

Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfpluralität

von
Dr. Stefan Greiner

2., unveränderte Auflage

Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfpluralität – Greiner
schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Allgemeines



Verlag C.H. Beck München 2011

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 63348 5

seine Ausgestaltungsspielräume nutzen, indem er der Tarifnormsetzung durch zwingendes Recht Grenzen setzt. Ein legitimes einfachrechtliches Ausgestaltungsziel ist sie allemal.⁵⁸⁰ Einschränkungen vorbehaltlos geschützter natürlicher Freiheiten vermag sie dagegen nicht zu legitimieren. Die zweifellos hohe Bedeutung dieses Regelungsziels verdeutlicht die Notwendigkeit entsprechender Ausgestaltungsspielräume.

Auf diesem Fundament klar abzulehnen ist die unter dem amorphen Begriff der „Gemeinwohlbindung“⁵⁸¹ diskutierte Verpflichtung der Arbeitskämpfparteien zur Rücksichtnahme auf die gesamtwirtschaftliche Prosperität.⁵⁸² Die Arbeitskämpffreiheit ist dem negatorischen Schutzbereich „natürlicher“ Freiheiten zugeordnet. Will der Gesetzgeber im Bereich des Tarif- und Arbeitskämpfrechts Entwicklungen vorbeugen, die nach seiner jeweiligen ordnungspolitischen Einschätzung eine Bedrohung der wirtschaftlichen Prosperität darstellen, kann er dieses Schutzziel durch entsprechende Ausgestaltungen des Tarifrechts verfolgen. Diese schlagen, vermittelt durch die dem Tarifabschluss dienende Zwecksetzung des Arbeitskamps und das arbeitskampfrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip, auf den Arbeitskampf durch.

ee) Sozialstaatsprinzip

Wie schon ausführlich dargestellt, sieht das BVerfG ein wesentliches Kollisionsgut im grundgesetzlichen Sozialstaatsprinzip (Art. 20 I GG).⁵⁸³ Aus dieser Perspektive vermag das Sozialstaatsprinzip anscheinend jede zwingende gesetzliche Ausgestaltung auf dem Gebiet der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu legitimieren, die sich auf ein halbwegs vertretbares sozialpolitisches Anliegen stützen kann. Mehr als eine grob umrissene Zielvorstellung der sozialen Sicherheit und des sozialen Ausgleichs lässt sich aus dem Sozialstaatsprinzip kaum ableiten;⁵⁸⁴ zur Realisierung dieses Staatsziels kann auch ein funktionierendes Tarifvertragssystem beitragen. Was allerdings „sozial“ ist, ist eine höchst ambivalente, der juristischen Erkenntnis kaum zugängliche Frage. Dass das BVerfG hier einen extrem weit gezogenen politischen Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers anerkennt, ist daher nur folgerichtig.⁵⁸⁵ Unter den amorphen Begriff des Sozialstaatsprinzips lässt sich aus Perspektive des BVerfG vieles subsumieren, sogar die

⁵⁸⁰ Dazu auch oben B I 3 a.

⁵⁸¹ Instruktiver Überblick bei *Thüsing* FS 50 Jahre BAG, S. 889 ff.

⁵⁸² Kritisch dazu *Dieterich*, in: Otto-Brenner-Stiftung (Hrsg.), Arbeitsmarktpolitik im Spannungsfeld von Gesetzgebung und Tarifautonomie, S. 27 f., 134 f.; skeptisch ggü. der Gemeinwohlbindung auch schon *Biedenkopf* S. 65 ff.; vgl. auch *Kissel* § 27 Rn. 1 ff. (hinsichtlich Tarifinhalten „nicht justitabel“) m. w. N.; a. A. namentlich *Zöllner/Loritz/Hergenröder* § 39 V (S. 404); vgl. weiterhin Nachw. oben Fn. 522.

⁵⁸³ Beispielhaft BVerfG 27.4.1999 BVerfGE 100, 271, 284 f.; dazu oben B I 1 a aa (3) (c); tendenziell zust. *Cornils* S. 420.

⁵⁸⁴ Vgl. MünchArbR/*Richardi* § 6 Rn. 7 ff.

⁵⁸⁵ Auch greifbare Bindungen des Gesetzgebers durch das Sozialstaatsprinzip bei der Grundrechtsausgestaltung sind daher höchst zweifelhaft, vgl. dazu *Bamberger* Der Staat 39 (2000), 355, 363; *Stein* ArbuR 1998, 1, 3 f.; *Otto* FS Zeuner, S. 137 f.; tendenziell a. A. *Cornils* S. 420.

Bekämpfung der Massenarbeitslosigkeit durch Eingriff in Arbeitnehmerrechte.⁵⁸⁶ Faktisch wird die Tarifautonomie damit einem verschleierte[n] sozialpolitischen Gesetzesvorbehalt unterworfen. Auch dieser Schrankenextension über das Vehikel eines wenig greifbaren Verfassungsprinzips bedarf es mit der hier vertretenen Schutzbereichsdifferenzierung nicht mehr. Alle Regelungsziele, die das BVerfG als Ausformungen des Sozialstaatsprinzips betrachtet und somit zu Verfassungsgütern überhöht hat, sind nach hier vertretenem Verständnis legitime einfachrechtliche, politisch zu verantwortende Ausgestaltungen des Tarifrechts. Im Übrigen scheint das Sozialstaatsprinzip schon angesichts seiner Offenheit kaum geeignet, Grundrechte unmittelbar einzuschränken.⁵⁸⁷

ff) Sonstige Verfassungsgüter

Als ein relevantes kollidierendes Verfassungsgut ist hingegen der Gesundheits- und Lebensschutz (Art. 2 II GG) zu nennen. Hier drohen Gefahren vor allem bei Arbeitskämpfen im Gesundheits- oder sicherheitsrelevanten Sektor,⁵⁸⁸ aus der Grundrechtskonkordanz lässt sich dann die Verpflichtung zu Notstandsarbeiten ableiten.⁵⁸⁹ Arbeitskämpfmaßnahmen, die auf die Existenzvernichtung eines Arbeitgebers abzielen, sind nicht nur als Wesensgehaltsbeeinträchtigung der Unternehmensautonomie, sondern ebenso auch der Eigentumsfreiheit (Art. 14 I GG) unzulässig.⁵⁹⁰ Gleichfalls in Betracht kommen – je nach Lage des Einzelfalls – Presse- und Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 I, III GG) sowie die Kirchenautonomie (Art. 140 GG i. V.m. 137 III WRV) als konfligierende, die Koalitionsfreiheit begrenzende Verfassungsgüter.⁵⁹¹

c) Ergebnis

Verfassungsimmanente Schranken der Koalitionsfreiheit binden sowohl die Koalitionen bei der Ausübung ihrer negatorisch geschützten natürlichen Freiheiten als auch den Gesetzgeber bei der einfachrechtlichen Ausgestaltung des Tarifrechts. Wie in anderen Gleichordnungsverhältnissen ergibt sich primär eine *mittelbare* Grundrechtsbindung der Koalitionen, die dort, wo neben die Ausübung kollektivierter natürlicher Freiheit die staatliche Delegation von Normsetzungsmacht tritt, durch eine komplementäre *unmittelbare* Grundrechtsbindung ergänzt wird.

Angesichts des hier vertretenen Schutzbereichskonzepts und der Anerkennung eines einfachrechtlich gestaltbaren Ausgestaltungsbereichs bedarf es der bislang

⁵⁸⁶ Vgl. BVerfG 27. 4. 1999 BVerfGE 100, 271; BVerfG 3. 4. 2001 BVerfGE 103, 293; dazu oben B I 1 aa (3) (c).

⁵⁸⁷ Im Einzelnen Sachs/*Sachs* Art. 20 Rn. 47 f. m. w. N.

⁵⁸⁸ Vgl. *Scherer* Grenzen des Streikrechts in den Arbeitsbereichen der Daseinsvorsorge, passim; *Schneider/Sittard* DÖD 2006, 244 m. w. N.

⁵⁸⁹ Allg. *Kissel* § 43 Rn. 120 ff. m. w. N.

⁵⁹⁰ *Dreier/Bauer* Art. 9 Rn. 99; *MD/Scholz* Art. 9 Rn. 372; *ders.* FS Rittner, S. 642; vgl. ferner *Seiter* S. 532 ff.

⁵⁹¹ *Stern/Dietlein* Staatsrecht IV/1, S. 2084 f.

zu beobachtenden bedenklichen Extension der verfassungsimmanenten Schranken nicht. Das Funktionsfähigkeitsargument, Prosperitätserwägungen oder das Sozialstaatsprinzip verlieren insofern an Bedeutung. Für den negatorischen Schutzbereich einschließlich der Arbeitskampffreiheit ergibt sich damit ein effektiverer Grundrechtsschutz.

beck-shop.de

3. Verfassungsrechtliche Gestaltungsvorgaben im Ausgestaltungsbereich

Die beleuchteten Kollisionslagen muss der Gesetzgeber auch im Ausgestaltungsbereich beachten und durch einfachrechtliche Nachzeichnung der Grundrechtskonkordanz gestalterisch bewältigen. Im Übrigen ist er bei der Ausgestaltung weitgehend frei.⁵⁹² Nicht nur Rechtsgüter von Verfassungsrang, sondern alle politisch in nicht unvertretbarer Weise als legitim identifizierten Güter und Interessen kommen prinzipiell als Ausgestaltungsziele in Betracht.⁵⁹³ Dem gegenwärtigen Stand des Tarifvertragsrechts kommt dabei kein unabänderlicher verfassungsrechtlicher Stellenwert zu. Eine Änderung bestehender einfachrechtlicher Ausgestaltungen ist dem Gesetzgeber möglich, solange er dabei die verfassungsrechtlichen Bindungen jeder Ausgestaltung beachtet.⁵⁹⁴ Für die Änderung einer existierenden Ausgestaltung gelten somit im Grundsatz – abgesehen von den graduell verstärkten Reflexwirkungen auf die Gründungs- und Bestandsfreiheit bei jeder „nachgelagerten“ Ausgestaltung⁵⁹⁵ – keine anderen Anforderungen als für die erstmalige Ausgestaltung.⁵⁹⁶ Den Bindungen der einfachrechtlichen Ausgestaltung soll im Folgenden nachgegangen und der Inhalt der Ausgestaltungsfreiheit dabei genauer definiert werden.

a) Legitimer Ausgestaltungszweck und Verhältnismäßigkeit

Jedes legislative Handeln, das Rückwirkungen auf negatorisch geschützte Freiheitsrechte hat,⁵⁹⁷ bedarf eines legitimen Regelungszwecks⁵⁹⁸ und unterliegt dem

⁵⁹² Ein weiter Regelungsspielraum liegt „gleichsam in der Natur der Sache“, so Stern/*Dietlein* Staatsrecht IV/1, S. 2055; vgl. auch BVerfG 18.11. 1954 BVerfGE 4, 96, 107 ff.; BVerfG 1.3. 1979 BVerfGE 50, 290, 367 ff.; MD/*Scholz* Art. 9 Rn. 300; Schmidt-Bleibtreu/*Kannengießler* Art. 9 Rn. 27; Schmidt FS Richardi, S. 768.

⁵⁹³ Deutlich vMKS/*Kemper* Art. 9 III Rn. 148.

⁵⁹⁴ Vgl. Stern/*Dietlein* Staatsrecht IV/1, S. 2057 ff.

⁵⁹⁵ Dazu oben B I 1 c cc (5) (b).

⁵⁹⁶ Vgl. Sachs/*Höfling* Art. 9 Rn. 85; *Burkiczak* S. 172 ff. m.w.N.; Schmidt FS Richardi, S. 767; differenzierend *Dieterich* RdA 2002, 1, 12; a.A. die Vertreter eines „Normenbestandsschutzes“, insbes. *Lübbe-Wolf* Grundrechte, S. 75 ff.; ähnlich *Manssen* Privatrechtsgestaltung, S. 170 ff.; *Butzer* RdA 1994, 375, 381; *Konzen* SAE 1996, 216, 219; *Pieroth/Schlink* Rn. 213; *Ruck* AöR 117, 543, 550 f.; vgl. auch *Maschmann* S. 65 ff., der eine „Umgestaltung“ daraufhin überprüfen will, ob sie die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie in gleicher Weise gewährleistet wie die bisherige Ausgestaltung.

⁵⁹⁷ Dazu sogleich B I 3 c.

⁵⁹⁸ Vgl. MD/*Scholz* Art. 9 Rn. 167 f., der die Rspr. des BVerfG zutreffend so deutet, dass als Regelungsziel der einfachrechtlichen Gestaltungs- und Konkretisierungsaufgabe allgemein die Wahrung der „Rechte und Interessen Dritter“ in Betracht kommt.

rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip. Es muss zur Zweckerreichung geeignet, erforderlich und angemessen sein. Wollte man im „Ausgestaltungsbereich“ auf eine derartige, von seinem Wesensgehalt und den negatorischen Schutzgehalten des Art. 9 III GG ausstrahlende Verhältnismäßigkeitsbindung verzichten, drohte in der Tat eine „gefährliche ‚Umarmung‘, besser Absorption ihrer Zwecke durch die staatliche Gesetzgebung, die den Spielraum effektiver Tarifgestaltung beschränkt, ohne sie formell anzutasten.“⁵⁹⁹ Zur „Aushöhlung“ der durch Art. 9 III GG „in nuce“ angelegten Kompetenz wäre es nicht mehr weit.⁶⁰⁰

Der legitime Regelungszweck liegt bei Ausgestaltungen des Tarifrechts primär in der Ermöglichung eines angemessenen tarifautonomen Ausgleichs der widerstrebenden Interessen. Ergänzend treten sozialstaatliche und volkswirtschaftliche Erwägungen hinzu. Die Wahrung der – politisch zu bewertenden – sozialen Stabilität und die Förderung der volkswirtschaftlichen Prosperität sind zweifellos legitime einfachrechtliche Ausgestaltungsziele. *Löwisch* formuliert anschaulich, dass die Ausgestaltung des Tarifrechts – etwa in der Frage der Tariffähigkeit – sicherstellen muss, dass „die Vereinbarungen der Tarifvertragsparteien den angemessenen Ausgleich zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen gewährleisten, den er (der Staat) sonst selbst herbeiführen müsste.“ Der Staat müsse zudem „die gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen der Abmachungen der Tarifvertragsparteien im Auge haben, insbesondere dafür sorgen, dass diese nicht zu Störungen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts führen.“⁶⁰¹ Dieser Beschreibung des legislatorischen Gestaltungsauftrags ist wenig hinzuzufügen.

Der vom BVerfG anerkannte Einschätzungs- und Prognosespielraum des Gesetzgebers korreliert mit dessen politischer Verantwortung und dem Gewaltenteilungsprinzip, das Zwecksetzung sowie Eignung und Erforderlichkeit einer gesetzlichen Ausgestaltung der judikativen Kontrolle im Grundsatz entzieht. Die für das geltende Tarifrecht prägenden *richterrechtlichen* Ausgestaltungen (soweit diese nach der Wesentlichkeitstheorie⁶⁰² überhaupt zulässig sind) unterliegen demgegenüber der vollen verfassungsgerichtlichen Kontrolle. Da dem Richter keine unmittelbare politische Regelungslegitimation zukommt, muss er sich die volle verfassungsgerichtliche Kontrolle seiner Rechtsgestaltung gefallen lassen. Das BVerfG kann daher gegenüber richterrechtlichen „Ausgestaltungen“ seine Einschätzungsprärogative an die Stelle derjenigen des erkennenden Fachgerichts setzen. Hierin liegt ein zentraler Unterschied gegenüber der Kontrolle gesetzgeberischer Rechtsetzung. Aus Sicht des Gewaltenteilungsprinzips bestehen insoweit, anders als im Verhältnis von Legislative und Judikative, keine Bedenken.

⁵⁹⁹ *Biedenkopf* S. 220.

⁶⁰⁰ vMKS/*Kemper* Art. 9 III Rn. 148.

⁶⁰¹ *Löwisch* ZfA 1970, 295, 303.

⁶⁰² Zum „milden“ Wesentlichkeitsmaßstab im Bereich der Koalitionsfreiheit BVerfG 26.6. 1991 BVerfGE 84, 212, 226 f.; da es sich beim Tarifvertragsrecht letztlich um eine Konfliktregelung im Verhältnis Privater handelt, gelten deutlich reduzierte Anforderungen.

b) Institutioneller Wesensgehalt der Tarifautonomie

Zentrale verfassungsrechtliche Grenze jeder Ausgestaltung ist der in Art. 9 III GG ausgeformte Wesensgehalt bzw. Kernbereich⁶⁰³ des Ausgestaltungsauftrags.⁶⁰⁴ Bei seiner Bestimmung ist, wie vom BVerfG immer wieder angeführt,⁶⁰⁵ der historisch gewachsene Sinngehalt der Tarifautonomie zu berücksichtigen; dieser ist freilich einer autonomen Veränderung durch die Koalitionen nicht entzogen. Indem BVerfG 18.11.1954 zur inhaltlichen Konkretisierung des „Kernbereichs“ auf einen rechtstatsächlichen, historischen Befund abstellt, öffnet das BVerfG den „Kernbereich“ der dynamischen Weiterentwicklung:⁶⁰⁶ Denn wenn das tragende Argument ein rechtstatsächliches ist, dass nämlich traditionell die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen „in Gestalt geschützter Tarifverträge mit Normativcharakter und Unabdingbarkeit abgeschlossen werden“, spricht nichts dagegen, dass autonome *Veränderungen* dieser Praxis durch die Koalitionen oder neue tatsächliche Entwicklungen des Koalitions- und Tarifsystems auch Rückwirkungen auf den „Kernbereich“ haben können.⁶⁰⁷ Den „Kernbereich“ eines Tarifvertragssystems statisch und überzeitlich zu verstehen, besteht angesichts dieser Herleitung kein Anlass.⁶⁰⁸ Ließe sich also künftig eine Änderung der koalitionären Regelungspraxis – etwa in Richtung schuldrechtlich wirkender Koalitionsvereinbarungen⁶⁰⁹ – faktisch nachweisen, könnte diese Änderung auch den Kernbereich modifizieren. Gerade dieses Wechselspiel der koalitionären Regelungspraxis und der Schutzbereichsdogmatik trägt der durch Art. 9 III GG verbürgten Koalitionsautonomie Rechnung.⁶¹⁰ Der „Kern-

⁶⁰³ Zur – synonymen – Begrifflichkeit oben B I 1 a a (4).

⁶⁰⁴ Zutreffend vMKS/*Kemper* Art. 9 III Rn. 141; *ders.* Koalitionsfreiheit, 25 f.; *Schmidt* FS Richardi, S. 768; vgl. auch allgemein *Abel* Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien, S. 61, 72.

⁶⁰⁵ Vgl. BVerfG 18.11.1954 BVerfGE 4, 96, 101 f.; BVerfG 6.5.1964 BVerfGE 18, 18, 28 f.; BVerfG 30.11.1965 BVerfGE 19, 303, 319 f.

⁶⁰⁶ Vgl. insbes. BVerfG 1.3.1979 BVerfGE 50, 290, 368, wonach der Schutzgegenstand des Art. 9 III GG „auf sich wandelnde wirtschaftliche und soziale Bedingungen bezogen ist, die mehr als bei anderen Freiheitsrechten die Möglichkeit zu Modifikationen und Fortentwicklungen lassen müssen“; dazu auch vMKS/*Kemper* Art. 9 III Rn. 141; *ders.* Koalitionsfreiheit, S. 26 f.; vgl. weiterhin *Wendt* Eigentum und Gesetzgebung, S. 187 ff.

⁶⁰⁷ Auf den verbreiteten historischen Rekurs der frühen Rechtsprechung des BVerfG verweist auch *Stern/Dietlein* Staatsrecht IV/1, S. 2049; weiterhin zur „Zeitoffenheit“ und „Zukunftsoffenheit“ der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen *Sachs/Höfling* Art. 9 Rn. 55, 88; *Säcker/Oetker* Tarifautonomie, S. 64 ff.; *MD/Scholz* Art. 9 Rn. 163, 259 ff.; kritisch *Sodan* JZ 1998, 421 ff.

⁶⁰⁸ Ähnlich *KeZa/Kempen* Grundl. Rn. 129 f.

⁶⁰⁹ Vgl. BAG 28.3.2006 AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit unter B III 3 b aa; *Erk/Schaub/Franzen* § 2 TVG Rn. 4; *MünchArbR/Rieble/Klumpp* § 190 Rn. 1 ff.; weit. Nachw. oben Fn. 275.

⁶¹⁰ In diese Richtung später BVerfG 19.10.1966 BVerfGE 20, 312, 317 f.: Die legislativen Ausgestaltungsmöglichkeiten zieht das Gericht hier noch weiter als 1954. Es hebt den dynamischen Aspekt der Ausgestaltung deutlich hervor: Die Gewährleistung des Tarifvertragssystems durch Art. 9 III GG sei „ganz allgemein“. Sie umfasse nicht „die besondere Ausprägung, die das Tarifvertragssystem in dem zur Zeit des Inkrafttretens des Grundgesetzes geltenden Tarifvertragsgesetz erhalten“ habe. Vielmehr lasse sie dem einfachen Gesetzgeber einen weiten Spielraum zur Ausgestaltung der Tarifautonomie. Damit verdeutliche das BVerfG gegenüber 1954, dass der rechtstatsächliche Befund von 1954 auch durch die Kernbereichsthese nicht statisch festgeschrieben werden soll, sondern der Gesetzgeber, orientiert an den jeweiligen wirtschaftspolitischen Erfordernissen, im Grundsatz frei über die zu wählende „Ausgestaltung“ zu entscheiden hat.

bereich“ eines Tarifvertragssystems beinhaltet bei dieser Sichtweise lediglich, dass der Gesetzgeber den Koalitionen die zur effektiven Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen jeweils erforderlichen, von den Koalitionen frei gewählten Instrumente zur Verfügung stellt. Im Ergebnis ist dies nichts anderes als ein institutioneller Regelungsauftrag.⁶¹¹

Der institutionelle Wesensgehalt des Art. 9 III GG umfasst gegenwärtig die Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch kollektive Normenverträge.⁶¹² Inhalt dieser Regelungskompetenz ist insbesondere die Bestimmung des synallagmatischen Wertverhältnisses von Leistung und Gegenleistung.⁶¹³ Dementsprechend bestimmt das BVerfG in einer Entscheidung vom 4.7. 1995⁶¹⁴ als objektivrechtlichen Kern der Tarifautonomie, dass „die Tarifautonomie [...] als ein Bereich gewahrt bleiben [muss], in dem die Tarifvertragsparteien ihre Angelegenheiten grundsätzlich selbstverantwortlich und ohne staatliche Einflussnahme regeln können.“ Ihre Funktionsfähigkeit dürfe nicht gefährdet werden. Die Koalitionen (in ihrer Gesamtheit) müssten den „verfassungsrechtlich anerkannten Zweck, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder zu wahren und zu fördern, insbesondere durch den Abschluß von Tarifverträgen erfüllen können.“⁶¹⁵

Eine gesetzliche Regelung, die diesen Wesensgehalt missachtet, ist eine nicht zu rechtfertigende Verletzung der Koalitionsfreiheit. Der institutionelle Wesensgehalt ist jeder Abwägung entzogen, sogar gegenüber anderen Verfassungsgütern.⁶¹⁶ Wird dies missachtet, ist der grundrechtliche Ausgestaltungsauftrag bereits verletzt. Auch in einem vollständigen Unterlassen der Ausgestaltung läge kein der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung zugänglicher Eingriff, sondern bereits ein Verfassungsverstoß.⁶¹⁷ Bleibt der Gesetzgeber in einer Ausgestaltungsfrage untätig, resultiert daraus ein verfassungsrechtliches Ausgestaltungsgebot, ein „Rechtsverweigerungsverbot“, an den judikativen „Ersatz-Gesetzgeber“.⁶¹⁸

Aus dem *institutionellen* Charakter des Ausgestaltungsauftrags folgt, dass eine Wesensgehaltsverletzung nicht bereits dann zu konstatieren ist, wenn die einfachrechtliche Ausgestaltung einer *einzelnen* Koalition die Fähigkeit zur Tarifnormsetzung vorenthält oder *einzelnen* Tarifverträgen die Anwendbarkeit versagt.⁶¹⁹ Anders als im

⁶¹¹ Vgl. – bei Deutung als Institutsgarantie – vMKS/Kemper Art. 9 III Rn. 141 f.; *ders.* Koalitionsfreiheit, S. 191.

⁶¹² Vgl. BVerfG 18.11. 1954 BVerfG 4, 96, 106; a.A. jüngst *Burkiczak* S. 253 ff., 283.

⁶¹³ Dazu BVerfG 24.4. 1996 BVerfGE 94, 268, 285; BVerfG 27.4. 1999 BVerfGE 100, 271, 286; ähnlich *Hufen* SAE 1997, 137, 138; *Cornils* S. 434 f.: die Betroffenheit des „tradierten Kernbereichs“ tarifautonomer Regelung erhöhe die Rechtfertigungsanforderungen beträchtlich. Großzügiger *Schmidt-Bleibtreu/Kannengießler* Art. 9 Rn. 27: der Gesetzgeber dürfe sich über tarifübliche Regelungen zum Schutz anderer Verfassungsgüter hinwegsetzen.

⁶¹⁴ BVerfGE 92, 365.

⁶¹⁵ BVerfG 4.7. 1995 BVerfGE 92, 365, 395.

⁶¹⁶ *Ruffert* Vorrang der Verfassung, S. 81; *Schmidt-Jortzig* Einrichtungsgarantien, S. 48 f.; *Burkiczak* S. 156 f.; a.A. vMKS/Kemper Art. 9 III Rn. 142.

⁶¹⁷ Zutreffend *Burkiczak* S. 159; *Gellermann* Grundrechte, S. 367 ff.; *Schmidt* FS Richardi, S. 767.

⁶¹⁸ Unten B I 3 g aa.

⁶¹⁹ A.A. mit Blick auf die Tariffähigkeit dezidiert vMKS/Kemper Art. 9 III Rn. 146 (bereits Verletzung des Kernbereichs); *ders.* Koalitionsfreiheit, S. 130 f.; *Dietsch*, in: Bettermann et al., Die Grundrechte III/1, S. 419 ff., 461; mit Blick auf die Tarifeinheit etwa *Waas* S. 134 f.

Bereich negatorisch geschützter natürlicher Freiheiten ist der Wesensgehalt hier nicht subjektiv-rechtlich,⁶²⁰ sondern rein objektiv-rechtlich zu deuten.⁶²¹ Der Kernbereich einer institutionellen Gewährleistung ist mit *Stern* dahingehend zu verstehen, dass er das „Essentiale einer Einrichtung“ umfasst, „das man aus einer Institution nicht entfernen kann, ohne deren Struktur und Typus zu verändern“.⁶²² Vom Kernbereich umfasst ist somit – auch hier trägt das „Traditionsargument“ des BVerfG – das *typische* Erscheinungsbild tariflicher Normsetzung, sind die typusbestimmenden, essentiellen und substantiellen Bestandteile der Institution.⁶²³

Eine klare Wesensgehaltsverletzung ist demnach zu konstatieren, wenn der Gesetzgeber in einer bestimmten Branche, in einem bestimmten Tarifgebiet, das Synallagma von Leistung und Gegenleistung durchgängig neu bestimmt, etwa gesetzlich eine Tarifierhöhung anordnet. Der Gesetzgeber erledigt mit einer solchen Regelung das ureigene Geschäft der Tarifparteien, indem er den Wert der Arbeit neu bestimmt.⁶²⁴ Er maßt sich eine Gestaltungskompetenz an, die Art. 9 III GG institutionell den Koalitionen anvertraut hat und die zweifellos zum historisch gewachsenen „typusbestimmenden“, „essentiellen“ Inhalt der Tarifautonomie gehört.⁶²⁵ Die Schwelle einer Wesensgehaltsverletzung ist dagegen noch nicht erreicht, wenn der Gesetzgeber durch eine punktuelle Regelung zwingende Mindeststandards der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“, etwa in Form einer Mindestlohnregelung, setzt. Bleibt oberhalb dieses Niveaus ein hinreichender autonomer Regelungsspielraum der Tarifparteien, kann eine solche Regelung legitime Ausgestaltung der Tarifautonomie sein.

Beim institutionellen Wesensgehalt ist auch das „Funktionsfähigkeitsargument“ zu verorten. Es bezeichnet als Ausprägung des Untermaßverbotes⁶²⁶ eine Schwelle, die von einer den „in nuce“ durch Art. 9 III GG gewährleisteten Kern der Tarifnormsetzungskompetenz während der Ausgestaltung nicht unterschritten werden darf.⁶²⁷ Insoweit löst sich auch die Kontroverse um die „Ordnungsfunktion“ des Tarifvertrags⁶²⁸ sinnvoll auf: Weniger dem einzelnen Tarifvertrag kommt eine „Ordnungsfunktion“ zu als dem ausgestaltenden staatlichen Recht, das der Tarifautono-

⁶²⁰ Dafür aber *Sachs/Höfling* Art. 9 Rn. 30, 77; *vMKS/Kemper* Art. 9 III Rn. 146; *Stern/Dietlein* Staatsrecht IV/1, S. 2054 Fn. 470.

⁶²¹ So auch tendenziell *HbStR/Merten* Bd. VI § 144 Rn. 17 (zu Art. 9 I GG).

⁶²² *Stern* Staatsrecht I, S. 416.

⁶²³ Vgl. in anderem Kontext *Meier/Greiner* *VerwArch* 2006, 293, 302 f. m. w. N.

⁶²⁴ Vgl. BVerfG 27.4.1999 BVerfGE 100, 271, 283; *Dieterich* Tarifautonomie und Gesetzgebung, S. 21 ff.; *ders.* in: *Bieback/Dieterich* et al., *Tarifgestützte Mindestlöhne*, S. 103, 117 m. w. N.; *Kocher* NZA 2007, 600, 601; *flexibler vMKS/Kemper* Art. 9 III Rn. 149 f.

⁶²⁵ Exemplarisch für eine verfassungswidrige Ausgestaltung, die den Tarifparteien eine substantielle Funktion abspricht, ist daher die 2008 beschlossene gesetzliche Festlegung von Einkommenssteigerungen im öffentlichen Dienst des Landes Hessen. Vgl. *Gesetzesentwurf* v. 21.8.2007 LT-Drucks. 16/7637; dazu auch LT-Drucks. 16/7715; *Weiss/M.Schmidt* NZA 2008, 18; a. A. *Rieble/Leitmeier* ZTR 2008, 237.

⁶²⁶ Vgl. *Sachs/Höfling* Art. 9 Rn. 6, 86.

⁶²⁷ *Sachs/Höfling* Art. 9 Rn. 77; i. Erg. ähnlich *Isensee*, in: *Die Zukunft der sozialen Partnerschaft*, S. 170 ff.

⁶²⁸ Dazu *Wiedemann/Wiedemann* Einl. Rn. 13 ff.; *ders.* RdA 1997, 297; *Gamillscheg* S. 263 ff.; nach *Hanau* RdA 2008, 98, 100 gewährleistet Art. 9 III GG „neben der Freiheit auch die Ordnung des Tarifwesens“; anders *Picker* ZfA 1998, 573, 652 ff.; *Löwisch/Rieble* Grundlagen Rn. 6.

mie einen Rahmen setzt. Diese wichtige Funktion des staatlichen Gesetzgebers haben schon die Hauptvertreter der pluralistischen Verbändetheorie anerkannt.⁶²⁹ Negiert man die Ordnungsfunktion des ausgestaltenden staatlichen Rechts, steht man Extrempositionen der pluralistischen Verbändetheorie⁶³⁰ nicht fern. Zum Anarchievorwurf ist es dann nur ein kleiner Schritt. Gerade aus dieser Ordnungsfunktion des ausgestaltenden Rechts resultiert der notwendige Kompetenzdualismus zwischen tarifautonomer und staatlicher Regelung,⁶³¹ der die Tarifautonomie von der gemeinwohlorientierten „Ordnungsfunktion“ entlastet, andererseits dem staatlichen Gesetzgeber die Wahrnehmung von Gemeinwohlbelangen, insbesondere auch durch ordnende Ausgestaltung des Tarifsystems, ermöglicht.

c) Reflexwirkungen im negatorischen Schutzbereich

Detaillierte Gestaltungsvorgaben macht der *Ausgestaltungsbereich* des Art. 9 III GG im Übrigen nicht.⁶³² Sie können jedoch aus sonstigen Verfassungsprinzipien, insbesondere dem Gleichheitssatz, dem Demokratieprinzip sowie dem Rechtsstaatsprinzip resultieren (dazu sogleich). Auch der durch Art. 9 III GG gewährleistete negatorische Grundrechtsschutz setzt der einfachrechtlichen Ausgestaltung des Tarifsystems Grenzen, denn diese hat nahezu zwangsläufig Rückwirkungen auf die im originären Schutzbereich beheimateten natürlichen Freiheiten. Besonders plastisch werden diese Reflexwirkungen bei der Frage der Tariffähigkeit:⁶³³ Diese ist der Tarifnormsetzung und damit dem Ausgestaltungsbereich zuzuordnen. Wird einer Koalition infolge einfachrechtlicher Ausgestaltung die Tariffähigkeit verweigert, nimmt korrespondierend jedoch die dem negatorischen Schutzbereich zuzuordnende Werbe- und Bindungskraft der Koalition erheblich ab. Sogar der Bestand der Koalition kann infrage gestellt sein; betroffen ist dann die negatorisch geschützte Gründungsfreiheit.⁶³⁴

Diese Reflexwirkungen im negatorischen Schutzbereich erhöhen graduell die Rechtfertigungsanforderungen im Ausgestaltungsbereich. Da die Rückwirkungen auf den „originären Schutzbereich“ aber bereits aus dem abgestuften Regelungsprogramm des Art. 9 III GG resultieren und mit der einfachrechtlichen Ausgestaltung des Tarifsystems notwendig einher gehen, wird durch sie die Ausgestaltung noch

⁶²⁹ v. Gierke *Wesen der Verbände*, S. 57; dazu oben A IV 2 a.

⁶³⁰ Oben A IV 2 a.

⁶³¹ Oben B I 1 c cc (4) (a).

⁶³² Deshalb handelt es sich bei der (im objektiv-rechtlich, institutionellen Bereich beheimateten) Grundrechtsausgestaltung auch um keinen Grundrechtseingriff. Der Eingriff setzt stets einen negatorischen Gewährleistungsgehalt voraus; wie hier *Bethge VVDStRL* 57, 7, 12 f.; *Gellermann Grundrechte*, S. 51; *Stern/Dietlein Staatsrecht IV/1*, S. 2082; *Burkiczak* S. 154 ff.; a. A. *Britz/Volkmann/Volkmann Tarifautonomie*, S. 1, 26 Fn. 64.

⁶³³ Im Einzelnen unten C IV, insbes. C IV 5 a bb.

⁶³⁴ Vgl. in diesem Sinne BVerfG 20.10. 1981 BVerfGE 58, 233, 249. Dies betont auch BAG 28.3. 2006 AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 39: „Allerdings dürfen an die Tariffähigkeit keine Anforderungen gestellt werden, die erheblich auf die Bildung und Betätigung einer Koalition zurückwirken, diese unverhältnismäßig einschränken und so zur Aushöhlung der durch Art. 9 Abs. 3 GG gesicherten freien Koalitionsbildung und -betätigung führen.“