

Prof. Dr. Volker Rieble und Lorenz Leitmeier

Landesgesetze über tarifliche Arbeitsbedingungen?

ÜBERSICHT

I. Tarifpolitische Vorgeschichte

II. Formale Fragen

1. Gesetzgebungskompetenz
 - a) Ausschließliche Gesetzgebungskompetenz, Art. 70 GG
 - b) Gesetzgebungskompetenz des Bundes
 - c) Keine Regelungskompetenz für die Kommunen
2. Doppelrolle und Gewaltenteilung
3. Missbrauch der Parlamentsmehrheit?

III. Zentralfrage: Schutz der Tarifautonomie?

1. Kein Zugriff auf geltende oder künftige Tarifverträge
2. Regelungskonkurrenz
 - a) Kein Normsetzungsmonopol der Tarifparteien
 - b) Grenze: „Legislatives Austrocknen“

3. Erweiterte Regelungsbefugnisse für eigene Beschäftigungsbedingungen

- a) Grundsatz
- b) Alternative: Arbeitsvertrag
- c) Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes
- d) Tarifbelastung durch die Förmlichkeit des Gesetzes?

4. Fürsorglich: Rechtfertigung einer Belastungswirkung

- a) Gewerkschaftliche Tarifblockade durch Meistbegünstigungsklausel
- b) Konkrete Funktionsbeeinträchtigung des öffentlichen Dienstes
- c) Systemversagen der Tarifautonomie im öffentlichen Dienst

5. Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers

IV. Ergebnisse

Das Land Hessen hat einen neuen Weg in der Tarifaueinandersetzung mit ver.di beschritten: Die Erhöhung der Tarifentgelte durch Landesgesetz. Das wird von manchen für verfassungswidrig, weil gegen das Grundrecht der Koalitionsfreiheit verstößend angesehen¹. Die Verfasser haben in einem Gutachten für das Land die tarifrechtliche Unbedenklichkeit festgestellt. Der Beitrag ist eine stark überarbeitete Fassung dieses Gutachtens.

I. Tarifpolitische Vorgeschichte

Der „Hessenschlag“ ist nur zu verstehen, wenn man die missvergnügliche Vorgeschichte kennt: Tarifverträge des öffentlichen Dienstes belasten vor allem die Länder mit hohen Personalkosten. Das Land Hessen war zum 31.3.2004 aus dem Arbeitgeberverband Tarifgemeinschaft deutscher Länder (TdL) ausgetreten. So wurde es nicht vom Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) erfasst, der zum 1.11.2006 in Kraft getreten ist. Vielmehr blieb es bei der Nachwirkung des BAT.

Zuvor war die TdL aus den gemeinsamen Verhandlungen mit Bund und Kommunen zum TVöD ausgeschieden, nachdem sie die tariflichen Arbeitszeitvorschriften gekündigt hatte und die Gewerkschaften daraufhin nicht mehr bereit waren, mit ihr weiterzuverhandeln. Bund und Kommunen haben dann den TVöD ohne die Länder abgeschlossen (und damit die „Tarifeinheit“ des öffentlichen Dienstes beendet). Sie hofften freilich, die Länder durch einen eigenen Tarifvertrag mit einer Meistbegünstigungsklausel vom 9.2.2005 zum Gehorsam zwingen zu können². Jener Tarifvertrag sah vor, dass jedes für die Arbeitgeber günstige Abweichen von Arbeitszeit- und Entgeltvorgaben des TVöD in Tarifverträgen mit den Ländern in die Tarifverträge mit Bund und Kommunen übernommen werden musste. Das heißt: Ver.di konnte eigenständige Tarifverhandlungen mit den Ländern nur um den Preis führen, dass sich die bereits ausgehandelten Tarifbedingungen für die Arbeitnehmer bei Bund und Kommunen verschlechtern. Damit hatte sich ver.di einem hausgemachten Druck ausgeliefert. Die Gewerkschaft konnte mit den Ländern nur inhaltsgleich abschließen oder gar nicht³. Weil die Länder zur Übernahme des TVöD nicht bereit waren, blieb es zunächst beim tariflosen Zustand. Die Länder haben mit dem TV-L zwischenzeitlich nachgegeben, nicht aber das ausgetretene Hessen.

Diese Tarifblockade hat das Land einseitig zu überwinden versucht, indem es die tariflichen Entgelte – erstmals seit 2004 – durch Gesetz erhöhte: Der Hessische Landtag beschloss am 15.11.2007 ein Gesetz über Einkommensverbesserungen für Tarifbeschäftigte im öffentlichen Dienst Hessen (GEVerbTöD)⁴. Im Mittelpunkt steht eine lineare Entgelterhöhung von 2,4% ab 1. April 2008; daneben Einmalzahlungen und ein erhöhter Kinderzuschlag. Damit sollte auch ein Gleichlauf mit den Beamten erreicht werden, deren Beschäftigungsbedingungen traditionell durch Gesetz geregelt werden, und die seit 2004 in den Genuss von Entgelterhöhungen gekommen waren⁵.

Ver.di sieht sich als Tarifpartei des öffentlichen Dienstes (faktisch zu Recht) beeinträchtigt und fordert die Übernahme des TV-L, der eine Entgelterhöhung um 2,9% zum 1.1.2008 vorsieht⁶.

Nun mag dieser tarifpolitisch induzierte Alleingang des Landes Hessen zunächst als singuläres Ereignis den Tarifrechtler in seinem dogmatischen Gewissen interessieren. Indes: Wenn der öffentliche Arbeitgeber Arbeitsbedingungen durch tarifersetzendes Gesetz regeln kann, könnte damit ein neues taktisches Instrument für Tarifaueinandersetzungen gewonnen sein: Man stelle sich vor, der öffentliche Arbeitgeber griffe

inmitten eines Streiks zu dieser „Waffe“. So gesehen ist die Rechtsfrage von praktischer Bedeutung.

II. Formale Fragen

1. Gesetzgebungskompetenz

a) Ausschließliche Gesetzgebungskompetenz, Art. 70 GG

Jedem Land kommt eine **ausschließliche Gesetzgebungskompetenz** zur Regelung der Arbeitsbedingungen der eigenen Beschäftigten (Beamte wie Arbeitnehmer) zu, Art. 70 GG (hier i. V. m. Art. 135, 29 Hessische Verfassung).

Diese Arbeitsbedingungen sind kein „Arbeitsrecht“ als Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung iSv Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG. „Arbeitsrecht“ betrifft diejenigen Regeln, die der Staat für alle Arbeitnehmer zu deren Schutz erlässt, und die das Arbeitnehmerschutzprinzip durch einen fremdverpflichtenden Normbefehl durchsetzen. Die Arbeitsbedingungen der eigenen Beschäftigten hingegen betreffen eine Selbstverpflichtung des Landes nicht in seiner Rolle als schützender Staat, sondern in seiner Rolle als Arbeitgeber (und Dienstherr). Dementsprechend könnte auch ein allgemeiner bundesgesetzlicher Mindestlohn für alle Arbeitnehmer den staatlichen Arbeitgeber nicht daran hindern, für seine Beschäftigten bessere, also angemessene Entgelte durch Gesetz festzulegen.

Die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen im Zuge der Föderalismusreform bestätigt dies: Art. 75 Abs. 1 Nr. 1 GG a.F. räumte dem Bund die Kompetenz zur Rahmengesetzgebung ein über „die Rechtsverhältnisse der im öffentlichen Dienste der Länder, Gemeinden und anderen Körperschaften des öffentlichen Rechtes stehenden Personen, soweit Artikel 74a nichts anderes bestimmt.“ Art. 74a GG a.F. wiederum erstreckte die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes auf die Besoldung und Versorgung der Beamten der Länder. Aus dieser Herausnahme folgte im Gegenschluss, dass Art. 75 Abs. 1 Nr. 1 GG a.F. umfassend die Rechtsverhältnisse der im öffentlichen Dienst Beschäftigten erfasste – einschließlich der Vergütung. Nur aufgrund des letzten Halbsatzes waren Besoldungsfragen für Beamte davon ausgenommen (und Art. 74a GG a.F. zugewiesen). Mangels einer Ausnahmebestimmung für Angestellte des öffentlichen Dienstes verblieb es also bei der Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes gem. Art. 75 Abs. 1 Nr. 1 GG.

Diese bisherige Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes wurde mit der **Föderalismusreform nicht in die konkur-**

- 1 Eindeutig *Weiss/Schmidt*, Einkommenserhöhungen per Gesetz? NZA 2008, 13, 18 ff.; „hoch problematisch“ und tendenziell verfassungswidrig: *Greiner*, Die legislative Vorwegnahme von Tarifverhandlungen, Der Personalrat 2008, 20, 20 ff. Dabei handelt es sich um erweiterte Fassungen ihrer Stellungnahmen in der Anhörung des Hessischen Landtags; vgl. Ausschussvorlage INA/16/77 unter: <http://starweb.hessen.de/cache/AV/16/INA/INA-AV-077-T1.pdf> [Weiss] bzw. <http://starweb.hessen.de/cache/AV/16/INA/INA-AV-077-T2.pdf> [Greiner] (zuletzt abgerufen am 6.2.2008).
- 2 Zum Verhandlungsverlauf *Bredendiek/Fritz/Tewes* ZTR 2005, 230 ff.; *Rieger* ZTR 2006, 402 ff.; www.tarifunion.dbb.de/aktuell/Modernisierungstarifverhandlungen/vtk_mappe_220405.pdf (zuletzt abgerufen am 6.2.2008). Siehe auch: [http://www.gdp.de/gdp/gdpslcmns.nsf/id/TVOeAkt_DE/\\$file/050713_bmi_TV%C3%B6D.ppt#266,6](http://www.gdp.de/gdp/gdpslcmns.nsf/id/TVOeAkt_DE/$file/050713_bmi_TV%C3%B6D.ppt#266,6), Entwicklung und http://www.bmi.bund.de/chn_012/nn_122688/Internet/Content/Common/Lexikon/T/Tarifrechtsreform.html (zuletzt abgerufen am 6.2.2008).
- 3 Eingehend zur Meistbegünstigungsklausel *Rieble/Klebeck*, Tarifvertragliche Meistbegünstigung, RdA 2006, 65 ff.
- 4 HessGVBl. 2007 I S. 751; Gesetzesmaterialien LT-Drucks. 16/7637; Änderungsantrag 16/8201; Beschlussantrag 16/8213.
- 5 Begründung des Gesetzentwurfs zum GEVerbTöD, Gesetzesmaterialien LT-Drucks. 16/7637, S. 6f.
- 6 Stellungnahme des ver.di Landesbezirks Hessen zum GEVerbTöD – E, S. 48, unter: <http://starweb.hessen.de/cache/AV/16/INA/INA-AV-077-T2.pdf> sowie http://hessen.verdi.de/fachbereiche/bund-laender/aktuelles/tarifsituation_land_hessen/data/7_tarifsituation_beim_land_hessen.pdf: „Alleinige Grundlage für Gespräche und mögliche nachfolgende Verhandlungen sind die Vereinbarungen mit der TdL unter Beachtung der Meistbegünstigungsklausel.“ (zuletzt abgerufen am 6.2.2008).

rierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes überführt, fiel vielmehr in die **Gesetzgebungskompetenz der Länder** gem. Art. 70 GG zurück. Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG n.F. umfasst nur Statusrechte und -pflichten der Beamten der Länder, also einen Ausschnitt des Art. 75 Abs. 1 Nr. 1 GG a.F.

Allerdings gilt diese Regelungskompetenz nur für die Arbeitsbedingungen selbst. Begleitfragen, die in das allgemeine Arbeitsrecht hineingreifen, kann der Landesgesetzgeber nicht regeln. So könnte er von vornherein seinem Gesetz keine „Friedenspflicht“ im Sinne eines Streikverbotes beimessen, weil das Bundesrichterrecht als Annex zum Bundestarifrecht des TVG kein abweichendes Landes-Arbeitskampfrecht erlaubt, Art. 31 GG. Das hat das BAG gerade für das Aussperrungsverbot der Hessischen Landesverfassung entschieden⁷; es gilt ebenso für Streikbeschränkungen.

b) Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Die Befugnis zur Regelung der Rechtsverhältnisse des eigenen Personals zählt für den Bund wie für die Länder „zum Hausgut ihrer Staatlichkeit“⁸. Damit kommt auch dem Bund die Kompetenz zur Regelung der Beschäftigungsbedingungen für die eigenen Beschäftigten zu: Gem. Art. 73 Abs. 1 Nr. 8 GG besitzt er die ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeit für die Rechtsverhältnisse der im Dienste des Bundes und der bundesunmittelbaren Körperschaften des öffentlichen Rechtes stehenden Personen. Zu diesen Rechtsverhältnissen zählt die Vergütung des erfassten Personenkreises⁹.

c) Keine Regelungskompetenz für die Kommunen

Hingegen besitzen die Kommunen keine Regelungskompetenz dahingehend, die Beschäftigungsbedingungen für ihr Personal eigenständig festzulegen. Die Personalhoheit als Teil der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie im Sinne des Art. 28 Abs. 2 GG umfasst neben der Fähigkeit zu eigener Dienstherrneigenschaft „vor allem die Befugnis, die Gemeindebeamten auszuwählen, anzustellen, zu befördern und zu entlassen.“¹⁰ Die Regelung des gemeindlichen Beamten-, Besoldungs- und Versorgungsrechts gehört jedoch nicht zur kommunalen Personalhoheit¹¹.

Die kommunale Satzungsgewalt findet ihre Grenze im Gebot der Einheitlichkeit der Besoldung bzw. Vergütung: „In den Gemeinden und in den Ländern sind öffentliche Aufgaben mit der gleichen Sorgfalt wahrzunehmen. Die Gemeinden sind insoweit untereinander keine Konkurrenten, die im Wettbewerb stehen. Es wäre deshalb mit den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Verwaltung des Staates in allen seinen Gliederungen nicht vereinbar, dass die finanzstarken von finanzschwächeren Gemeinden dringend benötigte Angestellte durch bessere Bezahlung abwerben könnten oder dass wegen der höheren Bezahlung alle guten Kräfte sich im Dienst finanzstarker Gemeinden befänden, während in den anderen Gemeinden nur weniger qualifizierte Angestellte oder bei dem zur Zeit herrschenden Arbeitskräftemangel Stellen unbesetzt blieben. Um hier eine überall gleichmäßige personalpolitische Stabilität, die auch im Interesse der Gemeinde selbst liegt, zu schaffen, ist es notwendig, die Besoldungsverhältnisse über die einzelne Gemeinde hinausgehend zu vereinheitlichen und einer staatlichen Bindung zu unterwerfen.“¹²

Qua Satzung können die Kommunen also keine originären Vergütungsregeln festlegen.

2. Doppelrolle und Gewaltenteilung

Land oder Bund agieren bei der gesetzlichen Regelung der Arbeitsbedingungen in einer „Doppelfunktion“: Als Hoheitsträger erlässt der Normgeber ein Gesetz, von dem er

als Arbeitgeber selbst betroffen ist¹³. Rechtlich ist dagegen nichts einzuwenden¹⁴: Der Staat als Legislative darf – Gesetzgebungskompetenz vorausgesetzt – auch sein Fiskalverhalten der Exekutive normieren. Das geschieht mittelbar bei Tarifreuegesetzen¹⁵ und eben so verfährt der Staat bei Besoldungsgesetzen wie dem BBesG¹⁶. Der Hoheitsträger regelt seine eigene Funktion als Dienstherr.

Das Gewaltenteilungsprinzip steht dem nicht entgegen. Die Regelung von Arbeitsbedingungen gehört nicht zum „**Kernbereich exekutiver Aufgaben**“, die der Gesetzgeber nicht regeln dürfte (weswegen der Exekutive dann nur die Instrumente Tarifvertrag und Arbeitsvertrag verblieben). Diese umfasst nur die **Personalhoheit**, also Auswahl, Einstellung und Zuweisung der Beamten und Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes¹⁷.

Materielle Arbeitsbedingungen in Form von Einkommensverbesserungen fallen nicht hierunter, sondern hängen eng mit dem **Budgetrecht** zusammen, weswegen das Parlament regelungsbefugt ist (Art. 110 [und 28] GG, §§ 51, 52 BHO). Hiervon geht das BVerwG ohne weiteres aus – mit Blick auf die haushaltsrechtlichen Restriktionen übertariflichen Entgelts¹⁸. Für das Budgetrecht gilt das Prinzip der „**Funktionsverschränkung**“¹⁹. Das Parlament ist zuständig.

- 7 BAG vom 26.4.1988 – 1 AZR 399/86 – BAGE 58, 138 = AP Nr. 101 zu Art 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 74 = NZA 1988, 775.
- 8 Wieland, Stellungnahme in der Anhörung des Hessischen Landtags; Ausschussvorlage INA/16/77, S. 28. Unter: <http://starweb.hessen.de/cache/AV/16/INA/INA-AV-077-T2.pdf> (zuletzt abgerufen am 6.2.2008).
- 9 Bonner Kommentar/Höfling, GG, Stand: September 2007, Art. 73 Rn. 8 Nr. 16; Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: Juni 2007, Art. 73 Rn. 142; Jarass/Pieroth, GG, 8. Aufl. (2006) Art. 73 Rn. 19.
- 10 BVerfG (2. Senat) vom 29.4.1958 – 2 BvL 25/56 – BVerfGE 7, 358, 364 = NJW 1958, 10837, BVerfG (1. Senat) vom 2.12.1958 – 1 BvL 27/55 – BVerfGE 8, 332, 359 = NJW 1959, 189; BVerfG (2. Senat) vom 26.11.1963 – 2 BvL 12/62 – BVerfGE 17, 172, 182 = AP Nr. 2 zu Art. 28 GG = NJW 1964, 49.
- 11 Bonner Kommentar/Stern, GG, Stand: August 2007, Art. 28 Rn. 147 m.w.N.; a. A. Ipsen, Gemeindliche Personalhoheit unter Selbstverwaltungsgarantie, DÖV 1955, 225, 225 ff.
- 12 BVerwG vom 13.3.1964 – VII C 87.60 – BVerwGE 18, 135, 140 f. = AP Nr. 4 zu § 4 TVG Angleichungsrecht = NJW 1964, 1537; vgl. auch BayVGfH vom 26.6.1991 – 3 B 90.2689 – VGHE BY 44, 97 = EzBAT §§ 22, 23 BÄT A Allgemein Nr. 42 = DÖV 1992, 169 zu Art. 43 Abs. 4 BayGO, wonach die Arbeitsbedingungen, Vergütungen (Gehälter und Löhne) der Angestellten und Arbeiter angemessen sein müssen.
- 13 Zutreffend Greiner (Fn. 1) S. 22, mit dem erwogenen Schluss, „dass das Land ebenso wie ein privater Arbeitgeber die Vergütung erhöhen darf, ohne einen Tarifabschluss abzuwarten.“ Dieser Schluss wird aber sogleich verworfen, da das Land – im Unterschied zu einem privaten Arbeitgeber – „ausschließlich grundrechtsverpflichtet, nicht grundrechtsberechtigt“ sei.
- 14 Dagegen aber Weiss/Schmidt (Fn. 1) S. 19f. Mit dem GEVerbTöD regle das Land (einseitig), „was jeder private Arbeitgeber nur durch Abschluss eines Tarifvertrags oder im Wege der Anpassung der Individualarbeitsverträge regeln könnte.“ Dadurch würde der Staat „laufende Tarifverhandlungen, an denen seine Vertreter beteiligt sind, präjudizieren bzw. unmöglich machen“. Dies hebt erkennbar darauf ab, dass der Staat letztlich ein „Insichgeschäft“ tätige und dadurch auf unlautere Weise – da dies private Arbeitgeber gerade nicht könnten – den Verhandlungsweg umgehe. Daran erstaunt, dass der Vergleich zwischen staatlichem und privatem Arbeitgeber – der ansonsten unter Verweis auf die fehlende Grundrechtsbindung Privater strikt abgelehnt wird (näher III.3.b, S. 11) – für die Begründung der Rechtswidrigkeit des Staatshandels allemal taugen soll.
- 15 Regelungen über Tarifreueerklärungen finden sich in Bayern vom 28.6.2002 (GVBl. S. 364), Berlin vom 9.7.1999 (GVBl. S. 369), Hamburg vom 17.12.2002 (GVBl. S. 594), Niedersachsen vom 2.9.2002 (GVBl. S. 370), Nordrhein-Westfalen vom 17.12.2002 (GVBl. 2003 S. 8), Schleswig-Holstein vom 7.3.2003 (GVBl. S. 136), Saarland vom 23.8.2000 (ABl. S. 1846) und Sachsen-Anhalt vom 29.6.2001 (GVBl. S. 234). Tarifreueklauseln sind verfassungskonform, BVerfG (1. Senat) vom 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – AP Nr. 129 zu Art. 9 GG = NJW 2007, 51 = NZA 2007, 42. Zur Kritik hieran Rieble, Tarifreue vor dem BVerfG, NZA 2007, 1 ff.
- 16 Seit dem Inkrafttreten der Föderalismusreform im August 2006 ist das Besoldungsrecht für die Landes- und Kommunalbediensteten Landesrecht. Einige Bundesländer haben bereits umfassende Regelungen getroffen, das Bundesbesoldungsgesetz gilt demnach uneingeschränkt nur noch für die Beamten des Bundes. Vgl. dazu v. Kiedrowski, Der Gesetzentwurf zur Neuordnung und Modernisierung des Bundesdienstrechts – ein Überblick mit Schwerpunkt auf den besoldungsrechtlichen Regelungen, ZTR 2008, 18 ff.
- 17 BVerfG (2. Senat) vom 27.4.1959 – 2 BvF 2/58 – BVerfGE 9, 268, 283.
- 18 BVerwG vom 13.3.1964 – VII C 87/60 – BVerwGE 18, 135.
- 19 Kirchhof, Die Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle, NVwZ 1983, 505.

3. Missbrauch der Parlamentsmehrheit?

Obskur ist der Einwand, eine absolute Parlamentsmehrheit (wie sie in Hessen bis zur Landtagswahl vom 27.1.2008 bestanden hat) verschränke Legislative und Exekutive derart, dass ein solches Gesetz den Gewaltenteilungsgrundsatz verletze: Der Hessische Landesgesetzgeber missbrauche die Mehrheitsverhältnisse für eine „enge Kooperation [zwischen Exekutive und Legislative] ohne inhaltliche Reibungsverluste“²⁰.

Das hieße: Ein besonderer Wahlerfolg und die damit einhergehende stärkste demokratische Legitimation führte zu einer legislativen Beschränkung. Das kann schon aus bayerischer Sicht nicht sein.

III. Zentralfrage: Schutz der Tarifautonomie?

Der eigentliche Rechtsangriff gegen gesetzlich festgelegte Arbeitsbedingungen wird über die Tarifautonomie geführt: Begehrt ver.di doch vom Lande Hessen einen Tarifabschluss, und versucht das Land eben diese Forderung durch eine gesetzliche Verbesserung der Arbeitsbedingungen abzuwehren²¹.

1. Kein Zugriff auf geltende oder künftige Tarifverträge

Ohne weiteres als Beschränkung der Tarifautonomie dürfen jene Gesetze gelten, die entweder aktuell geltende Tarifverträge in ihrem Normbestand mindern (etwa eine Entgeltabsenkung) oder künftigen Tarifabschlüssen solche Grenzen setzen. Da Tarifverträge nur Mindestarbeitsbedingungen sind, können gesetzliche Entgelterhöhungen von vornherein nicht in einen geltenden Tarifvertrag eingreifen. Und eben deswegen könnten auch gesetzliche Entgelte künftige Tarifverträge nur behindern, wenn sie als Höchstentgelte ausgestaltet sind.

Der hessische Gesetzgeber hat sich dieser Fragen entschlagen, indem er seine Entgelterhöhung für umfassend tarifdispositiv (nach oben und unten) erklärt. § 5 des Gesetzes lautet: „Abweichende Regelungen: Die Rechte der Tarifvertragsparteien, abweichende Regelungen durch Tarifvertrag zu treffen, bleiben unberührt.“ Damit wird nicht nur klargestellt, dass die Tarifparteien höhere Entgelte vereinbaren können; sie können die gesetzliche Erhöhung auch anders verteilen. Auch der Streik um den abweichenden Tarifvertrag bleibt selbstredend zulässig; ein Gesetz löst keine Friedenspflicht aus. Ein Kampfverbot ist nicht angeordnet. Für dieses fehlte dem Land die Kompetenz²².

Dass eine Tariföffnungsklausel den Eingriff in die Tarifautonomie verhindert, anerkennt im Prinzip auch das BVerfG: Für die Lohngleichheit der Leiharbeit nach § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2 und § 10 Abs. 4 AÜG werde der Regelungsbereich für die Tarifvertragsparteien durch die Tarifdispositivität gerade erhalten, das Betätigungsrecht der Tarifvertragsparteien werde nicht eingeschränkt²³.

Selbst wenn der Gesetzgeber in geltende Tarifverträge eingreift (etwa eine Jahressonderzahlung kürzt), bedeutet dies noch nicht die Unzulässigkeit, sondern nur die Rechtfertigungsbedürftigkeit dieses Tarifeingriffes. Mit Blick auf Sozialstaatsprinzip und Arbeitslosigkeit war das BVerfG schon recht großzügig – sowohl was die Anrechnung von Kurtagen auf tarifliche Urlaubstage betrifft²⁴, als auch hinsichtlich der Lohnabstandsklauseln für Arbeitsförderungsmaßnahmen²⁵. Die – wohl nur theoretische – Frage nach der Verhältnismäßigkeit eines solchen Zugriffs lässt sich kaum beantworten. Im Kern kann die Staatsverschuldung des öffentlichen Arbeitgebers aber eine Tarifabsenkung ebenso rechtfertigen wie die Insolvenznähe des privaten Arbeitgebers, wenn also der Fortbestand des Unternehmens oder der

Arbeitsplätze erheblicher Teile der Belegschaft gefährdet sind²⁶.

Wirkt der Tarifvertrag – wie hier der BAT – nur nach (§ 4 Abs. 5 TVG), so kann man am Eingriff in die Tarifautonomie zweifeln. Denn die Nachwirkung dient vor allem der Besitzstandswahrung der Arbeitnehmer²⁷.

2. Regelungskonkurrenz

Wenn öffentliche Arbeitgeber überhaupt den Mut zu einem tarifvertretenden Arbeitsbedingungsgesetz aufbringen, so wird es sich um konkurrierende Regelungen handeln, die den Tarifvertrag nur mittelbar beeinträchtigen: Gewährt der Gesetzgeber den Arbeitnehmern einen Vorteil, so wird der Tarifvertrag weniger attraktiv. Die Arbeitnehmer haben weniger Grund, in der Gewerkschaft zu sein; die Streikbereitschaft kann nachlassen.

a) Kein Normsetzungsmonopol der Tarifparteien

Art. 9 Abs. 3 GG schützt mit der Koalitionsfreiheit auch die kollektive Koalitionsbetätigungsfreiheit und insoweit grundsätzlich auch die Tarifautonomie (und den Arbeitskampf). „Die Aushandlung von Tarifverträgen gehört zu den wesentlichen Zwecken der Koalitionen. Hierin sollen sie nach dem Willen des Grundgesetzes frei sein. Der Staat enthält sich in diesem Betätigungsfeld grundsätzlich einer Einflussnahme und überlässt die erforderlichen Regelungen der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zum großen Teil den Koalitionen, die sie autonom durch Vereinbarung treffen.“²⁸

Nach ganz h.M. ist die Regelung der Arbeitsbedingungen durch die Tarifparteien nicht exklusiv²⁹, sie haben kein Normsetzungsmonopol³⁰. Dem Staat bleibt nach h.M. und ständiger Rechtsprechung des BVerfG das Recht, durch Arbeitsrecht eigene Arbeitnehmerschutzvorstellungen für alle zu verwirklichen³¹.

b) Grenze: „Legislatives Austrocknen“

Der Gesetzgeber darf die Betätigungsgarantie der Tarifpartner indes nicht „legislativ austrocknen“ – durch überhöhten gesetzlichen Schutz, der den Gewerkschaften faktisch die durch Art. 9 Abs. 3 GG garantierten Entwicklungsmöglich-

20 So ernstlich Weiss/Schmidt (Fn. 1) S. 19.

21 Weiss/Schmidt (Fn. 1) S. 22, sowie Greiner (Fn. 1) S. 20 f.

22 Oben, Fn. 7.

23 BVerfG (1. Senat 2. Kammer) vom 29.12.2004 – 1 BvR 2283/03, 1 BvR 2504/03, 1 BvR 2582/03 – AP Nr. 2 zu § 3 AEntG = NZA 2005, 153 = BB 2005, 495.

24 BVerfG (1. Senat) vom 3.4.2001 – 1 BvL 32/97 – BVerfGE 103, 293 = AP Nr. 2 zu § 10 BUrIG Kur = EzA Art. 9 GG Nr. 75.

25 BVerfG (1. Senat) vom 27.4.1999 – 1 BvR 2203/93, 1 BvR 897/95 – BVerfGE 100, 271 = EzA Art. 9 GG Nr. 66 = NJW 1999, 3033 = NZA 1999, 992.

26 Dazu Rieble, Tarifvertrag und Beschäftigung, ZfA 2004, 1, 30 ff., 61: „Die Grundentscheidung ist einfach: der Staat darf bei Arbeitsmarktvorsagen eingreifen, so wie er das bei Gütermarktvorsagen darf und tut.“ Weiter Dieterich, Flexibilisiertes Tarifrecht und Grundgesetz, RdA 2002, 1, 16.

27 Dazu Löwisch/Rieble, TVG, 2. Aufl. (2004), § 4 Rn. 374; die Überbrückungsfunktion ist von der Tarifautonomie nicht mitgarantiert.

28 BVerfG (1. Senat) vom 24.4.1996 – 1 BvL 712/86 – BVerfGE 94, 268, 283 = AP Nr. 2 zu § 57a HRG = ZTR 1996, 455 = NZA 1996, 1157.

29 Wie bereits in den relativierenden Formulierungen „grundsätzlich“ und „zum großen Teil“ anklingt, siehe BVerfG (1. Senat) vom 24.4.1996 – 1 BvR 712/86 – BVerfGE 94, 268, 283 = AP Nr. 2 zu § 57a HRG = ZTR 1996, 455 = NZA 1996, 1157.

30 BVerfG (1. Senat) vom 24.4.1996 – 1 BvL 712/86 – BVerfGE 94, 268, 284 = AP Nr. 2 zu § 57a HRG = ZTR 1996, 455 = NZA 1996, 1157; dazu auch MünchArbR/Löwisch/Rieble, Band 3, 2. Aufl. (2000), § 246 Rn. 56.

31 BVerfG (1. Senat) vom 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – BVerfGE 116, 202 = NJW 2007, 51 = NZA 2007, 42 = AP Nr. 129 zu Art. 9 GG; auch BVerfG (1. Senat 2. Kammer) vom 29.12.2004 – 1 BvR 2582/03, 1 BvR 2283/03, 1 BvR 2504/03 – AP Nr. 2 zu § 3 AEntG = NZA 2005, 153, 154; BVerfG (1. Senat) vom 3.4.2001 – 1 BvL 32/97 – BVerfGE 103, 293 = AP Nr. 2 zu § 10 BUrIG Kur = EzA Art. 9 GG Nr. 75 = ZTR 2001, 360; BVerfG (1. Senat) vom 27.4.1999 – 1 BvR 2203/93 und 1 BvR 897/95 – BVerfGE 100, 271 = EzA Art. 9 GG Nr. 66 = ZTR 1999, 507 = NZA 1999, 992. Ebenso Heissler, Tarifautonomie und Gesetzgebung, ZfA 1998, 1, 21 f.

keiten nimmt³². Den Tarifvertragsparteien muss vom Gesetzgeber immer ein ausreichend großes Feld von Arbeitsbedingungen überlassen bleiben, „auf dem sie sich im Sinne eines Aushandelns von Leistung und Gegenleistung sinnvoll betätigen können.“³³ Ein Recht auf „maximalen“ oder doch „optimierten“ Verhandlungsspielraum kann es nicht geben. Das ist insbesondere in den jüngsten BVerfG-Entscheidungen zur Entgeltgleichheit der Leiharbeit³⁴ und zur Tariftreue³⁵ deutlich geworden.

Dass das GEVerbTöD tarifdispositiv ist³⁶, schließt die Regelungskonkurrenz nicht von vornherein aus. Erstens benötigte die Gewerkschaft für die Nutzung dieser Tarifdispositivität das Land als Tarifpartner; außerdem können auch tarifdispositive Luxusarbeitsbedingungen die beschriebenen Lähmungswirkungen auf die Arbeitnehmerschaft in ihrem Gewerkschaftsengagement zeitigen. Wie sollen sich Arbeitnehmer für einen Streik zur Absenkung ihrer Arbeitsbedingungen gewinnen lassen?

Indes kann keine Rede davon sein, dass die Tarifautonomie durch das Gesetz ausgetrocknet würde – auch wenn es im für die Gewerkschaften zentralen Bereich der Entgeltregelung wirkt. Das GEVerbTöD mit seiner Entgelterhöhung von 2,4% – für vier Jahre (ab 2008) – ist äußerst maßvoll und erreicht nicht einmal die Geldentwertung in diesem Zeitraum. Es bleibt auch deutlich hinter der Tarifforderung von ver.di (2,9%, oben Fn. 6) zurück.

Zudem regelt das GEVerbTöD nur – punktuell – eine „Einkommensangleichung“, normiert hingegen nicht umfassend die Arbeitsbedingungen im öffentlichen Dienst, enthält nicht einmal ein umfassendes eigenes Vergütungssystem, sondern schreibt das tarifliche lediglich fort – und dies auch nur zur Überbrückung des derzeitigen tariflosen Zustandes³⁷.

Gegenüber einer solchen, ohne weiteres zulässigen Strategie des öffentlichen Arbeitgebers ist der hier gewählte Weg eines punktuellen tarifersetzenden Entgelterhöhungsgesetzes die mildere Beeinträchtigung. Das Land Hessen überbrückt nur einen tariflosen Zustand und „bessert“ die Nachwirkung des BAT aus. Es strebt mittelfristig wiederum eine tarifvertragliche Regelung der Arbeitsbedingungen an³⁸.

Dürfte das Land nicht einmal in dieser schonenden Weise von seiner Gesetzgebungskompetenz³⁹ Gebrauch machen, liefe die verfassungsrechtlich verbürgte Kompetenz zur Regelung der Arbeitsbedingungen der eigenen Beschäftigten leer: Die mit der „Zuständigkeit“ verliehene Befugnis⁴⁰ könnte das Land praktisch überhaupt nicht ausüben. Während das BVerfG aus der Aufgabe des Staates auf seine Befugnis schließt⁴¹, dürfte das Land – dem eigene Staatlichkeit zukommt – nicht einmal eine explizit zugewiesene Befugnis materiell ausüben.

3. Erweiterte Regelungsbefugnisse für eigene Beschäftigungsbedingungen

a) Grundsatz

Die (ohnehin großzügigen) Schranken, die dem Staat als arbeitsrechtlichem Regelsetzer zum Schutz der Tarifautonomie gezogen sind, müssen weiter zurückgedrängt werden, soweit der Staat in seiner Doppelrolle auch als Arbeitgeber agiert. Die eben erörterten Grenzen zielen auf den Staat als arbeitsrechtlichen Gesetzgeber, der alle Arbeitgeber auf bestimmte Mindestarbeitsbedingungen verpflichtet – und insofern in Konkurrenz zur Schutzfunktion der Tarifparteien tritt. Für den sich selbst verpflichtenden öffentlichen Arbeitgeber kann das von vornherein nicht gelten:

b) Alternative: Arbeitsvertrag

Jeder Arbeitgeber ist nach dem tarifrechtlichen Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 TVG ohne weiteres berechtigt, seinen Beschäftigten Entgelterhöhungen zu gewähren. Wäre dies ein Verstoß gegen die Tarifautonomie, so hätten die Gewerkschaften ein Regelungsmonopol für Arbeitsbedingungen – nicht nur im Verhältnis zum Gesetz, sondern auch im Verhältnis zum Arbeitsvertrag. Der Arbeitgeber wäre gehalten, seine Beschäftigten so schlecht zu behandeln, dass sich diese notgedrungen in der Gewerkschaft organisieren müssten.

Das exakte Gegenteil ist richtig: Jeder Arbeitgeber ist frei darin, von sich aus auf arbeitsvertraglicher Basis so gute Arbeitsbedingungen anzubieten, dass die Beschäftigten keinen Tarifvertrag für nötig halten, und gewerkschaftliche Aktivitäten leerlaufen. Gute Bezahlung kann sogar „Kampfmittel“ gegen Gewerkschaften sein. So hält es die SAP, die sämtliche Arbeitsverhältnisse auf arbeitsvertraglicher Basis regelt und seit vielen Jahren tariffrei ist. Tarifautonomie ist kein Selbstzweck. Sie soll die Schwäche des Arbeitsvertrages ausgleichen, diese Schwäche selbst ist nicht mitgarantiert. Die Kollektivmacht der Gewerkschaften soll die für den Einzelarbeitsvertrag gegebene oder unterstellte Ungleichgewichtslage kompensieren⁴². Wenn der Arbeitgeber von sich aus angemessene Arbeitsbedingungen gewährt, besteht diejenige Not nicht, der abgeholfen werden soll. Die Koalitionsfreiheit des Art 9 Abs. 3 GG und die inhaltsgleiche Gewährleistung in Art. 29 Abs. 2 der Hessischen Landesverfassung verschafft der Gewerkschaft kein Grundrecht auf Erfolg⁴³ – und garantiert auch nicht den Tarifvertrag im öffentlichen Dienst als Regelungsinstrument.

Davon abgesehen: Gerade große tarifgebundene Arbeitgeber zahlen vielfach übertariflich. Gleichwohl nimmt der Organisationsgrad dort nicht ab; auch die Streikbereitschaft nimmt keinen Schaden. Insofern also müsste ver.di erst einmal belegen, dass freiwillige Entgeltsteigerungen durch den öffentlichen Arbeitgeber ihre Tarifmacht „strukturell“ beschädigen – und der eigene Misserfolg nicht bloß Ausdruck organisationspolitischer Fehler ist.

Jedes Land und der Bund könnte mithin ohne weiteres die haushaltsrechtlichen Schranken einer nicht-tariflichen Arbeitsentgeltregelung durch entsprechende Haushaltsan-

32 Henssler (Fn. 31) S. 18.

33 Löwisch/Rieble, TVG, 2. Aufl. (2004), Grundl. Rn. 26; Löwisch, Die Arbeitsrechtsordnung unter dem Grundgesetz, in: 40 Jahre Grundgesetz (1990), 59, 63.

34 BVerfG (1. Senat 2. Kammer) vom 29.12.2004 – 1 BvR 2283/03, 1 BvR 2504/03 und 1 BvR 2582/03 – AP Nr. 2 zu § 3 AEntG = NZA 2005, 153 = BB 2005, 495.

35 BVerfG (1. Senat) vom 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – BVerfGE 116, 202 = AP Nr. 129 zu Art. 9 GG = NJW 2007, 51 = NZA 2007, 42.

36 Soeben III.1.

37 Oben I.

38 Begründung des Gesetzentwurfs zum GEVerbTöD, LT-Drucks. 16/7637, S. 6: „Die Gespräche sollen fortgesetzt werden, sobald mit Ablauf des 31. Dezember 2007 die Meistbegünstigungsklausel ausgelaufen ist.“

39 Oben II.1.a, S. 3.

40 Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: Juni 2007, Art. 70 Rn. 15: Mit der Gesetzgebungskompetenz ist dem Gesetzgeber grundsätzlich eine Gestaltungsfreiheit eingeräumt, er kann von der ihm zugeteilten Kompetenz einen freien Gebrauch machen; Dreier/Stettner, GG, 2. Aufl. (2006), Bd. 2, Art. 70 Rn. 17 verwendet „Kompetenz“ synonym zur „Befugnis“ und setzt diese in ein Zweck-Mittel-Verhältnis zur Aufgabe, deren Erfüllung die Befugnis (bzw. Kompetenz) dienen soll. Aus der Befugnis kann damit ohne weiteres auf die (Erfüllung einer) Aufgabe geschlossen werden.

41 BVerfG (1. Senat) vom 26.6.2002 – 1 BvR 670/91 – BVerfGE 105, 279 = NJW 2002, 2626 = JZ 2003, 310; BVerfG (1. Senat) vom 26.6.2002 – 1 BvR 558/91, 1 BvR 1428/91 – BVerfGE 105, 252 = NJW 2002, 2621; BVerfG (1. Senat 1. Kammer) vom 15.8.1989 – 1 BvR 881/89 – NJW 1989, 3269.

42 BVerfG (1. Senat) vom 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212 = AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 97 = ZTR 1991, 430 = NZA 1991, 809.

43 MünchArbR/Löwisch/Rieble, Band 3, 2. Aufl. (2000), § 246 Rn. 15 f.

sätze überwinden – und den Finanzminister entsprechend § 40 LHO und § 24 HGrG i.V.m. § 40 BHO zur Gewährung außertariflicher Leistungen ermächtigen⁴⁴ –, auch um einen dauerhaft tariflosen Zustand anzustreben.

Der von Weiss geführte Einwand, das Land sei kein Grundrechtsträger und könne sich deshalb nicht auf die Privatautonomie berufen⁴⁵, sticht nicht: Die Arbeitsvertragsfreiheit kommt als einfache Freiheit des Privatrechts auch dem öffentlichen Arbeitgeber zu. Ihm ist insoweit nur der Grundrechtsschutz zum BVerfG verwehrt. Das Land Hessen hat aber als Rechtssubjekt auch des Zivil- und Arbeitsrechts auf einfach-rechtlicher Ebene eben jene Vertragsfreiheit, die auch jeder private Arbeitgeber genießt. Auch für den öffentlichen Dienst gibt es keinen verfassungsrechtlichen Tarifzwang. Es ist vielmehr Aufgabe der Gewerkschaften des öffentlichen Dienstes, Tarifverträge durchzusetzen. Ihre Erfolglosigkeit vermittelt keinen Grundrechtsschutz.

Also: Um tarifsetzende staatliche Arbeitsbedingungen, die allein eine Belastung der Tarifautonomie bedeuten könnten, geht es nicht. Das Land Hessen versucht nicht, Mindestarbeitsbedingungen zu setzen, um dritte Arbeitgeber an „Lohndumping“ oder Ausbeutung zu hindern und um eine soziale Schiefelage anzugehen. Das Land Hessen will sich selbst als Arbeitgeber verpflichten, den eigenen Beschäftigten höhere Entgelte zu zahlen. Das aber ist mit Blick auf die Tarifautonomie ohne weiteres zulässig. Das GEVerbTöD ist ein arbeitsvertragsersetzendes und kein tarifsetzendes Gesetz. In die Tarifautonomie wird von vornherein weder eingegriffen noch erfährt diese eine belastende Ausgestaltung.

c) Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes

Dass der Staat kein Grundrechtsträger ist, heißt nicht, dass ihm für sein Unterfangen der Einkommensverbesserung kein Verfassungsschutz zur Seite stünde. Art. 33 Abs. 2 GG normiert das „Prinzip der Bestenauslese“: Dadurch wird die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes garantiert, eine dem Leistungsprinzip verpflichtete funktionstüchtige Verwaltung und Rechtsprechung verwirklicht⁴⁶. Letztlich realisiert wird damit die Funktionsfähigkeit des Staates. Und das ist ein Rechtsgut von höchstem Verfassungsrang⁴⁷. Die „Bestenauslese“ wiederum setzt voraus, dass der öffentliche Arbeitgeber seinen Beschäftigten eine hinreichend attraktive Vergütung bieten kann. Leistungsprinzip und Vergütung stehen in unmittelbarem Zusammenhang. Den Staat trifft die Verantwortung, „für die Funktionsfähigkeit des parlamentarischen Regierungssystems im freiheitlichen demokratischen und sozialen Rechtsstaat durch sorgfältige und transparente haushaltswirtschaftliche Planung, Entscheidung und Kontrolle der staatlichen Tätigkeit Sorge zu tragen“⁴⁸.

Daraus folgt unmittelbar, dass das Land selbst entscheiden darf, ob es durch „übertarifliche“ Bezahlung die Angemessenheit der Vergütung herstellen will. Das Haushaltsrecht privilegiert zwar den Tarifvertrag (§§ 51, 52 BHO, § 28 Abs. 2 HaushaltsgrundsätzeG, §§ 51, 52 Hess LHO); doch regelt das nur den Konflikt zwischen Sparsamkeitsgebot und Tarifautonomie⁴⁹. Den hier aufgetretenen Konflikt zwischen Tarifversagen und Funktionsfähigkeit muss der Staat selbst lösen. Das Haushaltsrecht gibt dafür die passenden Instrumente – durch entsprechenden Haushaltsansatz. Die Tarifautonomie steht dem von vornherein nicht entgegen – weil der Tarifvertrag keine Höchstarbeitsbedingungen festsetzen darf. Die Gewerkschaften haben auch kein Recht darauf, dass das Land als Arbeitgeber jede Verbesserung der Arbeitsbedingungen unterlässt, die nicht von den Gewerkschaften tariflich gebilligt worden ist.

d) Tarifbelastung durch die Förmlichkeit des Gesetzes?

Die „Belastung“ der Tarifautonomie der Gewerkschaften des öffentlichen Dienstes besteht also nicht darin, dass der Arbeitgeber von sich aus Entgelterhöhungen gewährt; denn hierzu ist der öffentliche Arbeitgeber ohne weiteres berechtigt – durch eine Kombination von Haushaltsgesetz und Arbeitsvertrag.

Die „Belastung“ liegt mithin allein darin, dass die Entgelterhöhung unmittelbar durch Gesetz und nicht aufgrund Gesetzes durch Arbeitsvertrag bewirkt wird. Das aber ist eine bloße Frage des Regelungsinstrumentes, die zunächst keine eigenständige Belastungswirkung bedeutet. Ob der Gesetzgeber die Regelungsform des Gesetzes wählen darf, ist eine Kompetenzfrage. Wie unter II. gesehen, kommt den Ländern und auch dem Bund eine entsprechende Regelungskompetenz gerade zu.

Die Stimmen, die das GEVerbTöD für verfassungswidrig halten, bleiben jedes Sachargument für eine materiale Lastwirkung des förmlichen Gesetzes schuldig. Greiner meint zwar: „Senkt aber das GEVerbTöD die Streikbereitschaft, so schwächt es die Verhandlungsposition der Gewerkschaft gegenüber dem Land. Die gesetzliche Vorwegnahme einer tariflichen Regelung zerstört damit die Chance auf ein echtes tarifautonomes Aushandeln des Wertverhältnisses von Leistung und Gegenleistung.“ Eben diese Lastwirkung lässt sich auch durch die Kombination von Haushaltsgesetz und Streikbereitschaft erzielen. Demgegenüber ist festzuhalten: Keine Gewerkschaft hat Anspruch darauf, dass der Arbeitgeber seine Mitarbeiter so schlecht bezahlt, dass diese organisationswillig und streikbereit sind. Innere Schranke der Tarifautonomie ist vielmehr die Freiheit der individuellen Selbstbestimmung der Arbeitsvertragspartner⁵⁰.

44 Eingehend *Feldmann*, Ausstieg aus Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes (2007).

45 Stellungnahme in der Anhörung des Hessischen Landtags, Ausschussvorlage INA/16/77 (Fn. 1), unter 1, S. 3: „Der GEVerbTöD verpflichtet allein das Land Hessen, das kein Grundrechtsträger sondern allein grundrechtsverpflichtet ist. Im Falle des GEVerbTöD ist dies besonders augenfällig, agiert das Land Hessen doch nicht in privatrechtlichen Formen, sondern als Gesetzgeber, der gem. Art. 1 III GG an die Grundrechte gebunden ist.“

46 Nur: BVerfG (2. Senat) vom 4.2.1981 – 2 BvR 570/76 u.a. – BVerfGE 56, 146, 163; BVerwG vom 28.10.2004 – 2 C 23.03 – BVerwGE 122, 147, 149; BVerwG vom 15.2.1990 – 1 WB 36/88 – BVerwGE 86, 244, 249; BVerwG vom 30.8.1989 – 1 WB 115/87 – BVerwGE 86, 169, 171; *Jarass/Pieroth*, GG, 8. Aufl. (2006), Art. 33 Rn. 7.

47 BVerfG (2. Senat) vom 27.4.1959 – 2 BvF 2/58 – BVerfGE 9, 268, 281 = NJW 1959, 1171; BVerfG (1. Senat) vom 26.5.1970 – 1 BvR 83/69, 1 BvR 244/69, 1 BvR 345/69 – BVerfGE 28, 243, 261 f. = NJW 1960, 1729; BVerfG (2. Senat) vom 12.10.1971 – 2 BvR 65/71 – BVerfGE 32, 40, 46 = NJW 1972, 93; BVerfG (2. Senat) vom 13.4.1978 – 2 BvF 1/77, 2 BvF 2/77, 2 BvF 4/77, 2 BvF 5/77 – BVerfGE 48, 127, 159 ff. = NJW 1978, 1245; BVerfG (2. Senat) vom 24.04.1985 – 2 BvF 2/83, 2 BvF 3/83, 2 BvF 4/83, 2 BvF 2/84 – BVerfGE 69, 1, 21 = NJW 1985, 1519. BVerfG (2. Senat) vom 20.10.1977 – 2 BvR 631/77 – BVerfGE 46, 214, 223 = NJW 1977, 2355 spricht von einer „Pflicht des Staates, die Sicherheit seiner Bürger und deren Vertrauen in die Funktionsfähigkeit der staatlichen Institutionen zu schützen.“ Ebenso *Denninger*, Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe, FS Rudolf Wassermann (1985), 279, 292. Bonner Kommentar/Höfling, GG, Stand: August 2007, Art. 33 Rn. 67; *Dreier/Masing*, GG, 2. Aufl. (2006), Bd. 2, Art. 33 Rn. 35; *Isensee*, Öffentlicher Dienst, in: *HdbVerfR* (1995), § 32 Rn. 35 weisen auf die objektiv-rechtliche, staatsorganisationsrechtliche Dimension des Art. 33 Abs. 2 GG hin: Die Personalauswahl nach dem Leistungsprinzip soll das fachliche Niveau und die rechtliche Integrität des öffentlichen Dienstes sichern.

48 BVerfG (2. Senat) vom 9.7.2007 – 2 BvF 1/04 – DVBl 2007, 1030 = DÖV 2007, 789.

49 Gegen einen rechtlichen „Zwang“ zum Tarifvertrag auch *Rieble/Kiebeck* (Fn. 3) S. 68.

50 Zur verfassungsrechtlichen Gewährleistung dieses Prinzips BAG vom 15.12.1960 – 5 AZR 374/58 – BAGE 10, 247 = AP Nr. 2 zu § 4 TVG Angleichungsrecht = BB 1961, 251; BAG vom 15.12.1960 – 5 AZR 417/58 – AP Nr. 3 zu § 4 TVG Angleichungsrecht; *MünchArbR/Löwisch/Rieble*, Band 3, 2. Aufl. (2000) § 272 Rn. 13, *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Auflage (2004) § 4 Rn. 268 ff.; *Wiedemann/Wank*, TVG, 7. Aufl. (2007) § 4 Rn. 381 ff.; *Hromádka*, Gesetzliche Tariföffnungsklauseln – Unzulässige Einschränkung der Koalitionsfreiheit oder Funktionsbedingung der Berufsfreiheit?, NJW 2003, 1273, 1277 bezeichnet die „Koalitionsfreiheit als Hilfsgrundrecht zur Berufsfreiheit“, d. h. die Koalitionsfreiheit gewährt gerade keine Garantie, dass die Berufsfreiheit – durch schlechte Bezahlung – materialiter eingeschränkt ist.

Vielmehr lässt sich umgekehrt festhalten: Das Gesetz als Regelungsinstrument belastet die Tarifautonomie sogar geringer als die zweifelsfrei zulässige Alternative Arbeitsvertrag: Arbeitsverträge sind mit Blick auf das Günstigkeitsprinzip „nach unten“ nicht tarifdispositiv. Der Gewerkschaft wären mithin strukturändernde Regelungen erschwert. Das vom Land Hessen gewählte Gesetz hingegen ist umfassend, also auch nach unten tarifdispositiv⁵¹ und erlaubt also die umfassende tarifliche Neugestaltung des Vergütungssystems.

Anders gewendet: Das Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 TVG garantiert jedem Arbeitgeber, auch dem staatlichen, tarifüberschreitende Vergütungen. Es zielt zwar auf den Arbeitsvertrag, kann vom staatlichen Arbeitgeber aber auch durch Gesetz genutzt werden. Während der private Arbeitgeber hierfür seine Vertragsfreiheit ins Feld führen kann, kann sich der öffentliche auf sein Interesse und seine Verfassungsverantwortung für die Leistungsfähigkeit des öffentlichen Dienstes stützen.

4. Fürsorglich: Rechtfertigung einer Belastungswirkung

Wollte man im GEVerbTöD – unzutreffend – einen Eingriff in die oder eine Belastung der Tarifautonomie sehen, wäre dies jedenfalls gerechtfertigt, weil durch das Gesetz die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes in Hessen sichergestellt bzw. jedenfalls befördert wird: *„Eine gesetzliche Regelung in dem Bereich, der auch Tarifverträgen offensteht, kommt jedenfalls dann in Betracht, wenn der Gesetzgeber sich dabei auf Grundrechte Dritter oder andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechte stützen kann (...) und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt.“*⁵²

Insbesondere ist nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber als für das GEVerbTöD relevanten Vergleichsmaßstab die Einkommensentwicklung der Beamten wählt.

a) Gewerkschaftliche Tarifblockade durch Meistbegünstigungsklausel

Die tarifliche Vorgesichte (oben I.) zeigt: Die Tarifblockade geht von der Gewerkschaft aus, die sich selbst durch die Meistbegünstigungsklausel aus dem Spiel gekegelt hat. Ergebnisoffene Tarifverhandlungen waren deshalb nicht möglich. Ver.di mutet den Beschäftigten des öffentlichen Dienstes in Hessen einen tariflosen Zustand und inflationsbedingte Reallohnverluste zu – um den eigenen Tarifvertrag auf Bundesebene und gegenüber den Kommunen zu stabilisieren. Jeder vom TVöD „nachteilig“ abweichende Landestarif hätte zur Tarifabsenkung im TVöD geführt. Das sagt ver.di selbst in der Stellungnahme des Landesbezirks Hessen zum GEVerbTöD: „Hätten die beteiligten Gewerkschaften einer Tarifentwicklung zugestimmt, wie sie sich nunmehr für den Bereich der Beamtinnen und Beamten ergibt, wäre dies ein Fall des § 1 Satz 1 TV-Meistbegünstigung gewesen mit der Folge, dass sich die Arbeitgeber Bund und VKA auf diese Regelungen hätten berufen und auch für sich beanspruchen können (§ 1 Satz 2 TV-Meistbegünstigung).“⁵³

Der Anwurf der Verfassungswidrigkeit des GEVerbTöD bedeutet also: Das Land Hessen habe sich dem Tarifdiktat des TVöD i.V.m. der Meistbegünstigungsklausel von Verfassung wegen zu unterwerfen. Art. 9 Abs. 3 GG entfaltet so ein Gehorsamsgebot gegenüber dritten Tarifparteien. Nicht das GEVerbTöD ist das anstößige Tarifdiktat⁵⁴, sondern die Meistbegünstigungsklausel.

Der Tarifvertrag Meistbegünstigung verstößt seinerseits gegen das Prinzip der tariflichen Eigenverantwortung, löst eine unzulässige Lastwirkung gegenüber Dritten aus und ist damit nichtig⁵⁵. Selbst Greiner ist hier nachdenklich (wenngleich nicht entschieden): „Die Vereinbarkeit des TV-Meist-

begünstigung mit Art. 9 Abs. 3 GG ist ihrerseits überaus fraglich. (...) Man kann dies durchaus als unzulässigen Tarifabschluss zulasten Dritter bezeichnen. In der Wirkung zielt der TV-Meistbegünstigung auf eine Schwächung fremder Verhandlungsmacht aus tarifaktischen Gründen ab und ist genauso bedenklich wie eine tarifvertragliche Differenzierungsklausel.“⁵⁶ Greiner freilich folgert hieraus nichts – außer der substanzarmen Behauptung, dass dies „kein Argument für die Legitimität des gesetzgeberischen Vorgehens“ sei – und sagt auch nicht, wie das Land Hessen im Interesse seiner Beschäftigten und der Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes reagieren soll. Er verweist lediglich darauf, dass die Meistbegünstigungsklausel zeitlich begrenzt sei: „Es liegt auf der Hand, dass die Tarifverhandlungen nach Kündigung des TV-Meistbegünstigung zum 31.12.2007 erfolversprechend fortgesetzt werden können“⁵⁷. Damit billigt er jedenfalls das Zeitdiktat der Gewerkschaft. Und er billigt ihr den Strategievorteil zu, dass durch die Tarifsperre seit 2004 ein erheblicher Entgelterhöhungsnachholbedarf aufgestaut ist, der die Mobilisierungsfähigkeit von ver.di taktisch einseitig erhöht.

Das einzige tarifvertragsfunktionale Instrument, mit dem das Land einen Tarifabschluss anstreben kann, ist die – im öffentlichen Dienst und auch sonst illusorische – Angriffsaussperrung⁵⁸; außerdem würde es damit die eigenen Beschäftigten für das Tarifversagen von ver.di bezahlen lassen. Eben deshalb bleibt dem Land nur – will es seine Beschäftigten nicht im gewerkschaftsgewollten Regen stehen lassen – eine laufende Entgeltrunde außerhalb des Tarifsystems, durch Gesetz oder Arbeitsvertrag auf der Grundlage eines Haushaltsgesetzes.

So kehren sich letztlich die Vorwürfe um: Das von ver.di beklagte „Diktat für den Tarifbereich“ basiert darauf, dass sich die Gewerkschaft selbst zu einer vereinheitlichten Tarifpolitik verpflichtet hat und sich dadurch ihrer Tarifverantwortung entzieht: Durch die angestrebte „tarifliche Gleichschaltung“ prägen Drittinteressen ihre Verhandlungsposition, der dem Art. 9 Abs. 3 GG zugrunde liegende Gedanke des „Gegenmachtprinzips“ wird durch die Gewerkschaft selbst ausgehebelt. Durch die Meistbegünstigungsklausel entzieht sich ver.di (partiell) als (ergebnisoffener) Verhandlungspartner, das Prinzip eines „Tarifkompromisses“ – der „freies“ Aushandeln voraussetzt – wird untergraben. Der Eingriff in den von Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifvertragsmechanismus – wonach die Interessen gerade und nur der von den Tarifverhandlungen betroffenen Mitglieder zum Ausgleich gebracht werden – erfolgte damit durch den Tarifvertrag Meistbegünstigung.⁵⁹ Ver.di hat den beanspruchten Primat der Tarifregelung⁶⁰ selbst aufgegeben. Das sieht auch Greiner: „Der TV-Meistbegünstigung führt somit zu einer bedenklichen Marginalisierung des Verhandlungsspielraums der Gewerkschaft.“⁶¹ Doch zieht er daraus keinen Schluss.

51 Oben III.1.

52 BVerfG (1. Senat) vom 24.4.1996 – 1 BvR 712/86 – BVerfGE 94, 268, 284 = AP Nr. 2 zu § 57a HRG = ZTR 1996, 455 = NZA 1996, 1157.

53 Stellungnahme des ver.di Landesbezirks Hessen zum GEVerbTöD-E (Fn. 6), S. 43.

54 So aber das ver.di-Informationsblatt: „Tarifsituation beim Land Hessen“ vom 24.8.2007, das das GEVerbTöD als „Vorhaben, (...) Diktate für den Tarifbereich zu setzen“, verurteilt. Siehe: http://hessen.verdi.de/fachbereiche/bund-laender/aktuelles/tarifsituation_land_hessen/data/20070824_flyer_gesetzstatttarifvertrag_final.pdf (zuletzt abgerufen am 6.2.2008).

55 Eingehend Rieble/Klebeck (Fn. 3) S. 68.

56 Greiner (Fn. 1) S. 21.

57 Greiner (Fn. 1) S. 21.

58 Zu ihr Lessner Zulässigkeit der Angriffsaussperrung, FA 2003, 233, 233 ff.

59 Rieble/Klebeck (Fn. 3) S. 68.

60 Löwisch/Rieble, TVG, 2. Auflage (2004) § 5 Rn. 3.

61 Greiner (Fn. 1) S. 20.

Das GEVerbTöD ist so gesehen zuerst ein „Akt der Notwehr“ des Landes gegen die rechtswidrige Meistbegünstigungsklausel. Freilich kommt es auf deren Rechtswidrigkeit nicht an. Dass eine bloße (verantwortungslose) Tarifverweigerung durch Gewerkschaften eine Tarifbelastung rechtfertigen kann, hat das BVerfG eindrucksvoll gesagt: „Ebenso wenig kann seine [des Gesetzgebers] Einschätzung in Zweifel gezogen werden, dass die Tarifvertragsparteien in absehbarer Zeit keine Einigung in dem von ihm angestrebten Sinne erreichen würden. Die beschwerdeführenden Gewerkschaften hatten sich im Wesentlichen auf den Standpunkt gestellt, dass kein Regelungsbedarf bestehe, weil die Rechtslage den Interessen beider Tarifvertragsparteien hinreichend Rechnung trage. Selbst nach der unmissverständlichen Ankündigung gesetzgeberischer Schritte durch die Bundesregierung hatten sie keine Verhandlungsbereitschaft gezeigt. Unter diesen Umständen brauchte sich der Gesetzgeber nicht darauf zu verlassen, dass eine Regelung, die zu dem genannten Zweck objektiv erforderlich war, auf andere Weise als durch Gesetz geschaffen worden wäre.“⁶² Da das BVerfG diese Aussage für den Arbeitsrechtsgesetzgeber formuliert hat, gilt sie erst recht und umso mehr für den sich selbst verpflichtenden öffentlichen Arbeitgeber.

Zu kurz springt jedenfalls Greiner, der Meistbegünstigung und gesetzliche Arbeitsbedingungen nur in ein zeitliches Verhältnis setzen will: „Mit einem tariflichen Verfassungsverstoß lässt sich ein weiterer, nun gesetzlicher Verfassungsverstoß aber zweifellos nicht rechtfertigen.“⁶³ Damit wird die Kausalität ausgeblendet. Die Meistbegünstigung provoziert die gesetzliche Arbeitsbedingung und liefert ihr den Sachgrund: Gerade weil der Tarifvertrag Meistbegünstigung die Verhandlungen blockiert, darf das Land die von der Gewerkschaft angelegten Fesseln sprengen.

Selbst wenn also die Tarifautonomie (wie nicht) durch das GEVerbTöD nachteilig berührt wäre, wäre dies durch die Verweigerungshaltung der Gewerkschaften des öffentlichen Dienstes gerechtfertigt. Das Gesetz ist die angemessene Antwort auf ein Gewerkschafts- und Tarifversagen, auf das der Staat schon als Arbeitsrechtsgesetzgeber wie auf jedes Marktversagen reagieren darf. Insofern ist die Haltung der Gewerkschaften doch seltsam widersprüchlich: Ist die Gewerkschaft schwach, werden staatliche (und statliche) Mindestlöhne gefordert, die die Gewerkschaften weiter schwächen und unattraktiv machen. Fühlt sich die Gewerkschaft stark, dann soll derselbe Staatszugriff verfassungswidrig sein⁶⁴. Indes: Der Gehalt der Tarifautonomie bemisst sich nicht nach dem Zuruf der Gewerkschaften; der Staat entscheidet eigenverantwortlich, ob die Arbeitnehmer eines zusätzlichen Schutzes bedürfen.

b) Konkrete Funktionsbeeinträchtigung des öffentlichen Dienstes

Dass aus dem Verfassungsgut der Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes das grundsätzliche Recht des öffentlichen Arbeitgebers folgt, „übertarifliche“ Vergütungen zu zahlen, ist bereits dargetan⁶⁵.

Selbst wenn man dem Staat als Arbeitgeber zum Schutz der Tarifautonomie dieses Recht beschränken wollte, bliebe doch stets das Recht, konkrete Funktionsbeeinträchtigungen abzuwehren.

Eben so liegt es hier: Infolge der Tarifblockade durch ver.di haben die Arbeitnehmer im hessischen Landesdienst (in anderen Ländern greift der TV-L) seit 2004 keine Entgeltsteigerung mehr erfahren. Damit haben sie infolge der Geldentwertung über drei Jahre von je rund 2%⁶⁶ etwa 5,9% an Kaufkraft verloren. Das demotiviert und sorgt mit Blick auf

die Besoldungserhöhungen der Beamten in diesem Zeitraum für eine Zweiteilung der Staatsbediensteten. Die Personalgewinnung für eine Tätigkeit als Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst wird erheblich erschwert. Ver.di kommt es nicht zu, unter Berufung auf die Tarifautonomie solche Störungen im Entgeltgefüge auszulösen. Im Gegenteil durfte das Land auf diesen Kaufkraftverlust mit einer gesetzlichen Bezügeerhöhung reagieren; zudem diese deutlich hinter dem Kaufkraftschwund zurückbleibt.

c) Systemversagen der Tarifautonomie im öffentlichen Dienst

Bislang überhaupt nicht berücksichtigt ist der Umstand, dass die Tarifautonomie im öffentlichen Dienst allenfalls „halbwegs funktioniert“. Die für eine funktionsfähige Tarifautonomie unabdingbaren Voraussetzungen der jeweiligen Gegnerunabhängigkeit⁶⁷, des (zumindest annähernden) Verhandlungs- und Kampfgleichgewichts sowie der real vorhandenen Grenzkrisen zur Verhinderung volkswirtschaftlich unvertretbarer Tarifergebnisse bestehen in vielen Bereichen des öffentlichen Dienstes nicht⁶⁸: „Die Koexistenz zwischen dem staatlichen Dienstgeber und den Gewerkschaften lässt sich nicht auf jene Parität und Machtbalance gründen, die zwischen den Tarifpartnern der Privatwirtschaft bestehen. Die Öffentliche Hand ist ihrem Tarifpartner schon deshalb unterlegen, weil die Gegnerfreiheit nicht gewährleistet ist. Die Ämterorganisation in der Demokratie enthält keine Vorkehrungen dagegen, dass der Vertreter des öffentlichen Arbeitgebers selbst der Gewerkschaft angehört, mit der er Tarifverhandlungen führt, und sich als Diener zweier Herren zu unangemessenen Zugeständnissen auf Kosten der Allgemeinheit bereifindet.“⁶⁹ Der Arbeitgeber ist politisch besetzt⁷⁰, vielfach mit Gewerkschaftern in politischen Ämtern. Er trägt die Tariflast nicht selbst, sondern wälzt sie auf den Steuerzahler ab⁷¹.

Diesem Strukturdefizit darf der Gesetzgeber wenigstens partiell durch gesetzliche Regelung der Arbeitsbedingungen abhelfen.

5. Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers

Das BVerfG räumt dem Gesetzgeber einen weiten Einschätzungs- und Ermessensspielraum ein: „Dabei ist vor allem zu berücksichtigen, dass dem Gesetzgeber auf dem Gebiet der Arbeitsmarkt-, Sozial- und Wirtschaftsordnung ein besonders weitgehender Einschätzungs- und Prognosevorrang

62 BVerfG (1. Senat) vom 24.4.1996 – 1 BvR 712/86 – BVerfGE 94, 268, 287 = AP Nr. 2 zu § 57a HRC = ZTR 1996, 455 = NZA 1996, 1157.

63 Greiner (Fn. 1) S. 21.

64 http://www.dgb.de/themen/tarifpolitik/mindestlohn/index_html bzw. <http://www.mindestlohn.de> einerseits sowie http://hessen.verdi.de/fachbereiche/bund-laender/aktuelles/tarifsituation_land_hessen/data/20070831_flyer_gesetz_statt_tarifvertrag_300807.pdf („Deshalb stellt das Gesetz nicht nur den Versuch dar, die Tarifautonomie in unerträglicher Weise auszuhebeln...“) andererseits (jeweils zuletzt abgerufen am 6.2.2008).

65 Oben III.3.c.

66 Die Inflationsrate jeweils gegenüber dem Vorjahr betrug im Jahr 2006 1,7%, im Jahr 2007 2,2%, http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Presse/pm/thematisch/611_GT;templated=render-Print.psm1 (zuletzt abgerufen am 6.2.2008).

67 Richardi, Gegnerunabhängigkeit, Verhandlungsgleichgewicht und Verhandlungsfreiheit als Funktionsvoraussetzungen des Tarifvertragssystems im öffentlichen Dienst, DB 1985, 1021, 1021 ff.

68 Rütters, Zum Arbeitskampf im öffentlichen Dienst, NJW 2006, 970.

69 Isensee, in: Leisner (Hrsg.), Das Berufsbeamtentum im demokratischen Staat, 1975, 23, 34; Rütters, Interessenverfälschung zu Lasten der Bürger, Die Zerstörung der Tarifautonomie im öffentlichen Dienst, in: FAZ vom 14.12.1974, S. 13.

70 Lecheler, Der öffentliche Dienst, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdBStR, Bd. V, 3. Aufl. (2007), § 110 Rn. 75.

71 Rütters, (Fn. 68) S. 970 „Beide Tarifparteien gehen davon aus, dass, wenn die Kassen als Folge verfehlter Personal- und Tarifpolitik leer sind, der Steuerzahler oder Verbraucher die Zeche zahlt.“

zukommt (...) Es ist vornehmlich seine Sache, auf der Grundlage seiner arbeitsmarkt-, sozial- und wirtschaftspolitischen Vorstellungen und Ziele und unter Beachtung der Sachgesetzlichkeiten des betreffenden Sachgebiets zu entscheiden, welche Maßnahmen er im Interesse des Gemeinwohls ergreifen will.“⁷²

Die Überlegung, dass das Einkommen der Angestellten und Arbeiter gegenüber den Entwicklungen bei den Beamten nicht zurückbleiben, vielmehr eine Teilhabe auch der Tarifbeschäftigten an der positiven wirtschaftlichen Entwicklung erfolgen solle, ist als gesetzgeberisches Ziel nicht zu beanstanden. Die Abwägung zwischen Funktionsfähigkeit und Attraktivität des öffentlichen Dienstes mit den finanziellen Mehraufwendungen fällt damit in den Einschätzungsspielraum des Landesgesetzgebers, gedeckt insbesondere durch sein Budgetrecht.

Da das Einkommen der Tarifbeschäftigten ausweislich der Gesetzesbegründung „ohne baldige Maßnahmen im finanziellen Bereich (...) gegenüber den Entwicklungen bei den Beamten zurück[bleibt]“, könnte sogar nach einer Pflicht des Hessischen Landesgesetzgebers zum legislativen Tätigwerden gefragt werden: Die Dienst- und Versorgungsbezüge der Landesbeamten(sowie Richter(inne)n und der Versorgungsempfänger(innen) wurden – nachdem sie im Jahr 2004 letztmalig angepasst worden waren – im Mai 2007 verbessert. Da die letztmalige Anpassung der Löhne und Gehälter der Tarifbeschäftigten ebenfalls im Jahr 2004 erfolgte, könnte Art. 3 Abs. 1 GG fordern, dass die Einkommen der Tarifbeschäftigten diese Erhöhung in irgendeiner Form „nachbilden“⁷³.

Somit ist aufgrund des weiten Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers dieser (legislative) Weg einer Gleichbehandlung nicht nur gangbar, aufgrund von Art. 3 Abs. 1 GG ist er sogar verfassungsrechtlich (wenn nicht geboten, dann jedenfalls) naheliegend⁷⁴.

Dieser Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers kann insbesondere nicht entgegengehalten werden, dass auch eine andere (Wert-) Entscheidung möglich wäre⁷⁵. Überprüft werden kann allenfalls, ob die Einschätzung des Gesetzgebers „ermessensfehlerfrei“ erfolgte⁷⁶. Keinesfalls aber kann eine eigene „Ermessensentscheidung“ die Einschätzung des Gesetzgebers ersetzen.

Diesem Fehler unterfallen Weiss/Schmidt, Greiner und Ver.di, wenn sie ihre eigene Vorstellung von „Gleichheit“ bzw. „Ungleichheit“ an diejenige des Gesetzgebers setzen⁷⁷. Insbesondere ist die – zutreffende – Aussage, dass Art. 3 Abs. 1 GG keine Gleichstellung von Beamten und Tarifbeschäftigten gebietet⁷⁸, nicht geeignet, eine auf den Gleichheitssatz gestützte Rechtfertigung zu entkräften: „Nicht gebieten“ ist nicht identisch mit „verbieten“, im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG gilt gerade nicht das Prinzip des „tertium non datur“ – zwischen „gebieten“ und „verbieten“ liegt ein weiter Ermessensspielraum bzw. eine umfassende Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers.

IV. Ergebnisse

1. Mit dem GEVerbTöD verwendet das Land Hessen ein rechtmäßiges Instrument der Tarifaufeinandersetzung. Der sich selbst verpflichtende staatliche Arbeitgeber kann die Arbeitsbedingungen seiner Beschäftigten ohne weiteres durch Gesetz regeln – auch soweit diese Bedingungen „normalerweise“ durch Tarifvertrag geregelt werden.
2. Die Selbstregelung der Beschäftigungsbedingungen der eigenen Beschäftigten ist Hausgut der Staatlichkeit. Bund und Ländern kommt hierfür die ausschließliche Gesetz-

gebungskompetenz zu. Ihnen diese Befugnis zu verweigern, hieße, die verfassungsrechtliche Kompetenzzuweisung abzulehnen. Kommunen und andere Gebietskörperschaften haben diese Befugnis hingegen nicht.

3. Durch das – punktuell wirkende – GEVerbTöD ist die Tarifautonomie nicht einmal betroffen: Das Gesetz greift nicht auf geltende oder künftige Tarifverträge zu, ist umfänglich tarifdispositiv. Die Gewerkschaft würde durch eine zweifelsfrei mögliche arbeitsvertragliche Entgelterhöhung deutlich stärker beeinträchtigt als durch eine gesetzliche Entgelterhöhung.
4. Das Gesetz erhält die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes und damit letztlich des Staates. Hinter diesen Dienst an einem höchstrangigen Verfassungsprinzip tritt die allenfalls mittelbare Belastung der Tarifautonomie zurück.
5. Die Kritik am hessischen Gesetz übersieht, dass das Land sich als Arbeitgeber selbst verpflichtet. Hierzu ist es einfachrechtlich ohne weiteres befugt – durch Haushaltsgesetz mit entsprechendem arbeitsvertraglichen Vollzug, der bei bloßen Entgelterhöhungen jedem Tarifvertrag schon nach dem Günstigkeitsprinzip vorgeht. Dadurch, dass das Land die Entgelterhöhung unmittelbar durch Gesetz gewährt, tritt gegenüber der zweifelsfreien Alternative keine eigenständige Wirkung zu Lasten der Tarifautonomie ein.
6. Im konkreten Fall ist das GEVerbTöD als „Akt der Notwehr“ jedenfalls gerechtfertigt. Das Land Hessen kontert damit die Meistbegünstigungsklausel und wehrt den Versuch des gewerkschaftlichen Tarifiediktats ab. Die gewerkschaftliche Tarifblockade findet im GEVerbTöD ihre rechtmäßige Antwort.

72 BVerfG (1. Senat 2. Kammer) vom 29.12.2004 – 1 BvR 2283/03, 1 BvR 2504/03, 1 BvR 2582/03 – AP Nr. 2 zu § 3 AEntG = NZA 2005, 153 = DB 2005, 110.

73 Nach der bekannten Formel des BVerfG besagt Art. 3 Abs. 1 GG, dass „Gleiches gleich und Ungleiches seiner Eigenart entsprechend verschieden“ zu behandeln sei, vgl. BVerfG (2. Senat) vom 23.10.1951 – 2 BvG 1/51 – BVerfGE 1, 14, 52; BVerfG (2. Senat) vom 5.4.1952 – 2 BvH 1/52 – BVerfGE 1, 208, 247; BVerfG (2. Senat) vom 16.3.1955 – 2 BvK 1/54 – BVerfGE 4, 144, 155; seither st. Rspr.; auch *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Stand: Juni 2007, Art. 3 Rn. 321.

74 Mit Blick auf Art. 3 GG hält etwa *Bieback*, Rechtliche Probleme von Mindestlöhnen, insbesondere nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz, RdA 2000, 207, 211, ein Gesetz zur Festlegung eines Mindestlohns für gerechtfertigt, wenn es Ungleichbehandlungen verhindern soll.

75 BVerfG (2. Senat) vom 30.9.1987 – 2 BvR 933/82 – BVerfGE 76, 256 = AP Nr. 7 zu Art. 33 Abs. 5 GG (unter III.): „Aufgrund der verhältnismäßig weiten Gestaltungsfreiheit, die Art. 3 Abs. 1 GG dem Gesetzgeber bei Regelungen des Besoldungs- und Versorgungsrechts belässt, kann das BVerfG nicht überprüfen, ob der Gesetzgeber die gerechteste, zweckmäßigste und vernünftigste Regelung getroffen hat. Der Gesetzgeber ist insbesondere frei, darüber zu befinden, was in concreto als im Wesentlichen gleich und was als so verschieden anzusehen ist, dass die Verschiedenheit eine Ungleichbehandlung rechtfertigt. Er ist befugt, aus der Vielzahl der Lebenssachverhalte die Tatbestandsmerkmale auszuwählen, die für die Gleich- oder Ungleichbehandlung maßgebend sein sollen.“; in diese Richtung auch BVerfG (1. Senat) vom 13.6.1979 – 1 BvL 97/78 – BVerfGE 51, 295, 300; BVerfG (2. Senat) vom 7.7.1982 – 2 BvL 14/78, 2/79 und 7/82 – BVerfGE 61, 43, 62 f. = AP Nr. 4 zu Art. 33 Abs. 5 GG; BVerfG (2. Senat) vom 6.10.1983 – 2 BvL 22/80 – BVerfGE 65, 141, 148; BVerfG (2. Senat) vom 15.10.1985 – 2 BvL 4/83 – BVerfGE 71, 39, 52 f.

76 BVerfG (2. Senat) vom 30.9.1987 – 2 BvR 933/82 – BVerfGE 76, 256 = AP Nr. 7 zu Art. 33 Abs. 5 GG (unter III.): Er [der allgemeine Gleichheitssatz] verbietet – auch im Bereich des Besoldungs- und Versorgungsrechts – wesentlich Gleiches willkürlich ungleich und wesentlich Ungleiches willkürlich gleich zu behandeln. Dieses Verbot ist verletzt, wenn die (un)gleiche Behandlung der geregelten Sachverhalte mit Gesetzmäßigkeiten, die in der Natur der Sache selbst liegen, und mit einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise nicht mehr vereinbar ist, also bezogen auf den jeweils in Rede stehenden Sachbereich und seine Eigenart ein vernünftiger, einleuchtender Grund für die gesetzliche Regelung fehlt.“

77 *Weiss/Schmidt* (Fn. 1) S. 21; *Greiner* (Fn. 1) S. 21; Stellungnahme des ver.di Landesbezirks Hessen zum GEVerbTöD-E (Fn. 6) S. 42.

78 *Greiner* (Fn. 1) S. 21; ebenso *Weiss/Schmidt* (Fn. 1) S. 21 mit Verweis auf BVerfG (2. Senat) vom 8.4.1987 – 2 BvR 909/82, 2 BvR 934/82, 2 BvR 935/82 u. a. – BVerfGE 75, 108 = NJW 1987, 3115 und BVerfG (2. Senat) vom 8.1.1992 – 2 BvL 9/88 – BVerfGE 85, 176 = NJW 1992, 1091.