

## ZivilR Aufsatz

Leonie Kristin Lehlbach\*

# Tarifdispositives Gesetzesrecht

## Stärkung der Sozialpartnerschaft auf Kosten von Arbeitsbedingungen?

*Das Instrument des tarifdispositiven Gesetzesrechts erhält in der breiten Öffentlichkeit wenig Aufmerksamkeit, obwohl der Gesetzgeber den Sozialpartnern damit weitgehende Gestaltungsmöglichkeiten eröffnet und auch einen Teil seines Schutzauftrags an diese delegiert. Der Beitrag befasst sich mit der Frage, ob tarifdispositives Gesetzesrecht vor diesem und dem Hintergrund einer immer schwächer werdenden Tarifautonomie ein noch zeitgemäßes und funktionierendes Instrument zur Regelung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen darstellt.*

### A. (All-)Mächtige Sozialpartner?!

Im Jahr 2022 gingen wieder vermehrt Meldungen über Gehaltsverhandlungen und Warnstreiks diverser Gewerkschaften durch die Nachrichten. Als Beispiele seien etwa die der Lufthansa-Pilot:innen<sup>1</sup> und des Bodenpersonals<sup>2</sup> sowie die langanhaltenden Tarifverhandlungen und wiederkehrenden Warnstreiks der deutschen Hafentarbeiter:innen<sup>3</sup> genannt. Für die breite Gesellschaft mögen diese Themen vor allem lästig sein, da sich die damit einhergehende kollektive Arbeitsniederlegung insbesondere durch längere Wartezeiten oder Ausfälle von Zügen oder Flugreisen unmittelbar auf die Allgemeinheit auswirkt. Gerade an solch weitreichenden Auswirkungen ist jedoch zu erkennen, wie viel Freiheit der Gesetzgeber den Tarifparteien bei der Ausgestaltung der Erfüllung ihrer Aufgaben einräumt und wie viel Macht er diesen somit gewährt. Es lohnt sich daher ein näherer Blick auf diesen weiten Handlungsspielraum der Tarifparteien, der allgemein als Tarifautonomie<sup>4</sup> bekannt ist und sich in den unterschiedlichsten Facetten – vor allem des kollektiven Arbeitslebens – auswirkt. Ein Teilaspekt der Tarifautonomie, der im Vergleich zu den gut spürbaren Folgen der Warnstreiks sehr viel weniger Beachtung in der breiten Gesellschaft findet, andererseits jedoch das Kernthema dieses Beitrags bilden soll, ist derjenige des sog. tarifdispositiven Gesetzesrechts. Dieses ist ganz maßgeblicher Ausdruck des weiten Handlungsspielraums der

Tarifparteien, durch den der Gesetzgeber sogar ein grundlegendes Rechtsprinzip aufrichtet: den sog. Stufenbau der Rechtsordnung. Nach diesem Prinzip gehen einfache Gesetze Tarifverträgen grundsätzlich vor.<sup>5</sup> Auch im Arbeitsrecht hat der Gesetzgeber jedoch einige Regelungen als (teilweise) abdingbar ausgestaltet.<sup>6</sup> Neben den einseitig bzw. zweiseitig zwingenden<sup>7</sup> Vorschriften, die nur zugunsten der Arbeitnehmer:innen bzw. gar nicht abdingbar sind, gibt es das tarifdispositive Gesetzesrecht.<sup>8</sup> Von diesem kann – ausschließlich – durch Tarifvertrag zugunsten, jedoch auch zulasten der Arbeitnehmer:innen vom Gesetz abgewichen werden.<sup>9</sup>

Im Laufe der letzten Jahrzehnte hat sich die Tariflandschaft und hier vor allem der Organisationsgrad<sup>10</sup> von Arbeitnehmer:innen- und Arbeitgeber:innenverbänden in Deutschland jedoch erheblich verändert.<sup>11</sup> Indes hat der Gesetzgeber tarifdispositive Vorschriften geschaffen, die in der rechtswissenschaftlichen Literatur bisweilen höchst umstritten sind.<sup>12</sup> Hiervon ausgehend soll dieser Beitrag beleuchten, ob tarifdispositives Gesetzesrecht in seiner jetzigen Form jenen veränderten Umständen gerecht wird. In dieser Untersuchung müssen insbesondere die Interdependenzen zwischen dem zuvor genannten Wandel der Tariflandschaft<sup>13</sup> und der Tarifautonomie sowie die daraus folgenden Konsequenzen für die Anwendung tarifdispositiven Gesetzesrechts<sup>14</sup> Berücksichtigung finden.

5 BAG v. 29.9.2011 – 2 AZR 177/10 – AP BGB § 622 Nr. 67 = NZA 2012, S. 754; MHdbArbR/*Klump*, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, 4. Auflage (2016), § 237 Rn. 111.

6 *Hromačka/Maschmann*, Arbeitsrecht, 8. Auflage (2020), § 13 Rn. 186.

7 *Kempen/Zachert/Kempen*, TVG, 5. Auflage (2014), Grdl. Rn. 352 ff.

8 Zum Begriff des tarifdispositiven Gesetzesrechts s. *Küchenhoff*, Das Prinzip der staatlichen Subsidiarität im Arbeitsrecht, RdA 1959, 201 (205) »tarifvertragsdispositiv«; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. 1, (1997), S. 698 »tarifoffene Vorschriften«; *Herschel*, Die Zulassungsnormen des Tarifvertrages, RdA 1969, 211 (212) »Zulassungsnorm«; hierzu kritisch *Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten (2010), S. 35 f.

9 *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, 4. Auflage (2017), § 1 Rn. 1068; *Wiedemann/Thüsing*, Tarifvertragsgesetz Kommentar mit Durchführungs- und Nebenvorschriften, 8. Auflage (2019), § 1 Rn. 187.

10 Anzahl der in Verbänden »organisierten« Arbeitnehmer:innen und Arbeitgeber:innen.

11 Vgl. *Deinert/Walser*, Zur Förderung der Mitgliedschaft von Arbeitgebern in Verbänden, AuR 2015, 386 (386); *Franzen*, Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt (2018), S. 11.

12 Vgl. *Ulber* (Fn. 8), S. 590 f.; *Buschmann*, Abbau des gesetzlichen Arbeitnehmerschutzes durch kollektives Arbeitsrecht?, in: FS Richardi (2007), S. 91 (91 ff.).

13 S.u. B.II.2.

14 S.u. C.

\* Die Autorin ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl von Herrn Prof. Dr. *Olaf Deinert* an der Georg-August-Universität Göttingen. Der Beitrag ging aus einer Arbeit im Rahmen des Seminars zum Tarifvertragsrecht im Wintersemester 2021/22 bei Herrn Prof. Dr. *Deinert* hervor.

1 <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/lufthansa-pilotenstreik-1.5648874>, zuletzt abgerufen am 28.9.2022.

2 <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/warnstreiks-verdi-lufthansa-fluege-gestrichen-101.html>, zuletzt abgerufen am 28.9.2022.

3 <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/konjunktur/warnstreik-seehaefen-101.html> und <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/unternehmen/warnstreik-hafenarbeiter-container-stau-hamburger-hafen-101.html>, beides zuletzt abgerufen am 20.9.2022.

4 Dazu näher unten B.II.1.

## B. Tarifdispositives Gesetzesrecht – Einordnung in das System des Arbeits- und Tarifvertragsrechts

Um ein differenziertes Bild von den Vorzügen und Nachteilen tarifdispositiven Gesetzesrechts zu zeichnen, soll dieses zunächst in das System des Arbeits- und Tarifvertragsrechts eingeordnet werden. Hierbei soll insbesondere der Zusammenhang zu den in diesem Kontext sehr relevanten Begriffen der *Tarifautonomie* sowie der *Tarifgebundenheit* herausgearbeitet werden.

### I. Tarifdispositives Gesetzesrecht: Grundlegendes

Tarifdispositives Gesetzesrecht ist das einzige Instrument zur Regelung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, durch das auch eine Abweichung zulasten der Arbeitnehmer:innen von an sich zwingenden Vorschriften möglich ist.<sup>15</sup> Der Gesetzgeber hat u. a. auf den Gebieten des Urlaubsrechts (§ 13 BurlG), der betrieblichen Altersversorgung (§ 17 III BetrAVG), im Teilzeitarbeitsrecht (§§ 8 IV S. 3, 12 III TzBfG), im Arbeitszeitrecht (§§ 7, 12 ArbZG, § 21a JArbSchG) und im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung (§ 1 Ib S. 3 und § 3 Nr. 1 AÜG) von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, tarifdispositive Regelungen zu treffen.<sup>16</sup> Die Möglichkeit zur Tariföffnung arbeitsrechtlicher Vorschriften wird aus Art. 9 III GG abgeleitet, der die Tarifautonomie verfassungsrechtlich gewährleistet.<sup>17</sup> Dem Gesetzgeber steht es frei, welche arbeitsrechtlichen Vorschriften er zur Disposition der Tarifvertragsparteien stellt, er muss jedoch bei der Schaffung einerseits seinen Schutzpflichten gegenüber Arbeitnehmer:innen hinreichend nachkommen,<sup>18</sup> andererseits darf er nicht zu sehr in die den Tarifparteien zustehenden Regelungsbereiche vordringen.<sup>19</sup>

Zweck des tarifdispositiven Gesetzesrechts ist es zum einen, die Tarifautonomie der Sozialpartner in Gestalt ihrer originären Befugnis zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gemäß Art. 9 III GG zu wahren, zum anderen eine größere Anpassungsfähigkeit des Rechts an die jeweilige Branche und die sich stetig verändernde Arbeitsrealität zu schaffen.<sup>20</sup> Gerade hieraus ergibt sich, dass dort, wo den Tarifvertragsparteien nach Art. 9 III GG eine Normsetzungsprärogative zusteht, deren Zuständigkeit derjenigen des Gesetzgebers vorgeht, die klassische Normenhierarchie an dieser Stelle also nicht absolut gilt. Hieraus ergibt sich die bereits o.g. Durchbrechung des Stufenbaus der Rechtsordnung.<sup>21</sup>

15 Däubler/*Ulber*, Tarifvertragsgesetz, 4. Auflage (2016), Einl. Rn. 473; *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, 20. Auflage (2021), Rn. 512; *Waltermann*, Entwicklungslinien der Tarifautonomie, RdA 2014, 86 (89).

16 *Löwisch/Rieble* (Fn. 9), § 1 Rn. 1068.

17 *Wiedemann/Jacobs* (Fn. 9), Einl. Rn. 2.

18 *Ulber* (Fn. 8), S. 329 ff.

19 *Wiedemann/Jacobs* (Fn. 9), Einl. Rn. 119 f.

20 *Kempfen/Zachert/Kempfen* (Fn. 7), Grdl. Rn. 373; *Löwisch/Rieble* (Fn. 9), § 1 Rn. 1068.

21 *Berg/Kocher/Schumann/Kocher*, Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht Kompaktcommentar Teil 1, 7. Auflage (2021), Rn. 126; *Henssler/Willemsen/Kalb/Henssler*, Arbeitsrecht, 9. Auflage (2020), § 4 TVG Rn. 31.

## II. Tarifautonomie und Tarifgebundenheit

Die Begriffe der Tarifautonomie und der Tarifgebundenheit sind maßgebliche Bestandteile unserer Tarifrechtsordnung und elementar für das Grundverständnis der Funktionsweise tarifdispositiven Gesetzesrechts. Im Folgenden sollen beide Begriffe demnach grob umrissen werden, damit sowohl die nachfolgenden Erläuterungen wie auch die spätere Argumentation hierauf aufbauen können.

### 1. Der Begriff der Tarifautonomie

Vor allem der Tarifautonomie wird als Teil unserer Arbeits- und Wirtschaftsordnung eine überragende Bedeutung beigemessen.<sup>22</sup> Ihre Entstehung verdankt die Tarifautonomie der Privatautonomie als primäre Ordnungsentscheidung für die Gestaltung des Arbeitslebens.<sup>23</sup> Demnach beruht die Organisation des Arbeitslebens auf der Annahme, dass alle Akteure des Arbeitslebens die Bedingungen der Arbeit selbst regeln sollen. Aufgrund der strukturellen Unterlegenheit der Arbeitnehmer:innen wäre jedoch anzunehmen, dass eine Vereinbarung von Arbeitsbedingungen zwischen Arbeitgeber:in und Arbeitnehmer:in regelmäßig zulasten des:der Arbeitnehmer:in ginge. Daher ist Basis der Arbeits- und Wirtschaftsordnung in Deutschland die Grundannahme eines Zusammenschlusses aller Arbeitnehmer:innen in Koalitionen, durch den diese eine kollektive Teilhabe innerhalb einer rechtsgeschäftlichen Ordnung erreichen können.<sup>24</sup> So formulierte auch das BVerfG: »Tarifautonomie ist darauf angelegt, die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer beim Abschluss von Arbeitsverträgen durch *kollektives* Handeln auszugleichen und damit ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Lohn- und Arbeitsbedingungen zu ermöglichen.«<sup>25</sup>

Die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen können jedoch nur gefördert werden, indem die gegenläufigen Interessen der Arbeitgeber:innen- und Arbeitnehmer:innenseite zum Ausgleich gebracht werden.<sup>26</sup> Die Rechtsordnung gewährleistet diese Möglichkeit dadurch, dass sie mit der Tarifautonomie einen Freiraum zu eigenständiger Rechtsgestaltung i. R. d. von Art. 9 III GG umfassten Zwecke offenhält.<sup>27</sup> Die Tarifautonomie ist folglich Ausdruck der Koalitionsfreiheit und wird als Kernstück des Betätigungsrechts von Koalitionen<sup>28</sup> nicht nur durch Art. 9 III GG geschützt, sondern auch daraus hergeleitet.<sup>29</sup>

22 Vgl. *Wiedemann/Jacobs* (Fn. 9), Einl. Rn. 1; *Fahimi*, Tarifautonomie – Tragende Säule der Wirtschaftsordnung, SR 2017, 1 (1).

23 *Richardi*, Von der Tarifautonomie zur tariflichen Ersatzgesetzgebung, in: FS Konzen (2006), S. 791 (791).

24 *Richardi* (Fn. 23), S. 791 (792).

25 BVerfGE 84, 212 (229).

26 ErfKomArbR/*Linssenmaier*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 22. Auflage (2022), Art. 9 GG Rn. 51.

27 BVerfGE 146, 71 (71).

28 BVerfGE 19, 303 (303); *Kempfen/Zachert/Kempfen* (Fn. 7), Grdl. Rn. 135, 176; *Wiedemann/Jacobs* (Fn. 9), Einl. Rn. 150.

29 *Däubler/Hensche*, Handkommentar Arbeitsrecht, 5. Auflage (2022), Art. 9 III GG Rn. 16.

Als Teil der Koalitionsfreiheit ist die Tarifautonomie in erster Linie ein Freiheits[grund]recht.<sup>30</sup> Art. 9 III GG selbst schützt als hauptsächliche Betätigung von Koalitionen den Abschluss von Tarifverträgen, deren Bestand und Anwendung sowie die Durchführung von Arbeitskämpfmaßnahmen.<sup>31</sup> Die Tarifautonomie gewährt demnach die Freiheit der tarifschließenden Parteien, die von Art. 9 III GG umfassten koalitionsbedingten Tätigkeiten so autonom wie möglich und möglichst ohne staatliche Einflussnahme wahrzunehmen. Die Tarifautonomie ist somit grundlegende Prämisse für die Existenz taridispositiven Gesetzesrechts, da sich erst aus ihr ein Handlungsspielraum bei der Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ergibt, der allein den Tarifvertragsparteien vorbehalten ist.

## 2. Der Begriff der Tarifgebundenheit

Daraus, dass die Tarifautonomie hauptsächlich durch kollektives Tätigwerden ausgeübt wird, lassen sich bereits Rückschlüsse auf die Bedeutung von Zusammenschlüssen in Form von Vereinigungen<sup>32</sup> ziehen. Der Begriff der Tarifgebundenheit<sup>33</sup> beschreibt, wer kraft seiner oder ihrer Mitgliedschaft in einer solchen Vereinigung vom Geltungsbereich eines Tarifvertrags erfasst ist. Gemäß §§ 1 I, 4 I, 3 I TVG sind nur solche Arbeitnehmer:innen und Arbeitgeber:innen tarifgebunden, die ihrerseits Mitglied eines tarifvertragschließenden Verbandes bzw. im Falle der Arbeitgeber:innen selbst tarifschließende Partei sind.<sup>34</sup>

Wie bereits angedeutet, ist dies heutzutage de facto jedoch immer seltener der Fall.<sup>35</sup> Der Gesetzgeber hat durch verschiedene Vorschriften die Möglichkeit vorgesehen, den Anwendungsbereich eines Tarifvertrags auch auf Nicht-Gewerkschaftsmitglieder<sup>36</sup> zu erstrecken, etwa durch arbeitsvertragliche Bezugnahme auf einen Tarifvertrag (sog. *Bezugnahme Klauseln*)<sup>37</sup> oder Allgemeinverbindlicherklärungen i. S. d. § 5 TVG. Durch diese Institute kann also eine »Verbreiterung der Tarifnormwirkung«<sup>38</sup> erreicht werden. Tarifgebundenheit ist somit zwingend von der Tarifgeltung zu unterscheiden, die besagt wer dem Geltungsbereich des Tarifvertrags unabhängig von einer Verbandsmitgliedschaft unterfällt.<sup>39</sup>

Weil ein:e Arbeitnehmer:in somit ohne Mitgliedschaft in den Genuss der oftmals günstigeren Arbeitsbedingungen des Tarifvertrags kommen kann,<sup>40</sup> ist es nicht unwahrscheinlich, dass diese Möglichkeiten – zumindest auch – der Grund dafür sind, dass der Wille, einer tarifschließenden Gewerkschaft beizutreten, seither gesunken ist. Zur Veranschaulichung: Die direkte Tarifbindung aller Beschäftigten in Westdeutschland ist von 76 % im Jahr 1998 auf 60 % im Jahr 2013 gesunken; in Ostdeutschland in demselben Zeitraum von 63 % auf 47 %.<sup>41</sup> Dieser Trend hat sich seitdem weiter verstärkt.<sup>42</sup> Die beschriebene allgemein festzustellende Veränderung der Tariflandschaft innerhalb der letzten Jahre lässt sich trefflich mit dem Begriff einer »Erosion« der Tarifgebundenheit bzw. der allgemeinen Tarifstrukturen<sup>43</sup> zusammenfassen.

Einen ähnlichen Effekt auf Arbeitgeber:innenseite hatte die Einführung der Möglichkeit einer sog. OT<sup>44</sup>-Mitgliedschaft:<sup>45</sup> Der:die jeweilige Arbeitgeber:in ist hierbei zwar Mitglied in einem Verband und hat auch sämtliche damit verbundenen Möglichkeiten und Rechte<sup>46</sup>, allerdings ohne gemäß § 3 I TVG tarifgebunden zu sein.<sup>47</sup> Das Instrument der OT-Mitgliedschaft<sup>48</sup> wurde eingeführt, um den zu Beginn der 1990er Jahre umfassend stattfindenden Verbandsaustritten auf Arbeitgeber:innenseite entgegenzuwirken.<sup>49</sup> Vor allem durch höhere Lohnkosten<sup>50</sup> kann sich eine Tarifbindung für Arbeitgeber:innen nachteilig auswirken, während nicht tarifgebundene Arbeitgeber:innen im Wettbewerb oftmals eine bessere Position erlangen.<sup>51</sup> Wo ein solcher Wechsel in die OT-Mitgliedschaft einen vollständigen Verbandsaustritt zwar verhindern konnte, trug er dennoch – wie auch ein Austritt – zum Rückgang der Tarif-

30 BVerfGE 92, 365 (393); WD 6-3000-031/17, S. 7.

31 BVerfGE 146, 71 (71).

32 Gewerkschaften und Arbeitgeber:innenverbände.

33 Auch: *Tarifbindung*, vgl. *Preis/Ulber*, Funktion und Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie, in: FS Kempfen (2013), S. 15 (20); *Ulber*, Taridispositives Recht und Privilegierung Tarifgebundener als Stärkung der Tarifbindung?, SR 2018, 89 (93); *Waltermann* (Fn. 15), RdA 2014, 86 (90).

34 ErfKomArbR/*Franzen* (Fn. 26), § 3 Rn. 18.

35 *Walser*, Einfluss der Rechtsordnung auf die Tarifbindung der Arbeitgeberseite (2015), S. 1; *Waltermann* (Fn. 15), RdA 2014, 86 (90).

36 Sog. *Außenseiter*, vgl. *Stamm*, Sind Verpflichtungen einer Tarifvertragspartei, tarifvertragliche Regelungen in Arbeitsverträge zu übernehmen, zulässig?, RdA 2006, 39 (43).

37 Vgl. *Grobys/Panzer-Heemeier/Panzer-Heemeier*, Stichwortkommentar Arbeitsrecht, 3. Auflage (2017), Bezugnahme Klausel Rn. 1.

38 *Greiner*, Taridispositives Gesetzesrecht – Fluch oder Segen für die Tarifautonomie?, NZA 2018, 563 (564).

39 *Waltermann* (Fn. 15), RdA 2014, 86 (89).

40 *Deimert*, Gesetzliche Anreize für die Verbandsmitgliedschaft zur Stärkung der Tarifbindung, SR 2017, 24 (26).

41 *Walser* (Fn. 35), S. 1.

42 BT-Drs. 18/1558, S. 26.

43 BT-Drs. 18/1558, S. 49.

44 OT steht in diesem Zusammenhang für *ohne Tarifbindung*.

45 *Deimert* (Fn. 40), SR 2017, 24 (30).

46 *Bernhardt/Jentsch*, Beendigung der Tarifbindung – Gestaltungsmöglichkeiten für Unternehmen, SPA 2022, 102 (102), jedoch ist die Teilhabe an der tarifpolitischen Willensbildung hiervon ausgenommen, BAG v. 21.1.2015 – 4 AZR 797/13 – AP TVG § 3 Nr. 30.

47 *Boecken/Düwell/Diller/Hanau/Krois*, Nomos Kommentar Gesamtes Arbeitsrecht, Bd. 3 (2016), § 3 Rn. 35; *Däubler/Lorenz* (Fn. 15), § 3 Rn. 36.

48 *Röckel*, Zulässigkeit einer Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden ohne Tarifbindung?, DB 1993, 2382 (2382 f.); zu den Erscheinungsformen der OT-Mitgliedschaft s. auch *Deimert*, Schranken der Satzungsgestaltung beim Abstreifen der Verbandstarifbindung durch OT-Mitgliedschaften, RdA 2007, 83 (84).

49 Vgl. *Buchner*, Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden ohne Tarifbindung, NZA 1994, 2 (2 f.); *Deimert/Walser*, Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber (2015), S. 26 f.; auch als »Tarifflucht« bezeichnet, WD 6-3000-002/21, S. 4; *Plander*, Tarifflucht durch kurzfristig vereinbarten Verbandsaustritt?, NZA 2005, 897 (897 f.); *Wilhelm/Dannhorn*, Die »OT-Mitgliedschaft« – neue Tore für die Tarifflucht?, NZA 2006, 466 (466 f.).

50 *Däubler*, Tarifflucht – eine aussichtsreiche Strategie zur Reduzierung von Lohnkosten?, ZTR 1994, 448 (448 f.).

51 *Preis/Ulber* (Fn. 33), S. 20, die eine »Aufrechterhaltung der Wettbewerbsfähigkeit über die Sozialkosten« konstatieren; *Bepler*, Problematische Arbeitsverhältnisse und Mindestlohn, in: FS Richardi (2017), S. 189 (195).

gebundenheit im o.g. Sinne bei. Hat der:die Arbeitgeber:in die Wahl zwischen den Vorteilen einer Verbandsmitgliedschaft mit Tarifbindung oder ohne, wird er:sie naturgemäß die für ihn:sie vorteilhaftere Alternative – mitgliedschaftliche Vorteile ohne Tarifbindung – wählen. Die Zulässigkeit der OT-Mitgliedschaft ist daher trotz deren grundsätzlicher Bestätigung durch das BAG<sup>52</sup> mit Blick auf ein Unterlaufen des § 3 I TVG und die Koalitionsfreiheit nach wie vor umstritten.<sup>53</sup> Für das geltende Tarifvertragssystem wirkt sich also vor allem die sinkende Tarifgebundenheit auf Arbeitgeber:innenseite destabilisierend aus.<sup>54</sup> Im Schrifttum gilt daher primär die Arbeitgeber:innenseite als Hebel zur Herbeiführung eines Wandels hin zu mehr Tarifgebundenheit und mithin einer funktionsfähigeren Tarifautonomie.<sup>55</sup>

### III. Tarifdispositives Gesetzesrecht: Kritik und Gegenrede

Nach der beschriebenen Entwicklung des Tarifsystems – jedoch auch generell – wird tarifdispositives Gesetzesrecht aus diversen Gründen kritisch gesehen. Speziell im Kontext des Arbeitsrechts kann das Konzept etwa deshalb verwundern, weil es sich bei den Vorschriften stets um solche handelt, die die Bedingungen *abhängiger* Arbeit regeln, diese letztlich also Arbeitnehmer:innenschutzvorschriften sind.<sup>56</sup> Im Schrifttum werden deshalb Stimmen laut, die genau diesen Aspekt der tariflichen Abdingbarkeit von Schutzvorschriften hinterfragen – warum soll Arbeitnehmer:innenschutz überhaupt zur Disposition stehen?<sup>57</sup>

Dem wird seitens der Fürsprecher:innen tarifdispositiven Gesetzesrechts Folgendes entgegengehalten: Neben dem praktischen Aspekt der Notwendigkeit von Anpassungsfähigkeit und branchenspezifischer Regelungen ist in rechtlicher Hinsicht die grundgesetzlich gewährleistete und zu berücksichtigende Tarifautonomie zu nennen. Hier wird argumentiert, tarifdispositives Gesetzesrecht sei zur Wahrung dieser nicht nur erforderlich, sondern sogar durch sie geboten. Da jedes zwingende Gesetz in die Normsetzungsprerogative der Tarifvertragsparteien eingreife, sei unter Berücksichtigung ihrer Tarifautonomie lediglich eine tarif-

dispositiv gestellte Vorschrift das relativ mildeste Mittel.<sup>58</sup> Des Weiteren wird häufig darauf verwiesen, dass die Abweichung von gesetzlichen Mindeststandards zuungunsten der Arbeitnehmer:innen ausschließlich den Tarifvertragsparteien, also lediglich tariffähigen Koalitionen vorbehalten ist.<sup>59</sup> Aufgrund der Organisation der Arbeitnehmer:innen in Gewerkschaften werde auf Augenhöhe verhandelt und es bestehe Vertragsparität zwischen den Tarifparteien.<sup>60</sup> Dieses Kräftegleichgewicht stelle sicher, dass Arbeitnehmer:innen im Einzelfall nicht unangemessen benachteiligt würden.<sup>61</sup> Oftmals wird in diesem Zusammenhang auch die sog. Richtigkeitsgewähr<sup>62</sup> als Argument angeführt: Die Tarifvertragsparteien seien von dem Ergebnis ihrer Verhandlungen stets unmittelbar betroffen und sie selbst würden ihre eigenen Interessen am besten kennen. Demnach seien sie auch am besten in der Lage, diese in angemessenem Umfang zu vertreten und durchzusetzen<sup>63</sup> und bedürften auch keiner weitergehenden Kontrolle.<sup>64</sup> Inwiefern die genannte Kritik berechtigt ist und ob die Einwände der Fürsprecher:innen dieser standhalten, wird im Folgenden zu sehen sein.

### C. Die Problematik schwindender Tarifgebundenheit und die Tarifautonomie

Aus Art. 9 III GG folgt nach allgemeiner Ansicht nicht nur die Tarifautonomie in Gestalt des Rechts der Tarifparteien, ihre Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen weitgehend autonom regeln zu dürfen, sondern auch die Pflicht des Gesetzgebers zur Schaffung eines Tarifsystems, in dessen Rahmen sich die Tarifvertragsparteien frei der Wahrnehmung ihrer tarifparteilichen Aufgaben widmen können.<sup>65</sup> Das BVerfG spricht insofern von den »Rechtsinstituten und Normenkomplexen, die erforderlich sind, um die grundrechtlich garantierte Freiheit ausüben zu können.«<sup>66</sup> Dieses System hat der Gesetzgeber mit dem TVG geschaffen,<sup>67</sup> das allerdings nur ganz basale Strukturen vorgibt, in deren Rahmen tarifparteiliche Tätigkeit stattfinden kann. Es stellt sich also die Frage, ob und wie sich die beschriebene Entwicklung der Tariflandschaft auf die Gestaltbarkeit der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen auswirkt.

52 BAG v. 1.12.2010 – 1 BvR 2593/09 – AP TVG § 2 Tarifizzuständigkeit Nr. 19; zur praktischen Umsetzung der OT-Mitgliedschaft s. auch *Niklas/de Diego/Weishaupt*, Erhöhte Anforderungen an die OT-Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband, ArbR 2016, 158 (158 f.).

53 Vgl. *Deinert*, Zur Zulässigkeit von OT-Mitgliedschaften in Arbeitgeberverbänden, AuR 2006, 217 (219 f.); *Feger*, Flucht aus dem Arbeitgeberverband, AiB 1995, 490 (501 f.); *Däubler/Lorenz* (Fn. 15), § 3 Rn. 36; *Reuter*, Die Mitgliedschaft ohne Tarifbindung (OT-Mitgliedschaft) im Arbeitgeberverband, RdA 1996, 201 (203); *Willemssen/Mehrens*, Neues zum »Blitzwechsel« in die OT-Mitgliedschaft und Unterstützungsstreik, NZA 2013, 79 (80); *Niklas/de Diego/Weishaupt*, Erhöhte Anforderungen an die OT-Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband, ArbRAktuell 2016, 158 (160).

54 *Walsler* (Fn. 35), S. 1.

55 *Walsler* (Fn. 35), S. 1; *Deinert* (Fn. 40), SR 2017, 24 (32); s. dazu auch unten D.II.

56 *Bock*, Tarifdispositives Arbeitnehmerschutzrecht und Tarifautonomie (2005), S. 36.

57 V.a. *Buschmann* (Fn. 12), S. 91 (91 f.), der von einem »Abbau des Arbeitnehmerschutzes durch kollektives Arbeitsrecht« spricht; *Ulber* (Fn. 8), S. 587 ff., der die Schutzpflicht des Gesetzgebers betont.

58 Vgl. BVerfGK 4, 356 Rn. 20; *Bock* (Fn. 56), S. 348; *Löwisch/Rieble* (Fn. 9), § 1 Rn. 1068.

59 ErfKomArbR/*Linsenmaier* (Fn. 26), Art. 9 GG Rn. 66.

60 *Berg/Kocher/Schumann/Berg* (Fn. 21), Rn. 50.

61 *Jacobs/Krause/Oetker/Schubert/Krause*, Tarifvertragsrecht, 2. Auflage (2013), § 1 Rn. 143.

62 Auch: *Angemessenheitsvermutung*, s. *Krämer*, Die Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrags (2015), S. 172.

63 *Schlachter/Klauk*, Tarifdispositivität – eine zeitgemäße Regelung?, AuR 2010, 354 (357); *Waltermann* (Fn. 15), RdA 2014, 86 (92 f.).

64 *Krämer* (Fn. 62), S. 172.

65 BVerfGE 4, 96 (96); *Wiedemann/Jacobs* (Fn. 9), Einl. Rn. 2.

66 BVerfG NJW 1979, 699 (709); BVerfGE 50, 290.

67 *Kempfen/Zachert/Kempfen* (Fn. 7), Einl. Rn. 141; *Wiedemann/Jacobs* (Fn. 9), Einl. Rn. 3.

## I. Auswirkung der dargestellten Entwicklung auf die Wirkung tarifdispositiven Gesetzesrechts

Tarifdispositives Gesetzesrecht ist in der Praxis vor allem im Rahmen der Abweichung vom Gesetz zulasten von Arbeitnehmer:innen von Bedeutung, da eine Abweichung von Gesetz oder Tarifvertrag zugunsten von Arbeitnehmer:innen ohnehin regelmäßig möglich ist.<sup>68</sup> Daher steht es in einem Spannungsfeld zwischen Arbeitnehmer:innenschutz einerseits und andererseits einer möglichst flexiblen Arbeitsalltagsgestaltung durch die Tarifvertragsparteien, deren Interessen grundsätzlich widerstreitend sind: Während das Hauptinteresse der Arbeitgeber:innenseite regelmäßig wirtschaftlicher Art ist, sind für die Arbeitnehmer:innenseite ein bestmöglicher Arbeitnehmer:innenschutz in allen Bereichen<sup>69</sup> und höhere Löhne<sup>70</sup> von maßgeblichem Interesse, was für den:die Arbeitgeber:in wiederum regelmäßig eine größere finanzielle Belastung bedeutet. Es ist somit nicht von der Hand zu weisen, dass der Gesetzgeber durch die Schaffung tarifdispositiven Gesetzesrechts den Schutzauftrag gegenüber den Arbeitnehmer:innen in gewisser Weise an die Tarifvertragsparteien delegiert: Er nimmt den gesetzlichen Schutz zurück und überlässt den Tarifvertragsparteien eine Materie zur eigenständigen Regelung.<sup>71</sup> Dadurch werden die Materien einer Rechtskontrolle anhand des tarifdispositiv gestellten Teils des Gesetzes entzogen.<sup>72</sup> Tarifvertragsparteien haben deshalb bei der Abweichung von gesetzlichen Vorschriften stets deren Schutzzweck zu berücksichtigen.<sup>73</sup> Jedoch ist regelmäßig nicht hinreichend geklärt, wie weit eine solche Berücksichtigung gehen muss.<sup>74</sup> Der Gesetzgeber hat zwar die Möglichkeit, den Rahmen für eine Abweichung vorzugeben und damit die Flexibilitätsspielräume für die Tarifvertragsparteien einzuschränken,<sup>75</sup> macht hiervon in der Praxis allerdings selten Gebrauch, was im Schrifttum vielfach kritisiert wird.<sup>76</sup> Demzufolge ist es bei der Schaffung tarifdispositiven Gesetzesrechts mehr als ohnehin schon elementar, dass das vom Gesetzgeber bereitgestellte Tarifsystem als solches funktioniert und es zu einem angemessenen Interessenausgleich der beiden Sozialpartner kommen kann, von dem der Gesetzgeber allgemein ausgeht (Angemessenheitsvermutung).<sup>77</sup>

Die bereits oben dargestellten Entwicklungen der Tarifstrukturen führen jedoch dazu, dass das an sich durchdachte System mit möglichst viel Gestaltungsfreiheit der Tarifver-

tragsparteien dysfunktional werden kann. Dieser Umstand hat sich besonders im Bereich des tarifdispositiven Gesetzesrechts in der Vergangenheit als problematisch herausgestellt. Sehr anschaulich lässt sich dies am Beispiel der Leiharbeit und konkret dem Fall der CGZP<sup>78</sup> verdeutlichen. Dieser wurde im Jahr 2010 die Tariffähigkeit als Folge eines langen Rechtsstreits durch das BAG aberkannt.<sup>79</sup> Folgendes war geschehen:

Als Resultat einer Bundesverfassungsgerichtsentscheidung<sup>80</sup>, durch die das Verbot gewerksmäßiger Arbeitnehmer:innenüberlassung aufgehoben wurde, war selbige durch das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) in einen gesetzlichen Rahmen gegossen worden.<sup>81</sup> Eine Gesetzesänderung im Jahr 2003<sup>82</sup> hatte das Ziel, hohen Flexibilitätsanforderungen gerecht zu werden und zog die Abschaffung zahlreicher Schutzvorschriften nach sich,<sup>83</sup> die mit der Einführung des sog. Diskriminierungsverbots<sup>84</sup> gegenüber Leiharbeiter:innen zunächst kompensiert wurde.<sup>85</sup> Dieser Grundsatz wurde durch den Gesetzgeber allerdings tarifdispositiv ausgestaltet.<sup>86</sup>

Nach dieser Reform des AÜG entwickelten sich in Rekord-schnelle Gewerkschaften, u.a. die CGZP. Diese trafen mit den Arbeitgeber:innenverbänden tarifliche Vereinbarungen, die im Schrifttum allgemein als Dumpingtarifverträge gesehen wurden,<sup>87</sup> da sie Arbeitsbedingungen schufen, die ohne Kompensation weit unter dem eigentlich gesetzlich vorgesehenen Mindestschutz zurückblieben. Dies war deshalb möglich, weil schon damals beiderseitige Tarifbindung in der Leiharbeitsbranche ein absoluter Ausnahmefall war.<sup>88</sup> Die dortige flächendeckende Tarifgeltung beruhte nicht auf Tarifbindung gemäß § 3 I TVG, sondern auf formularmäßiger Bezugnahme durch Arbeitsverträge.<sup>89</sup> Hierdurch konnte der Gleichbehandlungsgrundsatz, der eigentlich die Gleichbehandlung von Leiharbeiter:innen und Stammarbeiter:innen absichern sollte, »flächen-

68 Jacobs/Krause/Oetker/Schubert/Krause (Fn. 61), § 1 Rn. 143.

69 <https://www.tagesschau.de/investigativ/ndr-wdr/arbeitsschutz-kontrollen-101.html> und <https://www.tagesschau.de/investigativ/ndr-wdr/fleisch-mitarbeiter-infiziert-101.html>, zuletzt abgerufen am 23.12.2022.

70 <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/loehne112.html> und <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/konjunktur/ig-metall-lohnforderung-uebergewinnsteuer-arbeitgeber-industrie-konjunktur-inflation-lohn-preis-spirale-101.html>, zuletzt abgerufen am 23.12.2022.

71 Ulber (Fn. 8), S. 516.

72 Ulber (Fn. 8), S. 516.

73 Jacobs/Krause/Oetker/Schubert/Krause (Fn. 61), § 4 Rn. 144.

74 Jacobs/Krause/Oetker/Schubert/Krause (Fn. 61), § 4 Rn. 144.

75 MHdbArbR/Klumpff (Fn. 5), § 237 Rn. 111.

76 Vgl. Ulber (Fn. 33), SR 2018, 89 (94); Buschmann (Fn. 12), S. 93 f.

77 Krämer (Fn. 62), S. 172.

78 Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen.

79 BAG v. 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 6.

80 BVerfGE 21, 261 – Arbeitsvermittlungsmonopol.

81 BT-Drs. 06/2303, S. 9 f.

82 BGBl. 2002 I S. 4607.

83 BT-Drs. 15/25, S. 24.

84 Auch: *Equal Pay und Equal Treatment*, bzw. *Gleichstellungsgrundsatz*, damals verankert in § 3 I Nr. 3, § 9 Nr. 2, § 10 IV AÜG.

85 Ulber (Fn. 8), S. 56.

86 Ulber, Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit der CGZP als Spitzenorganisation?, NZA 2008, 438 (438 f.).

87 Schüren, Die Verfassungsmäßigkeit der Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – ein Rückblick mit Ausblick, RdA 2006, 303 (306); Hamann, Die Reform des AÜG im Jahr 2011, RdA 2011, 321 (321); Berg, Arbeitskampf(recht) vor neuen Herausforderungen?, RdA 2019, 110 (111); Ulber (Fn. 8), S. 57.

88 Lembke/Distler, Die Bezugnahme auf Tarifverträge der Zeitarbeitsbranche durch Unternehmen mit Mischbetrieben, NZA 2006, 952 (953); Schüren/Riederer v. Paar, Gefährliche Tarifverträge: Risiken nichtiger Tarifverträge in der Leiharbeit, AuR 2004, 241 (241 f.).

89 Waltermann (Fn. 15), RdA 2014, 86 (89).

deckend ausgeschaltet«<sup>90</sup> werden. Auf Bestreben der DGB-Gewerkschaften gelangte der Fall vor die Arbeitsgerichte. Erklärtes Ziel war die Aberkennung der Tariffähigkeit der CGZP nach § 2 III TVG, die im Jahr 2010 schließlich auch erfolgte.<sup>91</sup>

Der Fall verdeutlicht, dass vor allem die Vertragsparität, also eine zwischen Arbeitgeber:innen- und Arbeitnehmer:innenseite ausgeglichene Verhandlungsstärke, die unmittelbar durch die Tarifbindung bedingt wird, großen Einfluss darauf hat, wie das Tarifsystem und in ihm das tarifdispositive Gesetzesrecht funktioniert.

## II. Beitrag tarifdispositiven Gesetzesrechts zur negativen Entwicklung der Tarifstrukturen

Allerdings ist nicht auszuschließen, dass auch tarifdispositives Recht selbst zu den spürbaren Fehlentwicklungen der Tarifstrukturen beiträgt.

Durch seine Natur als *einziges* Instrument der Sozialpartner, um gesetzliche Mindestschutzstandards in der Arbeitswelt zu unterschreiten, ist tarifdispositives Gesetzesrecht für Arbeitnehmer:innen freilich kein Anreiz dafür, einer tarifschließenden Gewerkschaft beizutreten. Im Gegenteil wirkt die Gefahr schlechterer Arbeitsbedingungen, *trotz* Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft, isoliert betrachtet eher abschreckend.<sup>92</sup> Im Zusammenhang mit schwachen Tarifstrukturen gibt tarifdispositives Recht sogar vielmehr einen Anreiz zur Ausnutzung der Möglichkeit der Vereinbarung von Arbeitsbedingungen weit unter den gesetzlichen Mindeststandards, also zu deren Missbrauch, wie der Fall der CGZP so klar gezeigt hat.

## D. Daseinsberechtigung tarifdispositiven Gesetzesrechts

Nach alledem stellt sich die Frage, ob tarifdispositives Gesetzesrecht den veränderten Umständen in seiner jetzigen Form gerecht werden kann und noch ein zeitgemäßes Instrument zur Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen darstellt.<sup>93</sup>

### I. Aktuelle Lage

Es hat sich gezeigt, dass die Entwicklung des Tarifsystems auch Einfluss auf die Wirkungsweise tarifdispositiven Gesetzesrechts hat. Das Grundkonzept von mehr Spielraum in der Ausgestaltung des Arbeitsalltags für die Tarifparteien ist für die Wahrung der grundrechtlich gewährleisteten Tarifautonomie zwar zielführend, denn soweit der Gesetzgeber auf dem Gebiet des Arbeitsrechts tätig wird, tangiert er

zwangsläufig die Tarifautonomie der Tarifvertragsparteien.<sup>94</sup> Es wird jedoch auch deutlich, dass im gegenwärtigen Zustand der Tarifstrukturen das tarifdispositive Gesetzesrecht oftmals nicht so funktioniert, wie es soll. Dies wiederum geht überwiegend zulasten der Arbeitnehmer:innen.<sup>95</sup>

Vor diesem Hintergrund ist die vielfach gestellte Frage berechtigt, ob und in welchem Umfang der Gesetzgeber überhaupt in Ansehung grundrechtlicher Schutzpflichten Tariföffnungsklauseln schaffen und damit die Implementierung eines die Schutzpflichten in tatsächlicher Hinsicht erfüllenden Schutzstandards an die Tarifvertragsparteien delegieren darf.<sup>96</sup> In diesem Zusammenhang ist vor allem von Bedeutung, inwieweit er hierfür selbst Vorgaben machen muss, wobei er insbesondere die aktuelle Lage und die weitere Entwicklung von Tarifgebundenheit und Tarifautonomie zu berücksichtigen hat.<sup>97</sup>

Umgekehrt sollte tarifdispositives Gesetzesrecht keinen Beitrag zu weniger Tarifbindung und somit dysfunktionaler Tarifautonomie leisten und den Tarifvertragsparteien nicht ihren rechtssicheren Rahmen für ihre Vereinbarungen nehmen.<sup>98</sup>

## II. Denkbare Maßnahmen zur Modifikation tarifdispositiver Vorschriften

Unter der Überschrift »Arbeit weiter denken: Trends erkennen, Innovationen erproben, Sozialpartnerschaft stärken«<sup>99</sup> sind im Weißbuch des BMAS aus März 2017 Maßnahmen angeführt, die der erkannten Schwächung der Tarifautonomie entgegenwirken sollen.<sup>100</sup> Mehrfach wird die Einführung sog. Experimentierräume für die Sozialpartner ins Spiel gebracht, in deren Rahmen gesetzliche Änderungen von Öffnungsklauseln erprobt und bzgl. ihrer Wirkung überprüft werden sollen.<sup>101</sup> Dies hätte zur Folge, dass den Tarifparteien im Rahmen der ohnehin schwachen Tarifstrukturen noch mehr Spielräume gewährt würden. Dieses Regelungskonzept wird teilweise als naiv betitelt: Einerseits sei bereits die Vereinbarkeit mit Unions- und nationalem Verfassungsrecht einer solch weitreichenden Autonomie fragwürdig, andererseits werde das Problem der geringen Tarifbindung (und dadurch schwachen Tarifautonomie) nicht durch das Einräumen von noch mehr Gestaltungsspielräumen zugunsten der Tarifparteien gelöst.<sup>102</sup> Schon die gegenwärtige Ausgestaltung führe dazu, dass die eigentlich gewollten Mindeststandards sehr leicht und vor allem ohne Kompensation an anderer Stelle unterschritten würden.<sup>103</sup> Es sollten besser erst die bereits bestehenden

<sup>90</sup> *Deinert*, Kernbelegschaften – Randbelegschaften – Fremdbelegschaften Herausforderungen für das Arbeitsrecht durch Reduzierung von Stammbeflegschaften, RdA 2014, 65 (68).

<sup>91</sup> BAG v. 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 6.

<sup>92</sup> *Greiner* (Fn. 38), NZA 2018, 563 (564).

<sup>93</sup> Vgl. *Schlachter/Klauk* (Fn. 63), AuR 2010, 354 (354 ff.).

<sup>94</sup> *Jacobs/Krause/Oetker/Schubert/Krause* (Fn. 61), § 1 Rn. 124.

<sup>95</sup> *Greiner* (Fn. 38), NZA 2018, 563 (565 f.).

<sup>96</sup> *Ulber* (Fn. 8), S. 516.

<sup>97</sup> Dazu siehe E.

<sup>98</sup> *Ulber* (Fn. 33), SR 2018, 89 (94).

<sup>99</sup> Weißbuch BMAS 2017, S. 188.

<sup>100</sup> Weißbuch BMAS 2017, S. 157 f.

<sup>101</sup> Weißbuch BMAS 2017, S. 193.

<sup>102</sup> *Ulber* (Fn. 33), SR 2018, 89 (94).

<sup>103</sup> *Ulber* (Fn. 33), SR 2018, 89 (94).

»Insuffizienzen« beseitigt werden, bevor sich die gegenwärtige Situation durch mehr Freiraum in der Abweichung vom Gesetz noch verschlimmere.<sup>104</sup> In der Tat wäre der Weg geebnet für eine noch umfassendere Delegation von Schutzpflichten. Andere sehen den Gesetzgeber in der Pflicht: Es dürfe nicht der Rechtsprechung überlassen bleiben, »das Problem bei der Tariffähigkeit von Arbeitnehmervertretungen zu therapieren«.<sup>105</sup> Der Gesetzgeber sollte daher nicht in derartigen Konstellationen die Tarifdispositivität mit der Möglichkeit einer formularmäßigen Bezugnahme im Arbeitsvertrag verbinden und die Tarifautonomie in ein schlechtes Licht rücken.<sup>106</sup>

Manche halten es hingegen für verfehlt, von den Erfahrungen im Bereich der Leiharbeit generelle Rückschlüsse auf das tarifdispositive Recht zu ziehen und das gesamte Gestaltungsinstrument zu verteufeln. Handele eine »echte« und in ihrer Zuverlässigkeit bewährte Gewerkschaft, werde es eine Unterschreitung gesetzlicher Standards ohne hinlängliche Kompensation an anderer Stelle nicht geben.<sup>107</sup> Vielmehr sei gerade tarifdispositives Gesetzesrecht geeignet, auf Arbeitgeber:innenseite Anreize zum Verbandsbeitritt zu schaffen, was zudem wirkungsvoller zu einer gesteigerten Tarifbindung beitragen könnte.<sup>108</sup> Die Flexibilität, die Tarifdispositivität in der Ausgestaltung von Arbeitsbedingungen mit sich bringt, schafft für Arbeitgeber:innen grundsätzlich einen Anreiz zum Verbandsbeitritt. De facto beseitige jedoch die Möglichkeit der arbeitsvertraglichen Bezugnahme diesen Effekt wieder, da sie auch nicht-tarifgebundenen Unternehmen zur Verfügung steht.<sup>109</sup> Darüber hinaus begünstige die Kombination aus tarifdispositivem Gesetzesrecht und einer arbeitsvertraglichen Bezugnahme den Bedeutungsgewinn mitgliederschwacher Gewerkschaften, die zu einer Unterbietung gesetzlichen Schutzes bereit sind.<sup>110</sup>

Ein konkreter Vorschlag ist, die Möglichkeit der arbeitsvertraglichen Inbezugnahme des Tarifvertrags als Gestaltungsmittel zur Unterschreitung nur tarifgebundenen Arbeitgeber:innenn zuzubilligen.<sup>111</sup> So werde Tarifdispositivität zu einem exklusiven Gestaltungsmittel tarifgebundener Unternehmen.<sup>112</sup> Gleichzeitig wäre man auf diese Weise zwei wünschenswerten Folgen näher: Zum einen einem tatsächlichen Anreiz, sich als Arbeitgeber:in in die normative Tarifgebundenheit (§ 3 I TVG) zu begeben und andererseits der Möglichkeit einer Kompensation für unterschrittene

Mindeststandards an anderer Stelle für die tarifgebundenen Arbeitnehmer:innen.

Ein anderer Vorschlag wäre etwa, die Bezugnahmemöglichkeit an die Bedingung einer staatlichen Vorprüfung zu knüpfen, die allerdings mit der Tarifautonomie in Einklang gebracht werden müsste.<sup>113</sup>

Es wäre zudem denkbar, die rechtlichen Kontrollmöglichkeiten im Bereich des tarifdispositiven Gesetzesrechts zu erweitern, diese etwa nicht weiterhin vollumfänglich einer Inhaltskontrolle gemäß § 310 IV BGB zu entziehen. Es bleibt jedoch zweifelhaft, ob der Gesetzgeber so der Gefahr eines Unterbietungswettbewerbs in Bezug auf die Arbeitsbedingungen durch eine Tarifinhaltskontrolle speziell bei Nutzung tarifdispositiver Regelungsspielräume wirksam begegnen könnte.<sup>114</sup>

## E. Fazit

Die Untersuchungen lassen in einer bilanzierenden Gesamtbetrachtung zwei Schlüsse zu: Die Funktionsweise tarifdispositiven Gesetzesrechts ist einerseits maßgeblich von dem System abhängig, in dem es zur Anwendung kommt. Zum anderen wird sich die Tarifautonomie nicht aus sich heraus stärken, vielmehr bedarf es hierfür des – gewissenhaften – Tätigwerdens durch den Gesetzgeber.<sup>115</sup>

Hierfür gibt es auch gute Gründe: Die Vorteile, die tarifdispositives Gesetzesrecht mit sich bringen kann, liegen auf der Hand.<sup>116</sup> Der Grundgedanke, eine autonome Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch zwei paritätische Sozialpartner zu ermöglichen, verfolgt vor dem Hintergrund ihres Status und ihrer Funktion in der Rechtsordnung hehre Ziele und ist der Tarifautonomie äußerst zuträglich. Zum einen findet die Anerkennung der »Tarifautonomie und ihrer Einbettung in die staatliche Gesetzgebung« durch den Gesetzgeber statt.<sup>117</sup> Zum anderen nimmt er durch die Schaffung tarifdispositiven Rechts die größere Sachnähe der Tarifvertragsparteien<sup>118</sup> in Anspruch und schafft zugleich die Möglichkeit einer verhältnismäßig schnellen Anpassung an sich rasch verändernde Situationen.<sup>119</sup> Ferner sorgt die Konzeption für eine gewisse Dezentralisierung der Rechtsetzung,<sup>120</sup> was insbesondere auf dem Gebiet des Arbeitsrechts aufgrund der so vielfältigen Arbeitsalltage, die mit einem Gesetz gar nicht alle zu erfassen sind, von großem Vorteil ist.

<sup>104</sup> Ulber (Fn. 33), SR 2018, 89 (94).

<sup>105</sup> Waltermann (Fn. 15), RdA 2014, 86 (89).

<sup>106</sup> Waltermann (Fn. 15), RdA 2014, 86 (89).

<sup>107</sup> Greiner (Fn. 38), NZA 2018, 563 (564).

<sup>108</sup> Walser, S. 1 f.

<sup>109</sup> Greiner (Fn. 38), NZA 2018, 563 (564).

<sup>110</sup> Waltermann (Fn. 15), RdA 2014, 86 (89).

<sup>111</sup> Greiner (Fn. 38), NZA 2018, 563 (565).

<sup>112</sup> Greiner (Fn. 38), NZA 2018, 563 (565); so auch Deinert (Fn. 40), SR 2017, 24 (29); Deinert/Walser (Fn. 11), AuR 2015, 386 (390); a. A. Bepler, Tarifdispositives Gesetzesrecht, in: FS Kempen (2013), S. 109 (121), der in der Folge eine Differenzierung von Gewerkschaften erster und zweiter Klasse besorgt und die Anknüpfung an ein »Heraushebungsmerkmal« kritisiert, das bereits Voraussetzung für die Tariffähigkeit ist.

<sup>113</sup> Corzelius, Grundlagen, Wirkungen und Grenzen des Tarifdispositiven Rechts in der Arbeitnehmerüberlassung (2018), S. 137 f.

<sup>114</sup> Greiner (Fn. 38), NZA 2018, 563 (565).

<sup>115</sup> Waltermann (Fn. 15), RdA 2014, 86 (90).

<sup>116</sup> Waas, Tarifdispositive Normen und der Schutz der Koalitionsfreiheit, in: FS Birk (2008), S. 899 (901).

<sup>117</sup> Wiedemann/Wiedemann, Tarifvertragsgesetz Kommentar mit Durchführung- und Nebenvorschriften, 7. Auflage (2007), Einl. Rn. 380.

<sup>118</sup> Waas (Fn. 113), S. 899 (901).

<sup>119</sup> Wiedemann/Wiedemann (Fn. 114), Einl. Rn. 380.

<sup>120</sup> Wiedemann/Wiedemann (Fn. 114), Einl. Rn. 380.

Die genannten Punkte gelten auch nicht nur für die Arbeitgeber:innenseite: Einerseits liefert tarifdispositives Gesetzesrecht eine Verhandlungsmasse für die Tarifverhandlungen.<sup>121</sup> Andererseits darf nicht die Wettbewerbsfähigkeit eines:einer Arbeitgeber:in außer Acht gelassen werden: Diese liegt nämlich auch im Interesse seiner:ihrer Belegschaft. Denn der:die Arbeitgeber:in muss auch in der Lage sein, die bestmöglichen Arbeitsbedingungen zu finanzieren. Die Arbeitnehmer:innen haben nichts von den besten Arbeitsbedingungen, wenn diese das Unternehmen finanziell so belasten, dass es sich wirtschaftlich nicht halten kann. Hierfür tragen auch die Gewerkschaften eine gewisse Verantwortung, bessere Arbeitsbedingungen nicht um jeden Preis durchzusetzen und ihre Durchsetzungsmacht nicht zu überdehnen.

Eine vollständige Abschaffung tarifdispositiven Gesetzesrechts wäre im Hinblick auf Art. 9 III GG mit der Verfassung wohl nicht zu vereinbaren.<sup>122</sup> Die Darstellungen seiner theoretischen Vorzüge jedoch faktisch zu beobachtenden Nachteilen verdeutlichen allerdings auch, dass der Gesetzgeber nicht zu viel von seinem Schutzauftrag an die Tarifparteien delegieren darf, um einen fundamentalen Standard von Arbeitnehmer:innenschutz zu gewährleisten. Insbesondere muss der Gefahr eines Missbrauchs tarifdispositiver Vorschriften durch einen »Unterbietungswettbewerb« im Bereich der Sozialkosten, wie er bereits stattgefunden hat, vorgebeugt werden. Hierfür ist eine ausgewogene Anwendung tarifdispositiver Normen vonnöten: Ganz empfindliche Schutzbereiche sollten nicht tarifdispositiv gestellt werden. Als Beispiel hierfür kann etwa der Mindestlohn angeführt werden. Die Tarifdispositivstellung des Mindestlohns etwa steht dem eigentlichen Zweck des Mindestlohns, gleichwertige Lohnbedingungen für alle zu schaffen, diametral entgegen. Eine so grundlegende gesetzgeberische Entscheidung sollte nicht »im selben Atemzug« wieder zur Disposition gestellt werden.<sup>123</sup> Ähnliches lässt sich auch für den Gleichbehandlungsgrundsatz zwischen Leiharbeiter:innen und Stammarbeiter:innen anführen: Es erschließt sich auch bei näherem Hinsehen nicht, warum etwas so Grundlegendes wie ein Gleichbehandlungsgrundsatz abbedungen werden können sollte.

Des Weiteren ist im Falle der Schaffung tarifdispositiven Rechts eine nähere Ausgestaltung der Tariföffnungsklauseln notwendig, die konkretere Vorgaben schafft, wie etwa eine Obergrenze für Höchstarbeitszeiten im Arbeitszeitrecht. Der Gesetzgeber soll also den Tarifparteien möglichst viele Freiräume lassen, jedoch auch seinen prinzipiellen Schutzauftrag weiterhin wahrnehmen. Insbesondere darf nicht der Eindruck entstehen, der Gesetzgeber nutze ein bestehendes Funktionsdefizit der Tarifautonomie aus, um politisch unbequeme Entscheidungen auf die Sozialpartner abzuwälzen.<sup>124</sup> Bei der Entscheidung hat er primär die aktuellen Umstände und weitere Entwicklung der Tarifstrukturen zu

berücksichtigen. Denn nach dem Zweiten Weltkrieg sind tarifdispositive Normen, mit Ausnahme der Schaffung des AÜG, fast ausschließlich in Zeiten vergleichsweise hoher Organisationsgrade und Tarifbindung erlassen worden.<sup>125</sup> Diese Grundlage hat sich jedoch – wie ausgeführt – in den letzten Jahren gravierend geändert.<sup>126</sup>

Im Blick behalten werden sollten auch die weiteren Auswirkungen einer Tarifdispositivstellung im Zusammenwirken mit arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklauseln. In diesem Zusammenhang scheint der Vorschlag sachgerecht, die Möglichkeit einer arbeitsvertraglichen Inbezugnahme des Tarifvertrags auf tarifgebundene Arbeitgeber:innen zu beschränken und somit gleichzeitig einen Anreiz auf Arbeitgeber:innenseite zum Verbandsbeitritt zu schaffen.<sup>127</sup> Dies würde auch keine Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit der betroffenen Arbeitgeber:innen bedeuten, da diese nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG gerade nicht vor Anreizen zur Herstellung einer Tarifbindung ohne Beitrittsdruck schützt.<sup>128</sup> Wird dennoch argumentiert, die negativen Auswirkungen von Bezugnahmeklauseln für Außenseiter:innen seien unververtretbar, kann dem entgegengehalten werden, dass in einem solchen Falle eine Inhaltskontrolle gemäß §§ 305 ff. BGB bezogen auf den Arbeitsvertrag möglich und es dem:der Betroffenen demnach unbenommen bleibt, eine unangemessene Benachteiligung im Einzelfall geltend zu machen.<sup>129</sup>

Auch der Aspekt der Angemessenheitsvermutung müsste zunehmend hinterfragt werden, solange ein stabiles Tarifsystem, in dem ein paritätischer Interessenausgleich stattfinden kann, nicht gewährleistet ist. Sofern eine Inhaltskontrolle wegen § 310 IV BGB nicht stattfindet, müssen ggf. andere Kontrollmechanismen geschaffen werden, wo dies nötig erscheint. Auch dies steht jedoch unter dem Vorbehalt einer erneuten Stärkung der Tarifstrukturen, da auch bei geschwächter Tarifstruktur die Tarifautonomie ein stets zu berücksichtigendes Verfassungsgut darstellt. Es ließe sich also die Faustregel aufstellen: Je schwächer die Tarifstrukturen sind, desto mehr Regulierung durch den Gesetzgeber ist nötig. Hierbei ist ein effektiver Arbeitnehmer:innenschutz mit der Tarifautonomie in einen angemessenen Ausgleich zu bringen. Vor diesem Hintergrund müssen deshalb zunehmend Maßnahmen getroffen werden, um das Tarifsystem wieder zu stabilisieren und die Tarifstrukturen zu stärken, was ohnehin bereits aus der verfassungsrechtlichen Pflicht des Gesetzgebers folgt, ein funktionierendes Tarifsystem bereitzustellen, Art. 9 III GG.

Im Hinblick auf die aktuelle Beschaffenheit tarifdispositiven Gesetzesrechts und auf das System, in dem es wirkt, bleibt gegenwärtig nur der Appell an die Tarifakteure, ihrer Auf-

121 Greiner (Fn. 38), NZA 2018, 563 (564).

122 Waas (Fn. 116), S. 899 (903); a. A. Corzelius (Fn. 113), S. 124.

123 Waltermann (Fn. 15), RdA 2014, 86 (89).

124 Ulber (Fn. 8), S. 28.

125 Ulber (Fn. 33), SR 2018, 89 (94).

126 Ulber (Fn. 8), S. 37 ff.

127 Greiner (Fn. 38), NZA 2018, 563 (565).

128 BVerfGE 64, 208 Rn. 23.

129 Kohte, Tarifdispositives Arbeitszeitrecht – zwischen respektierter Tarifautonomie und eingeschränktem Gestaltungsspielraum, in: FS Bepler (2021), S. 287 (300).



gabe verantwortungsvoll nachzukommen und der Versuchung missbräuchlicher Koppelungsgeschäfte nicht nachzugeben.<sup>130</sup> Der Gesetzgeber hingegen ist aufgerufen, ausgewogene Maßnahmen zu treffen, die dazu führen, dass die Tarifstrukturen ihre vormals gegebene Funktionsfähigkeit im Sinne einer starken Tarifautonomie wiedererlangen.<sup>131</sup>

---

<sup>130</sup> Greiner (Fn. 38), NZA 2018, 563 (565).

<sup>131</sup> Von der Wirkung des *Tarifautonomiestärkungsgesetzes* waren ein Großteil der Betroffenen und auch die Rechtswissenschaft nicht überzeugt und sahen als Folge vielmehr eine Schwächung denn die Stärkung der Tarifautonomie. Reichold bezeichnete es sogar als »massivsten Eingriff in die Tarifautonomie seit Gründung dieser Republik«, Reichold, Stärkung in Tiefe und Breite – Wie viel Staat verkraftet die Tarifautonomie?, NJW 2014, 2534 (2534 ff.); ähnl. Hensler, Stärkung der Tarifbindung durch den Gesetzgeber?, RdA 2021, 1 (6).