

# Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht

Zweiwochenschrift für die betriebliche Praxis



Schriftleitung: Prof. Dr. Klaus Schmidt, Hans Joachim Spiegelhalter und Prof. Dr. Achim Schunder,  
Beethovenstr. 7b, 60325 Frankfurt a. M.

## NZA 1/2007

10. Januar · 24. Jahrgang 2007 · Seite 1–56

### Aufsätze und Berichte

Von Professor Dr. Volker Rieble, München

### Tariftreue vor dem BVerfG

Die „schwarze Serie“ aus Karlsruhe geht weiter: Nun endlich entscheidet der Erste Senat des BVerfG über Grundfragen der Tarifautonomie und beendet ein unwürdiges Kammer-spektakel. Die Entscheidung billigt die Tariftreue in Berlin und darf als Generalmächtigung für den Einsatz staatlicher Marktmacht verstanden werden: künftig auch bei Verkehrsdienstleistungen und vor allem bei Privatisierungen. Das BVerfG begreift das Sozialstaatsprinzip als umfassende Ermächtigungsnorm zum Staatseingriff in das autonome Tarifs-system. Die bisherige Dogmatik wird unausgesprochen begraben. Das BVerfG beweist ein großes Herz zum Schutz der von der Globalisierung Bedrohten. Rationale Argumente sucht man weithin vergebens.

#### I. Ohrfeige für den BGH

Nach der *Kammer*-Entscheidung zum AEntG<sup>1</sup> und der *Kammer*-Entscheidung zur Lohngleichheit der Leiharbeit<sup>2</sup> nun also eine Senatsentscheidung zur Tariftreue<sup>3</sup>: Der *Senat* wird nicht deswegen aktiv, weil das BVerfG eingesehen hätte, dass sein diskursverweigerndes „Abwatschen“ von Rechtsgesuchen schädlich sei oder dass die Grundsätzlichkeit der um Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie kreisenden Fragen erkannt worden wäre. Er konnte nicht anders: Richtervorlagen nach Art. 100 GG können nicht von der *Kammer* beschieden werden. Und wieder ist die Entscheidung eine „Watsch'n“, diesmal für den vorlegenden BGH, dessen Anliegen, den Staat an einer tarifvertragsschützenden Ausübung seiner Marktmacht zu hindern, vom BVerfG als lästig abgetan wird. Das BVerfG hält von der Vorlage gar nichts. Und es gibt sich nicht ansatzweise Mühe, die vom BGH vorgelegten Rechtsfragen und das dahinter stehende ordnungspolitische Anliegen des *Kartellsenats* zu beantworten – sondern fertigt die Vorlage nach Art eines Kammerbeschlusses ab – als ungenügend. Dieser Anwurf fällt auf das Verfassungsgericht zurück: Sein Beschluss ist dürftig, kryptisch in der Begründung und handwerklich missraten.

#### II. Tariftreue als protektionistische Maßnahme

Aber der Reihe nach. Worum geht es in der „schwarzen Serie“? Lohnunterbietungswettbewerb<sup>4</sup> stört. Vor allem die Tarifparteien. Dementsprechend begehren sie Schutz vor

Wettbewerb durch protektionistische Marktabschottung. Der Staat gewährt diesen Schutz – auf verschiedenen Wegen.

1. An erster Stelle steht die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen nach § 5 TVG – zu der das BVerfG in zwei Senatsentscheidungen aus den Jahren 1977<sup>5</sup> und 1980<sup>6</sup> eine ausgefeilte Legitimationsdogmatik entwickelt hat: Sie setzt nämlich voraus, dass der Staat – weil eine mitgliedschaftliche Legitimation der Tarifgeltung fehlt – die Tarifgeltung durch seinen Rechtsakt deckt – staatlich-demokratische statt privat-autonom-mitgliedschaftliche Legitimation. In der Bergmanns-versorgungsschein-Entscheidung<sup>7</sup> hat das Gericht dies dann nochmals klargestellt – und insbesondere ausgeschlossen, dass der Staat mit seinem Geltungsbefehl eine automatisch-dynamische Allgemeinverbindlichkeit anordnet. Der Staat muss den konkreten Tarifinhalt zur Kenntnis nehmen und auf die tariffreien Arbeitnehmer und Arbeitgeber erstrecken.

2. Weil die Allgemeinverbindlicherklärung nicht hilft, wenn Ausländer im Wege der Entsendung nach Deutschland kommen und ihr Heimatrecht mitbringen, hat der Gesetzgeber das AEntG geschaffen – das eine besondere Allgemeinverbindlicherklärung mit IPR-Wirkung schafft – und Mindestentgelte nun auch zu Lasten von Tarifparteien festlegt (womit Sanierungstarifverträge ausgeschlossen sind, die diese Mindestentgelte unterschreiten). Anderenfalls wäre die vom europäischen Recht geforderte Gleichbehandlung der europäischen mit den inländischen Arbeitgebern nicht zu verwirklichen. Der Schutz vor Unterbietung wird also erkaufte auch mit einer Einschränkung der Tarifautonomie.

1 BVerfG (18. 7. 2000), NZA 2000, 948 = NJW 2000, 3704 = AP Nr. 4 zu § 1 AEntG. Dazu die krit. Anm. Scholz, SAE 2000, 266.

2 BVerfG (29. 12. 2004), NZA 2005, 153 = AP Nr. 2 zu § 3 AEntG; dazu Schüren, RdA 2006, 303; Bayreuther, NZA 2005, 341.

3 BVerfG (11. 7. 2006), NZA 2007, 42 (in diesem Heft)

4 Gerne „Lohndumping“ genannt – um zirkulär dasjenige Unwerturteil zu unterstellen, das erst gewonnen werden muss. Dumping ist Verkauf unter den Gestehungskosten; beim Arbeitsentgelt gibt es keine Gestehungskosten; allenfalls könnte man den Mindestlebensunterhalt ansetzen.

5 BVerfG (24. 5. 1977), BVerfGE 44, 322 (341) = NJW 1977, 2255 = AP Nr. 15 zu § 5 TVG.

6 BVerfG (15. 7. 1980), BVerfGE 55, 7 (21) = NJW 1981, 215 = AP Nr. 17 zu § 5 TVG.

7 BVerfG (14. 6. 1983), BVerfGE 64, 208 (213 ff.) = NJW 1984, 1225 = AP Nr. 21 zu § 9 BergmannsVersorgScheinG NRW = SAE 1984, 1 ff. m. Anm. Scholz.

3. Das AEntG hilft nur in Ansehung der Mindestentgelte. Immer schon wird gefordert, dass der Staat als Auftraggeber bei seinen Auftragnehmern „für Ordnung“ sorgt – und von ihnen konstitutiv verlangt, dass sie die „einschlägigen“ Tarifverträge anwenden. Diese Konstellation hat das *BVerfG* nun mit der Senatsentscheidung vom 11. 7. 2006 gebilligt.

4. Und schließlich gehören staatliche Mindestlöhne hierher – um die derzeit gestritten wird<sup>8</sup>: Auch sie sind ein Akt der Staatshilfe für schwächelnde Gewerkschaften: Die Tarifautonomie wird zur Schönwetterveranstaltung; dort, wo Gewerkschaften keine Marktmacht aufbauen können, hilft der Staat.

### III. Die „schwachbrüstige“ Argumentation des Gerichts

Das *BVerfG* argumentiert knapp:

1. Gegen die Koalitionsfreiheit verstoße das Berliner Vergabegesetz nicht, weil die negative Koalitionsfreiheit nur den Status schützt. Und die Freiheit zur Nichtmitgliedschaft im Arbeitgeberverband wird – in der Tat – nicht berührt. Eintrittsdruck löst die Maßnahme nicht aus.

2. Entscheidend wäre dann der zweite Schritt gewesen: Das Recht, von tariflichen Vorgaben nicht erfasst zu werden, folgt nach der tradierten Verfassungsrechtsdogmatik eben nicht aus der negativen Koalitionsfreiheit (die kein Recht vermittelt, von Tarifparteien „in Ruhe gelassen zu werden“), sondern aus der individuellen Vertragsfreiheit in Verbindung mit dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip<sup>9</sup>. Hier nun macht es sich das Gericht deutlich zu einfach: Es sieht ganz formal nur die vertragliche Unterwerfung des Auftragnehmers unter die vom Staat als Nachfrager vorgegebenen Arbeitsbedingungen. Dass diese unter dem Einsatz von Marktmacht erzwungen wird, interessiert das Gericht nicht.

3. Der Eingriff selbst sei durch das Sozialstaatsprinzip gerechtfertigt: Die Tarifierstreckung diene nach dem Konzept des Gesetzgebers dem Erhalt von Arbeitsplätzen – das sei ein hinreichend tragfähiger Grund, die Arbeitsvertragsfreiheit einzuschränken. Dass über die Behauptung, eine staatlich verfügte Lohnerhöhung (!) Sorge für mehr Arbeitsplatzsicherheit, nicht einmal mehr Hühner lachen können, ficht das *Gericht* nicht an. Ökonomischen Sachverstand beansprucht es nicht; der Gesetzgeber muss nur ein Arbeitsplatzsicherungsziel verkünden – schon sorgt die Sozialstaatsklausel für Deckung und mutiert zur Generalermächtigungsnorm für Grundrechtseingriffe.

4. Auch die ernsthaft geführte Diskussion, ob der Staat durch den Einsatz fiskalischer Marktmacht regelnd agieren darf<sup>10</sup>, also sich selbst durch Gesetz zu Kopplungsgeschäften ermächtigen kann – interessiert den *Senat* nicht ansatzweise. So wird für Auftragnehmer des Staates eine vertraglich legitimierte Sonderrechtsordnung geschaffen. Was darf der Staat als Auftraggeber: einen Frauenförderplan verlangen – so das Berliner Gleichstellungsgesetz<sup>11</sup>? Eine bestimmte Ausbildungsquote vorgeben – wie *Prantl* in Reaktion auf diese Entscheidung frohlockt<sup>12</sup>? Bestimmte Beschäftigungsstrukturen verlangen (keine Zeitarbeit, keine geringfügig Beschäftigten)? Oder ökologisch wertvolle Kantinenkost verordnen? Warum kann man auf diesem Wege nicht für mehr Parteispender sorgen – das dient doch auch dem gemeinen Wohl! Der Nebensatz, verhältnismäßig sei das Tariftreuebegehren auch deswegen, weil es sich auf die im konkreten Fall im Staatsauftrag tätigen Arbeitnehmer beschränke (unter B II 2 c cc Rdnr. 97), ist nicht ernst zu nehmen. Selbstverständlich wird das Gericht auch Staatsanforderungen, die das um

einen Auftrag bemühte Unternehmen insgesamt erfassen, als eben noch verhältnismäßig ansehen. Grenzen gibt es für die Tariftreue nicht – weil sie „überragend wichtigen Zielen“ (unter II 2 c dd Rdnr. 104) dient.

5. Euphemistisch spricht das *BVerfG* von einer „Stärkung der Tarifautonomie“ (unter II 2 c bb Rdnr. 93), weil „Tarifentgelten zu größerer Durchsetzungskraft verholfen wird“ (unter B II 2 c aa Rdnr. 89). Gemeint ist eine einseitig parteinehmende „Staatshilfe für Gewerkschaften“<sup>13</sup>, denen die Durchsetzungskraft fehlt. Das *BVerfG* billigt also einseitige Parteinahme des Staates im Tarifsysteem. Dass das problematisch sein könnte, weil Art. 9 III GG auf die staatsfreie Ordnung der Arbeitsbedingungen gerichtet ist, ist aus dem Blick geraten. Auch die Fakten sprechen gegen das Gericht: Das zeigt das Beispiel der IG BAU, die trotz (und womöglich auch durch) umfassender Staatshilfe „auf den Hund gekommen“ ist und aus eigener Kraft nicht mehr bestehen kann. Das zentrale Problem liegt darin, dass das *BVerfG* eine Symbiose von Staat und Gewerkschaft befördert, die schlussendlich in einen Trialog nach Europäischem Vorbild münden kann: dass nämlich Arbeitsbedingungen nurmehr mit Hilfe des Staates geregelt werden können. Von dort zum Staatsmonopolsyndikalismus ist es nicht mehr weit.

6. Vollends abseitig ist die Berufung auf die *Ordnungsfunktion* des Tarifvertrags (unter B II 2 c aa Rdnr. 90): Was ist damit gemeint? Eine neue verfassungsrechtliche Figur – über diese bäten wir um Aufklärung. Oder aber die in der Literatur gelegentlich aufgestellte und sehr umstrittene einfachrechtliche Behauptung, dass ein Tarifvertrag mittelbar regelnde Bedeutung auch für tariffreie Arbeitsverhältnisse habe – so genanntes „Ordnungsprinzip“<sup>14</sup>. Argumentativ ist dieses Prinzip in der Rechtsprechung des BAG längst aufgegeben<sup>15</sup>. Was also soll das? Das *BVerfG* weiß offenkundig nicht einmal, dass selbst für die AVE nach § 5 TVG hoch umstritten ist, ob diese eine Unterstützungsfunktion zu Gunsten der Tarifparteien hat – und also insofern einem Ordnungsgedanken fröhnt<sup>16</sup>. Im Kern deutet das daraufhin, dass der *Senat* die vom *BVerfG* in drei dogmatischen Senatsentscheidungen<sup>17</sup> entwickelte Legitimationslehre aufgeben will. Dazu passt, dass der *Senat* in der „Equal-pay“-Entscheidung<sup>18</sup> nicht mit einem Wort darauf eingegangen ist, dass die gesetzliche Erstreckung der Tarifverträge der Stamarbeitnehmer auf die Leiharbeit eine nach der zuverigen Rechtsprechung unzulässige dynamische Verweisung eines Gesetzes auf einen Tarifvertrag ist. Auch das mag ja alles sein – nur wäre eine solche grundsätzliche Änderung der Rechtsprechung dem interessierten Publikum mitzuteilen.

8 Dazu nur *Rieble/Klebeck*, ZIP 2006, 829 m. w. Nachw.

9 Zentral: *BVerfGE* 64, 208 = NJW 1984, 1225 = AP Nr. 21 zu § 9 BergmannsVersorgungScheinG-NRW.

10 Zentral aus öffentlich-rechtlicher Sicht *Puhl*, VVDStRL 60 (2001), 456, und *Kirchhof*, Verwalten durch „mittelbares“ Einwirken, 1977, S. 150 ff.; Lit. zur Tariftreue bei *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Aufl. (2004), § 5 Vorb. Rdnr. 166.

11 § 13 Berliner LGG, Fassung v. 19. 6. 2006 (GVBl. S. 575), [www.berlin.de/imperia/md/content/senatsverwaltungen/senatw/frauenlgg.pdf](http://www.berlin.de/imperia/md/content/senatsverwaltungen/senatw/frauenlgg.pdf) (abgerufen am 12. 12. 2006); vgl. *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (1996) Rdnrn. 404 ff.

12 SZ vom 4/5. 11. 2006, S. 8.

13 *Rieble*, ZfA 2005, 245.

14 Geprägt von *Nipperdey*, in: Festschr. f. Lehmann, 1937, S. 257 ff. Zur Kritik *Löwisch/Rieble* (o. Fußn. 10), Grundl. Rdnr. 6 m. w. Nachw.

15 Nur BAG (25. 7. 2001), NZA 2002, 56 = EZA § 4 TVG Günstigkeitsprinzip Nr. 10.

16 Statt aller *Löwisch/Rieble* (o. Fußn. 10), § 5 Rdnrn. 7 ff. m. w. Nachw.

17 *BVerfGE* 44, 322 = NJW 1977, 2255 = AP Nr. 15 zu § 5 TVG; *BVerfGE* 55, 7 = NJW 1981, 215 = AP Nr. 17 zu § 5 TVG; *BVerfGE* 64, 208 = NJW 1984, 1225 = AP Nr. 21 zu § 9 BergmannsVersorgungScheinG-NRW.

18 *BVerfG*, NZA 2005, 153 = AP Nr. 2 zu § 3 AEntG.

7. Nur scheinbar Recht hat das BVerfG mit der Erwägung, mit der Tariftreue werde das mildere Mittel gegenüber der Allgemeinverbindlicherklärung gewählt (unter B II-2 c cc Rdnr. 97). Die Wahrheit sieht anders aus: Für Bauleistungen und künftig auch für die Gebäudereinigung kommt es zu einer Doppelung der Instrumente: Alle Arbeitgeber müssen den nach dem AEntG für allgemeinverbindlich erklärten Mindestlohn zahlen – die Auftragnehmer des Staates müssen zusätzlich auch die oberen Vergütungsgruppen bedienen. Worin hier die Erforderlichkeit liegt, sagt das Gericht nicht. Es ist auch nicht erkennbar. Inwiefern die „Tarifautonomie“ (also die Gewerkschaftsmacht) gefördert wird, wenn der Staat in „seinem Auftragsberitt“ über die allgemeinverbindlichen Mindestlöhne hinaus die Beachtung von Tarifverträgen erzwingt, ist gleichfalls nicht einzusehen.

8. Das BVerfG hat nur die in ihrer Vertragsfreiheit betroffenen Arbeitgeber im Blick. Unbeachtet bleiben die mittelbar Betroffenen: Dabei geht es einmal um Minderheitsgewerkschaften, die mit einem Tariftreueverlangen zu Gunsten der Mehrheitsgewerkschaft abgedrängt werden und in ihrer Koalitionsfreiheit ähnlich betroffen sind wie durch die AVE nach dem AEntG<sup>19</sup>. Und es geht um Arbeitnehmer, die auch ein Interesse am vom Tarifvertrag abweichenden Vereinbarungen mit ihrem Arbeitgeber haben können – vor allem zur Beschäftigungssicherung. Inwieweit das Günstigkeitsprinzip zur Sicherung der Arbeitsvertragsfreiheit bei Tariftreuezusagen am Ende auf der Strecke bleibt – das kann niemand vorhersagen.

9. Fragen über Fragen, die von Karlsruhe nicht im Ansatz beantwortet werden. Die Aufarbeitung dieser Fragen in der Literatur wird mit Desinteresse begleitet – womöglich möchte sich das Gericht mit den komplexen Fragen der Tarifautonomie nicht mehr belasten<sup>20</sup>.

#### IV. Wettbewerbsverhinderung als ökonomische Dimension

Die Entscheidung des BVerfG krankt in erster Linie an Ignoranz gegenüber den ökonomischen Grundlagen. Insofern ist man geneigt, dem Gericht die Lektüre eines auch für Nicht-Ökonomen gut verständlichen Werks zu empfehlen<sup>21</sup>. Sich darauf zu berufen, dass ökonomische Kenntnisse vom Juristen nicht erwartet werden dürfen und das Grundgesetz keine Wirtschaftsverfassung festlege, ist eine unbedarfte Ausflucht: Tarifautonomie und Koalitionsfreiheit sind eine wirtschaftsverfassungsrechtliche Festlegung für den Arbeitsmarkt – nach dem ökonomischen Gegenmachtprinzip. Der Verzicht auf jede Plausibilitätsprüfung gegenüber ökonomischen Zielen des Gesetzgebers mag verfassungsrechtlich hinnehmbar sein; intellektuell redlich ist das nicht. Insofern bleibt das Gericht sich treu. Schon in der „Equal-pay“-Entscheidung hat das Gericht gemeint, auf der Basis eines FAZ-Artikels die wirtschaftliche Lage der Leiharbeit richtig einschätzen zu können<sup>22</sup>. Auch dort hat das Gericht erkannt, dass gesetzlich verordnete Lohnerhöhungen die Arbeitslosigkeit bekämpfen.

Drei wesentliche ökonomische Erkenntnisse sind für die Beurteilung dieser Konzepte unerlässlich:

1. Erstens zielen alle Formen dieser Tariferstreckung auf Marktabschottung: Es geht um die Beseitigung des Wettbewerbsvorteils niedrigerer Arbeitsentgelte – zum Schutz zuerst der inländischen Arbeitnehmer und sodann der Tarifparteien, die auf intensiven Wettbewerb sonst mit Entgeltzurückhaltung reagieren müssen. „Normalerweise“ schützen Tarifbedingungen diejenigen Arbeitnehmer, für die sie gelten. Hier dagegen ist die Tariferstreckung abschottend gemeint:

Vor allem ausländische, aber auch inländische tariffreie Arbeitnehmer sollen nicht mehr „billig“ also unterbietend anbieten dürfen. Sie werden im Entgelt gleichgeschaltet – damit sie keinen Arbeitseinsatz finden und die „Hochlohnarbeitnehmer“ ungestört vom Wettbewerb arbeiten können.

2. Jene Protektionismuskonzepte setzen faktisch voraus, dass die Arbeitsleistung nicht ins Ausland mit seinen Niedrigentgelten verlagert werden kann. Ansonsten wirken Mindestlöhne als Vertreibungshilfen. Wer Mindestlöhne für Schlachthöfe fordert (um polnische Schlachter fernzuhalten), muss einkalkulieren, dass die Tiere ins Ausland gefahren werden und als Fleisch zurückkommen. Deswegen finden solche Versuche überhaupt nur in jenen Branchen statt, die nicht weglaufen können: im Rahmen ortsgebundener Dienstleistungen. Klassisch das Baugewerbe (AEntG und Tariftreue), künftig die Gebäudereinigung (geplante Ausweitung des AEntG) und womöglich auch der öffentliche Verkehr (Tariftreue bei der Auftragsvergabe).

3. Jede Form von Tariflohnstreckung bedeutet zugleich, dass der Konsument höhere Preise zahlen muss – der Wettbewerbsvorteil niedrigerer Löhne führt typischerweise zu geringeren Preisen. Das heißt: Die Tariferstreckung im Baugewerbe muss von den privaten, gewerblichen und staatlichen Bauherren mitbezahlt werden. Gerade die Tariftreue schadet dem öffentlichen Auftraggeber, weil er die Tariftreue bezahlen muss. Dementsprechend ist das vom BVerfG hier gebilligte Recht des öffentlichen Auftraggebers, Tariftreue zu verlangen, im Vergaberecht des GWB als Ausnahme konzipiert – von dem Grundsatz, dass Aufträge nach dem günstigsten Preis-Leistungs-Verhältnis zu vergeben sind, § 97 IV GWB. Der Staat alimentiert oder subventioniert also jene Auftraggeber, die sich den „Luxus“ teurer Tarifverträge leisten.

Das heißt aber auch: Tariftreue wie jede Form von Tarifprotektionismus schützt eben nicht die Arbeitsplätze – sondern die Tarifparteien vor wettbewerblichem Anpassungsdruck. Und das auf Kosten der Kunden und Auftraggeber. Die Alternative besteht nicht darin, das Tarifentgelt unverändert zu lassen und die tarifgebundenen Arbeitgeber in die Insolvenz zu treiben und die Arbeitnehmer in die Arbeitslosigkeit. Selbstredend sorgt der Wettbewerb mit seiner Entmachtungsfunktion für Lohnzurückhaltung, im äußersten Fall auch für Lohnsenkung, etwa in Beschäftigungssicherungstarifverträgen. Vom ökonomischen Bumerangeffekt weiß das Gericht nichts. Zur Folgenabschätzung möchte es den Gesetzgeber nicht auffordern.

Im Kern ist die Entscheidung von *einem einzigen, aber zentralen Denkfehler* geprägt: Das BVerfG geht offenkundig davon aus, Tarifverträge brächten stets eine vernünftige Entgeltregelung zu Stande. Tariflöhne könnten also nie zu hoch sein. Das aber stimmt nicht; denn Richtigkeitsvertrauen verdient der Tarifvertrag doch gerade nur für die beiderseits Tarifgebundenen, die diesen legitimieren. Ob ein Tarifvertrag gesamtwirtschaftlich vertretbare Arbeitsentgelte hervorbringt – das entscheidet der Wettbewerb<sup>23</sup>. Nur ausnahmsweise – im öffentlichen Dienst und bei den öffentlichen Rundfunkanstalten – kann der Tarifvertrag seine Kostenvorgabe auf Steuer- und Gebührenzahler einfach abwälzen – „richtig“ wird er dadurch aber auch nicht.

19 Vgl. Löwisch/Rieble (o. Fußn. 10), § 5 Rdnr. 171 zu alternativen landesrechtlichen Regelungen.

20 Aus der verfassungsrechtlichen Literatur zuletzt Burkiczak, GG und Deregulierung des Tarifvertragsrechts, 2006.

21 Etwa: van Suntum, Die unsichtbare Hand, 3. Aufl. (2005).

22 BVerfG, NZA 2005, 153 = AP Nr. 2 zu § 3 AEntG.

23 Dazu schon Rieble, ZfA 2005, 249.

## V. Herrschaft statt Diskurs

Und so durchdringt die gesamte Entscheidung vor allem eines: ein Mangel an Ernsthaftigkeit und ein Mangel an Kenntnis. Die Kritik an seiner bisherigen Rechtsprechung nimmt das Gericht gelassen. *Bayreuther* meinte zuletzt, erforderlich sei eine „sorgsam begründete Senatsentscheidung“<sup>24</sup> – um zum argumentativen Rechtsfrieden zu gelangen. Der *Senat* hat zwar entschieden. Auf die sorgsame und ernsthafte Begründung warten wir weiter. *Schüren* konstatiert den „Equal-Pay“-Beschluss als „grobe Antwort“<sup>25</sup>.

Der *Senat* legt nun nach. Die Entscheidung ist eine einzige Diskursverweigerung gegenüber all jenen, die den Tarifprotektionismus als ernsthaft zu diskutierendes Verfassungsproblem sehen. Diese Diskussion soll hier nicht aufgerührt werden, nachdem das Gericht sie für verzichtbar hält. Anzumerken ist der Wechsel in Form und Stil: Weg vom Diskurs mit der Wissenschaft hin zum vom Herrschaftswillen geprägten Bescheid.

## VI. Entmachtungsfunktion des Wettbewerbs – auch gegenüber dem BVerfG

Das *BVerfG* antwortet auf die Herausforderung der Globalisierung und des Wettbewerbs emotional – wie die meisten Deutschen. Der deutsche Staat muss doch irgendwie seine sozialen (und also insofern moralischen!) Standards verteidigen dürfen. Das Sozialstaatsprinzip wird zur Ermächtigungsgrundlage für Verfassungsrichter, deren Herz groß ist. Dass die Vernunft dabei auf der Strecke bleibt, macht nichts. Dass dies ein Ermächtigungsangebot an die Gutmenschen ist, Marktmacht gegen Missliebige einzusetzen – macht nichts. Dass es kein sicheres Rechtsschutzverfahren mehr gibt, mit dessen Hilfe das Marktmachtopfer überprüfen kann, ob und inwieweit willkürliche Erwägungen den Ausschlag geben – macht nichts.

Man stelle sich nur einmal vor, der Staat würde seine *Marktmacht als Arbeitgeber* so einsetzen – also in sozialstaatlicher Relativierung von Art. 33 II GG solche Menschen einstellen und befördern, die sich als Person um das Gemeinwohl verdient machen. Auch das ist nur Einsatz von Marktmacht. Auch hier unterwirft sich das Opfer freiwillig. Arbeitsplätze im öffentlichen Dienst nur noch für jene mit „anständiger“ sprich gesellschaftserhaltender Reproduktionsquote? Beförderungsstellen für Männer nur noch, wenn diese aktive Kinderdienstzeiten oder ein soziales Jahr vorweisen können? Wem solche Umerziehungsversuche nicht gefallen, der mag sein Heil in der Privatwirtschaft suchen.

Das (hoffentlich als absurd erkannte) Beispiel zeigt, warum es im Kern geht: um die Trennung von Staat und Gesellschaft. Wenn der Staat versucht, mit seiner Marktmacht Unternehmen und Menschen zu disziplinieren, also – wie *Paul Kirchhof* das bereits 1977 – nicht nur die Normentreue erzwingen, sondern eine Gemeinwohlpflicht (im Sinne einer Polizeipflicht) erst konstituieren will<sup>26</sup>, dann ist der Grund-

satz der Rechtsgleichheit in Gefahr. An Stelle des Rechts herrscht die (Markt)Macht.

Die Globalisierung und der verschärfte Wettbewerb aber, die das *BVerfG* in die Schranken weisen will, beschützen uns vor diesem Gericht und seinem emotionalen Rechtsverständnis. Es ist auf böartige Weise so, wie das Gericht dies sagt: Niemand ist gezwungen, sich um einen Auftrag dieses Staates zu bemühen. Die erfolgreichen großen Bauunternehmen sind erfolgreich mit ihrer internationalen Geschäftstätigkeit – im Inland dümpelt die Bauwirtschaft seit Jahren.

Über Marktmacht verfügen gerade große Unternehmen. Sie dürfen sich vom *Gericht* ermuntert fühlen, im Rahmen der marktmäßig gleichen Augenhöhe gegenüber dem Fiskus verstärkt politische Forderungen zu erheben – für ihre Bereitschaft, Steuern im Inland zu zahlen oder Betriebsstätten mit Arbeitsplätzen zu unterhalten. Dass größere Unternehmen mit Standortargumenten die Entscheidung der Kommunen über Gewerbesteuerhebesätze beeinflussen, kommt vor. Auch der preisgünstige Erwerb kommunaler Grundstücke oder die einseitig investorennützige Bauleitplanung dürfen sich nun vom moralischen Makel befreit sehen: Auch der Staat muss sich auf solche Forderungen nicht einlassen; hier wird kein (politischer) Wille gebeugt, sondern die freiwillige Verhandlungslösung mit vertraglicher Unterwerfung gefördert. Diese Senatsentscheidung ruft marktmächtige Unternehmen nachgerade dazu auf, das Unterwerfungspotenzial der Kommunen zu erproben.

Anders gewendet: Wenn der Staat mit einem Marktmachtherrschaftsanspruch in die Gesellschaft hinübergreift, braucht er sich über eine entsprechende Antwort nicht zu wundern. Das Gericht befördert die Vermachtung. Auf beiden Seiten können nur marktmächtige öffentliche Körperschaften und marktmächtige Unternehmen entsprechenden Druck ausüben. Die kleine Kommune ist so machtlos wie das mittelständische Unternehmen. Auf der Strecke bleibt die (wirtschaftliche) Freiheit. Das nimmt bei einem Gericht, das das Sozialstaatsgebot als umfassende Eingriffsermächtigung in Freiheitsrechte versteht, nicht wunder.

Insofern gilt – gottlob: Auch das „höchste“ deutsche Gericht ist bezogen auf das Wettbewerbsgeschehen einer globalisierten Weltwirtschaft machtlos. Die staatsmachtbegrenzende Wirkung internationalen Wettbewerbs begrenzt auch die Spruchmacht des höchsten deutschen Gerichts – auf das Setzen eines partikularen Anreizes. Das *BVerfG* hat für sich entschieden: In Arbeitsmarktfragen möchte es nicht Teil einer durchdachten und ausgleichenden Lösung sein, sondern als jene Instanz, die Protektionismus für Gemeinwohl hält, Teil des Problems. ■

24 *Bayreuther*, NZA 2005, 343.

25 *Schüren*, RdA 2006, 305.

26 *Paul Kirchhof* (o. Fußn. 10), S. 150 ff., 326 ff., 345 f.

Von Richter des BVerfG Professor Dr. Udo Steiner, Regensburg/Karlsruhe

## Richter und Reformen\*

60 Jahre ist die Arbeitsgerichtsbarkeit im Bezirk des LAG Hamm alt geworden. Das ist in Deutschland, dessen Politik so ahistorisch gestimmt ist, bereits ein gefährliches Alter. Wer so lange als Institution lebt, muss beweisen, dass er noch länger leben darf. Dies ist inzwischen leider auch im

Freistaat Bayern so, der sich gerne als besonders geschichtsbewusst darstellt. Mit dem Attribut und Argument „bekannt

\* Leicht gekürzte Fassung des Festvortrags 60 Jahre Arbeitsgerichtsbarkeit im Bezirk des LAG Hamm am 25. 8. 2006.