für Arbeit: *Rieble*, Tarifvertrag und Beschäftigung, ZfA 2004, 1, 31 ff.

sondern nur noch alle vier Jahre um Wählerstimmen werben muss. Freilich bedeutete dies einen erheblichen Verlust an Beitragszahlern.

Zudem: Wenn der Betriebsrat in den Tarifvertrag eingreifen darf, um wahre oder vermeintliche Betriebsgefährdungen abzuwenden, dann muss er doch erst recht auch in die Arbeitsverträge, vor allem der Leistungsträger mit über- oder außertariflicher Bezahlung, eingreifen können, um deren Solidaropfer sicherzustellen⁷². Das birgt nicht nur die Gefahr einer betrieblichen Umverteilungsmaschinerie. Zugleich wird der Arbeitsvertrag, das ihn sichernde Günstigkeitsprinzip und der Wettbewerb ausgeschaltet – und zwar gerade dort, wo er auf dem Arbeitsmarkt funktioniert, bei den gesuchten Fachkräften und Leistungsträgern. Ermöglicht wird so eine kollektive Gleichschaltung der Arbeitnehmer des Betriebes, die Ausschaltung ihrer individuellen Vertragsrechte als Marktbürger⁷³. Der Betriebsrat »aggregiert« die betrieblichen Arbeitnehmerinteressen⁷⁴. Damit wird letztlich historisches Gedankengut aus der Räterepublik reaktiviert, für das in einer freiheitlichen Rechtsordnung kein Raum ist. Auch die quasidemokratische Legitimation des Betriebsrats durch Wahl hilft hierüber nicht hinweg. Politikern mag einleuchten, dass die individuelle Partizipation auf einen Wahlakt alle vier Jahre beschränkt wird und dass dazwischen die Machtunterworfenheit regiert. An die Stelle der vertragsrechtlichen Selbstbestimmung der Arbeitnehmer kraft individueller und kollektiver Privatautonomie⁷⁵ träte die quasidemokratisch legitimierte Fremdbestimmung. Auch hier ist noch nicht verstanden, dass Vertrag und Wettbewerb die individuelle Marktfreiheit sichern – auch soweit es Tarifverträge betrifft: Der Arbeitnehmer kann der Gewerkschaft (nicht aber dem Betriebsrat) jederzeit das Mandat entziehen, durch Austritt. Und eben hieraus beziehen die Gewerkschaften Legitimation und Erfolg: dass sie freiwillige Mitglieder haben, die von ihrem Austrittsrecht keinen Gebrauch machen.

Wer etwas »für die Gewerkschaften tun« will, mag eher darüber nachdenken, ob die in der tariflichen Regelung liegende Leistung für die Mitglieder nicht auch diesen vorbehalten werden sollte. Bislang sorgen versagter Urheberrechtsschutz und arbeitsvertragliche Bezugnahmefreiheit dafür, dass tariffreie Arbeitgeber und Arbeitnehmer sich als »Trittbrettfahrer« des Tarifvertrages bemächtigen können. Hier dafür zu sorgen, dass die von den Mitgliedern bezahlte Leistung auch diesen zugute kommt und nicht

72 Rieble (Fn. 71), ZfA 2004, 62; Richardi, Der Beitrag des Bundesarbeitsgerichts zur Sicherung des Arbeitsvertrages in der Betriebsverfassung, 2. BAG-FS (2004), S. 1041 ff.

73 Dazu MünchArbR/Richardi, 2. Aufl. (2000), § 241 Rn. 47 ff.

74 Wie nach den wiederholten, dadurch aber nicht plausibler werdenden Vorschlägen von Reuter, Das Verhältnis von Individualautonomie, Betriebsautonomie und Tarifautonomie, RdA 1991, 193, 195 ff.; ders., Betriebsverfassung und Tarifvertrag, RdA 1994, 152, 157 ff.; ders., Das Verhältnis von Tarif- und Betriebsautonomie, FS Schaub (1998), S. 605 ff., 628 ff.; ders., Zweck und Grenze der Normsetzungsprärogative der Koalitionen, Bitburger Gespräche – Jahrbuch 1998, S. 69 ff.; ders., Möglichkeiten und Grenzen einer Auflockerung des Tarifkartells, ZfA 1995, 1, 69 ff.

75 Dazu vor allem Picker, Privatautonomie und Kollektivautonomie – Arbeitsrecht als Freiheitsproblem, Richardi-Symposium (2003), S. 25, 33 ff., 70 ff.; ders., Die Tarifautonomie am Scheideweg von Selbstbestimmung und Fremdbestimmung im Arbeitsleben – Zur Legitimation der Regelungsmacht der Koalitionen, 2. BAG-FS (2004), S. 795 ff.; ders., Betriebsverfassung und Arbeitsverfassung, RdA 2001, 259, 268 ff.; 275 ff.

kostenlos von jenen in Anspruch genommen werden kann, die sich der Verbands- und Gewerkschaftsmitgliedschaft und damit der Mitwirkung am Tarifsysteem versagen, wäre ordnungspolitisch durch und durch korrekt: Vorlagenausbeutung ist nicht schützenswert. Dabei geht es nicht um Differenzierungsklauseln, die der Große Senat des BAG (nur) im Ergebnis zu Recht beanstandet⁷⁶. In der Tat haben die Tarifparteien gar keine Legitimation zur Regelung der Arbeitsbedingungen von tariffreien Arbeitnehmern. Durchaus diskutabel ist aber ein Anschlussentgelt nach Schweizer Vorbild.

Wer also ordnungspolitisch denkt, akzeptiert die Verfassungsvorgabe des Art. 9 Abs. 3 GG – nicht nur notgedrungen, sondern aus der Überzeugung heraus, dass der Arbeitsmarkt freiheitlich nur verfasst sein kann, wenn dort die individuelle und die kollektive Privatautonomie gelten. Wer ordnungspolitisch denkt, wünscht sich staatsfreie Gewerkschaften, die aus eigener Kraft und orientiert nur an den Interessen der Mitglieder mit den Arbeitgebern diejenigen Arbeitsbedingungen aushandeln, die Arbeitnehmerschutz und Wettbewerbsverträglichkeit Rechnung tragen. Dann aber darf die Funktionsfähigkeit der Tarifaufonomie nicht davon abhängen, dass die Gewerkschaft von sich aus erkennt, dass das Gegenmachtprinzip ausgereizt ist und an seine Stelle eine wettbewerbsorientierte Sozialpartnerschaft treten muss. Nicht jede Gewerkschaft verfügt über den positiven Erfahrungsschatz der IG BCE. Funktionierende Tarifaufonomie setzt voraus, dass auch und »ebenso«⁷⁷ die Arbeitgeberseite aktionsfähig ist.

Wer ordnungspolitisch denkt, hält den Staat und damit auch den Betriebsrat als seinen Heloten aus dem Arbeitsmarkt heraus und sorgt sich nur um die Spielregeln. Neben einem ausgewogenen Arbeitskampfrecht heißt das vor allem: Die Tarifparteien müssen denjenigen Wettbewerbsdruck spüren, den sie autonom bewältigen sollen. Und wenn eine Ausbalancierung mit Blick auf die Beschäftigungssicherung erforderlich ist, kann man die Individualvertragsfreiheit gegenüber der Tarifaufonomie stärken – durch Modifikation des Günstigkeitsprinzips, so dass der einzelne Arbeitnehmer kraft seiner individuellen Vertragsfreiheit in die Lage versetzt wird, den Tarifvertrag abzubedingen, um seinen Arbeitsplatz zu sichern⁷⁸.

So bleibt als Fazit: Ordnungsorientierung statt Staatsintervention!

76 BAG GS 29. 11. 1967 – GS 1/67, EzA Art. 9 GG Nr. 3 = AP Nr. 13 zu Art. 9 GG = SAE 1969, 246 mit zust. Anm. *Wiedemann*.

77 BVerfG vom 26. 6. 1991 – 1 BvL 779/85 – BVerfGE 84, 212 = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 97 mit Anm. *Rieble* = SAE 1991, 329 mit Anm. *Konzen*.

78 De lege lata *Löwisch/Rieble* (Fn. 11) § 4 Rn. 326 ff. m. w. N.; de lege ferenda die aktuellen Gesetzesvorschläge, aufgezählt bei *Rieble* (Fn. 71) ZfA 2004, 31 ff.