

Auszug aus Hauptgutachten XVIII (2008/2009)

## **Kapitel V**

### **Arbeitsmarkt und Wettbewerb auf Produktmärkten**

---

1. Problemstellung und Zielsetzung
  2. Die kartellrechtliche Sonderordnung für Arbeitsmärkte
  3. Darstellung der Tariflandschaft in Deutschland
  4. (Re-)Stabilisierung des deutschen Flächentarifsystems durch deutsche Gesetzgebung und Rechtsprechung?
  5. Volkswirtschaftliche Analyse und wettbewerbliche Problemfelder
  6. Handlungsempfehlungen
-

# Inhaltsverzeichnis

<b>Kapitel V: Arbeitsmarkt und Wettbewerb auf Produktmärkten</b> .....	319
1. Problemstellung und Zielsetzung.....	319
2. Die kartellrechtliche Sonderordnung für Arbeitsmärkte .....	319
2.1 Ursachen.....	319
2.2 Rechtliche Grundlagen.....	320
3. Darstellung der Tariflandschaft in Deutschland.....	321
3.1 Die Organisation der Arbeitgeber .....	321
3.2 Die Organisation der Arbeitnehmer .....	321
3.2.1 Einheitsgewerkschaften .....	322
3.2.2 Spartengewerkschaften .....	323
3.2.3 Christliche Gewerkschaften .....	324
3.3 Zunehmende Erosion des Flächentarifsystems .....	326
3.4 Organisationsgrad der Gewerkschaften und Tarifbindung auf dem deutschen Arbeitsmarkt im europäischen Vergleich .....	327
4. (Re-)Stabilisierung des deutschen Flächentarifsystems durch deutsche Gesetzgebung und Rechtsprechung?.....	331
4.1 Allgemeinverbindlicherklärung gemäß Tarifvertragsgesetz und Arbeitnehmer- Entsendegesetz .....	331
4.2 Mindestlöhne gemäß Mindestarbeitsbedingungengesetz.....	333
4.3 Fortgeltung und Nachwirkung von Tarifverträgen.....	334
4.4 Öffnungsklauseln.....	334
4.5 Anforderungen an die Tariffähigkeit .....	335
4.6 Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln .....	337
4.8 Fazit.....	338
5. Volkswirtschaftliche Analyse und wettbewerbliche Problemfelder.....	338
5.1 Volkswirtschaftliche Analyse: Auswirkungen von Tarifkartellen auf nachgelagerte Produktmärkte.....	338
5.1.1 Historie: Produktmarktkartellierung über das Vehikel „Tarifvertrag“ bei fehlendem oder mangelndem Wettbewerb auf dem inländischen Produktmarkt bei geringer Nachfrageelastizität.....	338
5.1.2 Tariflicher Branchenmindestlohn im Falle differierender Produktivitätsniveaus der Unternehmen eines Marktes.....	339
5.1.3 Hump-shape-Hypothese.....	340
5.1.4 Ökonomische Theorien zu Spartengewerkschaften.....	341
5.1.5 Fazit.....	342
5.2 Wettbewerbliche Problemfelder: Allgemeinverbindlicherklärungen, Mindestlöhne und Spartengewerkschaften .....	343
5.2.1 Allgemeinverbindlicherklärungen gemäß Tarifvertragsgesetz und Arbeitnehmer- Entsendegesetz.....	343
5.2.2 Mindestlöhne gemäß Mindestarbeitsbedingungengesetz.....	347
5.2.3 Spartengewerkschaften .....	348
5.2.4 Fazit .....	350

6. Handlungsempfehlungen.....	350
6.1 Allgemeinverbindlicherklärung gemäß Tarifvertragsgesetz und Arbeitnehmer- Entsendegesetz.....	350
6.2 Mindestlöhne gemäß Mindestarbeitsbedingungengesetz.....	351
6.3 Spartengewerkschaften.....	351
6.3.1 Zeitliche Koordination .....	352
6.3.2 Kooperationspflichten.....	352
6.3.3 Umfassendes Aussperrungsrecht.....	352
6.3.4 Schlichtungsverfahren.....	353
6.3.5 Missbrauchsaufsicht.....	353

## Kapitel V

### Arbeitsmarkt und Wettbewerb auf Produktmärkten

#### 1. Problemstellung und Zielsetzung

**873.** In ihrem Zehnten Hauptgutachten hat sich die Monopolkommission bereits mit der Kartellstruktur auf den Märkten für abhängige Arbeit beschäftigt.<sup>1</sup> Allerdings lag der Fokus damals auf den Auswirkungen der Kartellwirkungen von Tarifverträgen auf die Beschäftigung. In der hier vorgelegten Untersuchung liegt indes das Augenmerk auf den wettbewerblichen Auswirkungen auf die Produktmärkte<sup>2</sup>. Hintergrund sind der Wandel des Tarifsystems in Deutschland und die damit verbundenen Auswirkungen. Angesprochen sind hierbei zwei Entwicklungslinien auf dem deutschen Arbeitsmarkt.

Zum einen ist eine fortwährende Abnahme der Anzahl tarifgebundener Beschäftigter zu konstatieren. Diesem Trend versucht der Gesetzgeber vermehrt entgegenzutreten; hieraus ergeben sich indes wettbewerblich nachteilige Auswirkungen auf die nachgelagerten Produktmärkte. Zum anderen beobachtet die Monopolkommission das vermehrte Auftreten verhandlungsstarker Spartengewerkschaften. Dieser Gewerkschaftswettbewerb komplementärer Berufsgruppen birgt indes Probleme, denn das gegenwärtige Institutionengefüge erlaubt Tarifpartnern, ihre Verteilungskonflikte auf dem Rücken Dritter auszutragen.

**874.** Die Zielsetzung der vorliegenden Untersuchung besteht darin aufzuzeigen, inwieweit Entwicklungen des Arbeitsmarktes den Wettbewerb auf nachgelagerten Produktmärkten negativ beeinflussen können. Abschließend werden Handlungsempfehlungen gegeben. Dabei zieht die Monopolkommission die grundrechtlich verbürgte Koalitionsfreiheit nicht in Zweifel. Sie weist jedoch auf wettbewerbliche Probleme hin, welche sich durch Interventionen der Politik sowie strukturelle Veränderungen des Marktes ergeben haben.

Konkret werden einerseits die Auswirkungen von Allgemeinverbindlicherklärungen gemäß Tarifvertragsgesetz und Arbeitnehmer-Entsendegesetz sowie die Festsetzung von Mindestlöhnen gemäß Mindestarbeitsbedingungengesetz auf Produktmärkte untersucht. Wettbewerbliche Probleme ergeben sich hierbei in Form der Schaffung bzw. Ausweitung branchenweiter Lohnkartelle, wodurch etablierten Unternehmen eines Marktes die Möglichkeit offeriert wird, Wettbewerber, insbesondere Newcomer, mittels Steigerung deren Personalkosten aus dem Markt zu drängen. Andererseits soll das Phänomen der Spartengewerkschaften untersucht werden. Dies ist wettbewerbspolitisch von Bedeutung, da mächtige Spartengewerkschaften im bestehenden Institutionengefüge höhere Löhne zulasten Dritter externalisieren können.

<sup>1</sup> Vgl. Monopolkommission, Mehr Wettbewerb auf allen Märkten, Hauptgutachten 1992/1993, Baden-Baden 1994, Kapitel VII.

<sup>2</sup> Produktmärkte oder auch Gütermärkte sollen Waren und Dienstleistungen gleichermaßen beinhalten.

#### 2. Die kartellrechtliche Sonderordnung für Arbeitsmärkte

##### 2.1 Ursachen

**875.** Die Grundproblematik auf Arbeitsmärkten liegt in der unterstellten verhandlungstechnischen Unterlegenheit des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber, welche letztlich das Arbeitsrecht auszugleichen versucht. Bei einem Arbeitsverhältnis handelt es sich um ein auf Dauer angelegtes, schuldrechtliches Austauschverhältnis, bei dem die persönlich zu erbringende Arbeitsleistung des Arbeitnehmers gegen die Zahlung von Arbeitsentgelt durch den Arbeitgeber ausgetauscht wird. Dies ist problematisch, da im Falle eines Arbeitsverhältnisses der Arbeitnehmer als abhängig Beschäftigter durch den Arbeitsvertrag der Weisungsbefugnis des Arbeitgebers unterworfen und von ihm abhängig ist. Darüber hinaus verbinden sich mit dem Bestand existenzielle Interessen der Arbeitnehmer – und auch deren Familien –, weil diese auf Arbeit im Dienste anderer zur Sicherung ihres Lebensunterhalts angewiesen sind. In Zeiten hoher Arbeitslosigkeit vergrößert sich diese Abhängigkeit des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber noch weiter, da der Arbeitgeber aus einem großen Arbeitsangebot wählen und den Arbeitsplatz rasch wieder besetzen kann, während ein knappes Arbeitsplatzangebot dem Arbeitnehmer bei seiner Wahl – und daraus abgeleitet seiner Verhandlungsposition hinsichtlich seiner Arbeitsbedingungen – Grenzen setzt. Der Arbeitnehmer hat gegenüber dem Arbeitgeber in vielen Fällen, so die Annahme, weniger Verhandlungsmacht und es besteht die Gefahr, dass er dadurch von seinem Arbeitgeber systematisch ausgenutzt wird. Kollektives Handeln zwischen Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften soll nun diese Unterlegenheit ausgleichen, indem ein Verhandeln auf gleicher Augenhöhe herbeigeführt wird.

**876.** Daneben haben kollektive Lohnverhandlungen auch eine friedenssichernde und ordnende Funktion und senken im Vergleich zu individuellen Lohnverhandlungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber die Transaktionskosten. Friedenssichernd sind kollektive Lohnverhandlungen, weil die dort geregelten Fragen während ihrer Laufzeit nicht zum Gegenstand von Arbeitskämpfen werden dürfen. Eine Ordnungsfunktion erfüllen Tarifverträge, da sie in ihrem Geltungsbereich einen einheitlichen Rechtsrahmen schaffen. Transaktionskosten werden eingespart, weil von Experten geführte, gebündelte Lohnverhandlungen, die überdies breite Bindungswirkung auf viele Einzelarbeitsverhältnisse entfalten und so zu einer Standardisierung beispielsweise von Arbeitsentgelten oder Qualifikationen beitragen, insgesamt geringere Transaktionskosten erzeugen, als wenn jeder Arbeitnehmer einzeln mit seinem Arbeitgeber einen Arbeitsvertrag aushandeln müsste.

## 2.2 Rechtliche Grundlagen

**877.** Artikel 9 Absatz 3 Satz 1 des Grundgesetzes (GG) bestimmt, dass das Recht der Bildung von Vereinigungen zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen für jedermann und alle Berufe gewährleistet ist; die Vorschrift bildet damit die verfassungsrechtliche Grundlage des kollektiven Arbeitsrechts. Die in Artikel 9 Absatz 3 Satz 1 GG garantierte Koalitionsfreiheit umfasst zum einen die Freiheit, eine Koalition zur Wahrung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu gründen, ihr beizutreten oder sich in einer Koalition zu betätigen (positive Koalitionsfreiheit). Zum anderen wird gemäß Rechtsprechung<sup>3</sup> hieraus auch die Freiheit abgeleitet, einer Vereinigung auch ohne negative Konsequenzen fernzubleiben und Arbeitsbedingungen beispielsweise individuell zu regeln (negative Koalitionsfreiheit). Zu den wichtigsten Garantielementen des Artikel 9 Absatz 3 GG gehören heute Tarifautonomie und Arbeitskampffreiheit. Tarifautonomie meint, dass Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände ohne staatliche Einflussnahme Arbeitsbedingungen regeln dürfen und der Staat sich lediglich auf die Festlegung des rechtlichen Rahmens beschränkt (z. B. das Tarifvertragsgesetz). Der Streik ist das primäre Arbeitskämpfungsmittel der Arbeitnehmer bzw. der Gewerkschaften. Kennzeichen des Streiks ist die planmäßig und gemeinschaftlich durchgeführte Arbeitsniederlegung, um hierdurch Druck auf den Arbeitgeber aufzubauen. Umgekehrt besteht die Reaktionsmöglichkeit des Arbeitgebers auf einen Streik in der sog. Aussperrung, durch die der Arbeitgeber die Arbeitsleistung unter Verweigerung der Lohnfortzahlung generell zurückweist.

**878.** Auf einfachgesetzlicher Grundlage bestimmt § 1 Absatz 1 Tarifvertragsgesetz<sup>4</sup> (TVG), dass der Tarifvertrag die Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien regelt und Rechtsnormen enthält, die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen ordnen können. Zentraler Regulationsgegenstand der Inhaltsnormen und wesentliches Ziel der Ausübung von Tarifmacht sind die Hauptleistungspflichten der Tarifvertragsparteien, insbesondere die Höhe der vom Arbeitgeber geschuldeten Vergütung. Tarifnormen über Entgelte regeln z. B. die Höhe des Entgelts einschließlich der Eingruppierung in das Entgeltsystem sowie Entgeltzuschläge für Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit. Der Hauptleistungspflicht des Arbeitgebers steht die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers gegenüber. Zentraler Gegenstand von Tarifnormen ist hier die Arbeitszeit. Geregelt werden unter anderem die Dauer und Lage der Arbeitszeit, Mehr- und Kurzarbeit sowie Erholungsurlaub.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Vgl. BVerfGE 50, 290, 370; BAGE 20, 175, AP Nr. 13 zu Artikel 9 GG.

<sup>4</sup> In der Fassung der Bekanntmachung vom 25. August 1969, BGBl. I S. 1323; zuletzt geändert durch Artikel 223 der Verordnung vom 31. Oktober 2006, BGBl. I S. 2407.

<sup>5</sup> Vgl. Franzen, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 9. Aufl., München 2009, § 1 Rn. 41.

**879.** Im Rahmen dieser Rechtsordnung können Vereinbarungen über Löhne und sonstige Arbeitsbedingungen kollektiv-, aber selbstverständlich auch einzelvertraglich getroffen werden. Auf kollektiver Ebene schließen Gewerkschaften als Arbeitnehmervertretungen mit Unternehmen Firmentarifverträge oder überbetrieblich mit Arbeitgeberverbänden sog. Verbands-, Branchen- oder Flächentarifverträge für ihre Mitglieder. Ebenso sind kollektive Betriebsvereinbarungen zwischen Geschäftsleitung und Betriebsrat für die Belegschaft eines Betriebes möglich. Gemäß § 77 Absatz 3 Satz 1 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) dürfen allerdings normalerweise nicht Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen betroffen sein, die üblicherweise durch Tarifvertrag geregelt werden. So hat der Tarifvertrag Vorrang gegenüber der Betriebsvereinbarung und dem Einzelarbeitsvertrag.

**880.** § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) findet bei Verträgen und Verhaltensabstimmungen, die das Marktverhalten auf dem Arbeitsmarkt regeln, nur eingeschränkt Anwendung.<sup>6</sup> Eine kollektive Koordinierung auf dem Markt für Arbeitsangebot und Arbeitsnachfrage durch Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände genießt also eine kartellrechtliche Sonderstellung. Sie ist im Grundsatz grundrechtlich erlaubt, vom Gesetzgeber gewünscht und wird von der Monopolkommission nicht in Zweifel gezogen. Die Regulationsgegenstände der Tarifvereinbarungen sind nicht alle gleichermaßen wettbewerblich relevant. Wettbewerbliche Relevanz haben vor allem die Vergütung und die Arbeitszeit. Zum einen wirken sie auf dem Arbeitsmarkt in der horizontalen Wettbewerbsbeziehung der Arbeitnehmer zueinander und verhindern einen Unterbietungswettbewerb zwischen den Arbeitnehmern. Zum anderen sind Wirkungen von Tarifabschlüssen auf Güter- und Dienstleistungsmärkte möglich, da flächendeckend höhere Löhne auch gleichzeitig flächendeckend höhere Produktpreise bedingen können. Bei Kollektivverhandlungen über die Arbeitszeit könnte eine Verbindung zu den Güter- und Dienstleistungsmärkten dort bestehen, wo durch sie die Betriebszeiten beeinflusst werden.

**881.** Die konstatierte grundsätzliche Freistellung vom Kartellverbot kann jedoch nicht grenzenlos wirken: Demnach sind Tarifverträge nur hinsichtlich der in § 1 TVG genannten Materien vom Kartellrecht ausgenommen. Durch Tarifvertrag können Inhalt, Abschluss und Beendigung von Arbeitsverhältnissen, ferner betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen geregelt werden. So kann die Arbeitszeit der Arbeitnehmer Gegenstand eines Tarifvertrags sein, nicht hingegen die Öffnungszeit des Betriebes.<sup>7</sup> Zwischen dem Arbeitsmarkt und den Güter- und Dienstleistungsmärkten bestehen Interdependenzen. Entwicklungen auf Gütermärkten haben Konsequenzen für den Arbeitsmarkt und umgekehrt wirken sich Änderungen des Preises für das Gut „Arbeit“ auf Güter- und Dienstleistungsmärkte aus. Der Unternehmer kauft die Arbeitskraft der Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt.

<sup>6</sup> Vgl. hierzu und zum folgenden Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., München 2007, § 1 Rn. 192 f. m. w. N.

<sup>7</sup> Vgl. KG, Urteil vom 21. Februar 1990, WuW/E OLG 4531 „Ladenöffnungszeit“.

Wenn der Unternehmer Güter oder Dienstleistungen am Markt anbietet und damit unternehmerisch im Sinne des GWB tätig wird, untersteht er dem GWB und damit all seinen Restriktionen. Soweit § 4 TVG verbindliche Kollektivvereinbarungen in Tarifverträgen erlaubt, kann das Kartellverbot nicht eingreifen; so sind die durch Gesetz zugelassenen Vereinbarungen des kollektiven Arbeitsrechts von der Anwendung des § 1 GWB ausgenommen. Einigen sich Tarifpartner auf Lohnerhöhungen, sind solche Absprachen grundsätzlich auch dann kartellrechtlich unangreifbar, wenn sie im Ergebnis zu Preiserhöhungen bei allen Unternehmen auf den Gütermärkten führen.<sup>8</sup>

**882.** Ob die gestiegenen Kosten über Preiserhöhungen tatsächlich an die Konsumenten weitergegeben werden, ist eine eigenständige Entscheidung der betroffenen Unternehmen. Erst wenn sich die Unternehmen untereinander zusätzlich darüber verständigen, die Lohnerhöhungen über die Preise weiterzugeben, ist der Anwendungsbereich des GWB eröffnet. Die angesprochenen Interdependenzen sind problematisch, wenn Unternehmen mittels Vereinbarungen auf dem Arbeitsmarkt Auswirkungen auf Güter- und Dienstleistungsmärkte anstreben. So können beispielsweise Regelungen zur Arbeitnehmersicherheit die Erzeugung bestimmter Produkte begünstigen oder verhindern und mittels Vereinbarungen über die Lage der Arbeitszeit konnten so in der Vergangenheit die Öffnungszeiten bei Gaststätten und im Handel determiniert werden.

### 3. Darstellung der Tariflandschaft in Deutschland

**883.** Das deutsche Tarifvertragswesen ist zunehmend veränderten Rahmenbedingungen unterworfen. Wesentliche, das Tarifvertragswesen beeinflussende Faktoren sind der technische Fortschritt, der Übergang von einer Industrie- zu einer Dienstleistungsökonomie sowie die fortschreitende internationale Verflechtung. Es stellt sich die Frage, inwieweit die derzeitige Ausgestaltung des Tarifsystems den neuen Anforderungen standhält. Hierfür soll zunächst gezeigt werden, wie sich die Tariflandschaft in Deutschland aktuell gestaltet.

#### 3.1 Die Organisation der Arbeitgeber

**884.** Die Dachorganisation der Arbeitgeberverbände bildet die sog. Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) mit ca. zwei Millionen Unternehmen. Mitglieder der BDA sind 14 überfachliche Landesverbände (für Bayern beispielsweise die Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft; Berlin und Brandenburg sowie Hamburg und Schleswig-Holstein besitzen jeweils einen gemeinsamen Landesverband) und 56 Bundesfachspitzenverbände aus den Bereichen Industrie, Handel, Finanzwirtschaft, Verkehr, Handwerk, Dienstleistung, Landwirtschaft<sup>9</sup> (z. B. Hauptverband der Deutschen Bauindustrie,

Hauptverband des Deutschen Einzelhandels, Verband Deutscher Zeitschriftenverleger). Die Organisation der Arbeitgeber unterteilt sich demnach einerseits regional und andererseits fachlich. Die allgemeinen Arbeitgeberverbände sind – anders als die Fachverbände – nicht in Arbeitskämpfe involviert; Tarifverhandlungen werden demnach regelmäßig von den Fachverbänden durchgeführt. Die überfachlichen Verbände sind dagegen reine Interessenvertreter. Sowohl die BDA als auch die Fach- und Regionalverbände auf höherer Ebene sind Verbände von Verbänden, d. h. die Verbände auf den unteren Ebenen schließen sich zu einem übergeordneten Landesverband zusammen. Die Willensbildung hinsichtlich der Tarifverhandlungsstrategie findet normalerweise auf regionaler Ebene bei den regionalen Branchenverbänden statt. Viele der Mitglieder organisieren nicht nur Tarifträgerverbände, sondern auch Verbände, die keine Tarifbindung vermitteln (OT-Verbände). Bei allen grundlegenden Entscheidungen der BDA wirken die Vertreter der einzelnen Wirtschaftszweige mit.<sup>10</sup>

**885.** Ein BDA-Mitglied ist etwa der Arbeitgeberverband Gesamtmetall, in dem die Arbeitgeberverbände der Metall- und Elektroindustrie aus ganz Deutschland zusammengeschlossen sind. Der Arbeitgeberverband Gesamtmetall ist der Dachverband von 22 Arbeitgeberverbänden der Metall- und Elektroindustrie (M+E-Industrie). In den M+E-Verbänden sind insgesamt 6 300 Unternehmen mit mehr als 2 Millionen Beschäftigten organisiert. Davon sind 4 000 Unternehmen tarifgebunden (mit 1,8 Millionen Beschäftigten) und 2 300 sog. OT-Mitglieder (mit 250 000 Beschäftigten). Die Metall- und Elektroindustrie in Deutschland zählt insgesamt rund 22 000 Unternehmen, davon 15 000 industrielle (7 000 sind große Handwerksbetriebe) mit 3,6 Millionen Beschäftigten.<sup>11</sup>

#### 3.2 Die Organisation der Arbeitnehmer

**886.** Es gibt in Deutschland drei gewerkschaftliche Dachverbände, welche als Interessenvertretung fachübergreifend agieren: den Deutschen Gewerkschaftsbund (DGB) mit ca. 6,37 Millionen Mitgliedern (2008), den dbb beamtenbund und tarifunion als Interessenvertretung für Beamte und Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst und im privaten Dienstleistungssektor mit 1,25 Millionen Mitgliedern (2009) sowie an dritter Stelle den Christlichen Gewerkschaftsbund (CGB) mit 278 000 Mitgliedern.<sup>12</sup> In diesen drei Dachverbänden sind jeweils Einzel-

<sup>8</sup> Vgl. BKartA, Brief vom 6. August 1962, B4-409/61, WuW/E BKartA 502 „Gagenstoppabkommen“.

<sup>9</sup> Vgl. nur zu diesen Bereichen BDA, Mitglieder, <http://www.bda-online.de/www/arbeitgeber.nsf/id/13C4948D0DD34D96C1256DE70069F2E1> [Stand: 17. November 2009].

<sup>10</sup> Vgl. BDA, Die BDA – Im Dienst der Unternehmen, [http://www.bda-online.de/www/arbeitgeber.nsf/res/BDA\\_Im\\_Dienst\\_der\\_Unternehmen.pdf/\\$file/BDA\\_Im\\_Dienst\\_der\\_Unternehmen.pdf](http://www.bda-online.de/www/arbeitgeber.nsf/res/BDA_Im_Dienst_der_Unternehmen.pdf/$file/BDA_Im_Dienst_der_Unternehmen.pdf) [Stand: 17. November 2009].

<sup>11</sup> Vgl. Gesamtmetall – die Arbeitgeberverbände der Metall- und Elektroindustrie, Der Arbeitgeberverband Gesamtmetall, [http://www.gesamtmetall.de/gesamtmetall/meonline.nsf/id/DE\\_Verband](http://www.gesamtmetall.de/gesamtmetall/meonline.nsf/id/DE_Verband) [Stand: 17. November 2009].

<sup>12</sup> Die Zahlen beruhen auf Gewerkschaftsangaben der jeweiligen Homepages. Für den DGB vgl. <http://www.dgb.de/dgb/mitgliederzahlen/mitglieder.htm>. Für den dbb vgl. <http://www.dbb.de/dbb.php> und für den CGB vgl. <http://www.cgb.info/aktuell/imblickpunkt.php> [jeweils Stand: 17. November 2009].

gewerkschaften unter einem Dach zusammengefasst. Daneben gibt es einzeln agierende, berufsgruppenspezifische Gewerkschaften, sog. Berufs- bzw. Spartengewerkschaften<sup>13</sup>, aus den Bereichen Kultur, Gesundheitswesen, (Luft-)Verkehr und Medien.

**887.** In der deutschen Tariflandschaft werden in Deutschland drei verschiedene Gewerkschaftstypen unterschieden: Einheitsgewerkschaften, Spartengewerkschaften und christliche Gewerkschaften, welche allesamt nachfolgend genauer vorgestellt werden sollen.

### 3.2.1 Einheitsgewerkschaften

**888.** Nach dem Zweiten Weltkrieg präferierten die Alliierten das Modell der Einheitsgewerkschaft; eine Neugründung der christlichen Gewerkschaften wurde beispielsweise verhindert. Löhne wurden in Deutschland lange Zeit primär durch Kollektivverhandlungen auf Branchenebene festgelegt. Einheitsgewerkschaften zeichnen sich durch einen Zusammenschluss von Arbeitnehmern unterschiedlicher Merkmale (im Sinne unterschiedlicher Qualifikationen, arbeitsvertraglicher Differenzen oder differierender politischer und weltanschaulicher Ausrichtung) zu einer Gewerkschaft aus; es gilt hier das Prinzip „ein Betrieb, eine Gewerkschaft“ – selbst dann, wenn in einem Betrieb verschiedene Berufszweige bzw. Branchen vertreten sind. Das heißt, dass z. B. in einem Holzverarbeitenden Betrieb nur die Gewerkschaft Holz und Kunststoff als Tarifpartner auftritt. Konkurrenz übriger Gewerkschaften zu den mächtigen Gewerkschaften des Deutschen Gewerkschaftsbundes gab es lange Zeit kaum. Wenn nun ein Arbeitgeberverband mit der ehemaligen Deutschen Angestellten Gewerkschaft (DAG), welche eigenständig war und nicht zum DGB gehörte, verhandelte, dann stimmten dieser Tarifvertrag und der mit einer DGB-Gewerkschaft abgeschlossene Tarifvertrag für einen Tarifbezirk in aller Regel überein; oftmals verhandelten die unterschiedlichen Gewerkschaften sogar gemeinsam. In Einheitsgewerkschaften gilt das Prinzip der solidarischen Lohnpolitik. Unabhängig von der wirtschaftlichen Lage und der jeweils spezifischen Machtkonstellation im Betrieb existiert ein übergeordnetes, umfassendes System der Arbeitsbewertung, welches an der gesamtwirtschaftlichen Produktivitätssteigerung orientiert ist. Alle Arbeitnehmer sollen gleichgewichtig an der wirtschaftlichen Entwicklung Anteil haben.

**889.** In Deutschland zeigte sich die primär einheitsgewerkschaftliche Interessenvertretung anhand des 1949

gegründeten Deutschen Gewerkschaftsbundes, dessen Mitgliedsgewerkschaften seit der Gründung der Bundesrepublik Deutschland beinahe 80 Prozent aller gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmer und Beamten umfassten. Der DGB hat aber als Dachorganisation nur eine koordinierende Funktion sowie die Aufgabe der Interessenvertretung gegenüber Staat und Öffentlichkeit und schließt selbst keine Tarifverträge ab.<sup>14</sup> Bis Ende der 1980er Jahre setzte sich der DGB aus bis zu 17 Einzelgewerkschaften zusammen, allerdings kam es aufgrund finanzieller Probleme und zwecks Stärkung der Organisationen zu mehreren Gewerkschaftszusammenschlüssen. Der umfangreichste dieser Zusammenschlüsse durch vier DGB-Gewerkschaften und der bis dahin außerhalb des DGB stehenden DAG führte im Jahr 2001 zur Bildung der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di. Als Zusammenschluss von 6,37 Millionen Mitgliedern (2008) ist der DGB immer noch der größte und einflussreichste Dachverband. Das mitgliedsstärkste Jahr war nach eigenen Angaben des DGB das Jahr 1991, in dem der Verband 11,8 Millionen Mitglieder in sich vereinte – das waren im Vergleich zum Jahr 2008 beinahe doppelt so viele Mitglieder.<sup>15</sup>

**890.** Wie der nachfolgenden Abbildung V.1 entnommen werden kann, ist der DGB ein Dachverband mit pluralistischer Mitgliederstruktur. Von den insgesamt 6,37 Millionen Mitgliedern entfallen im Jahr 2008 36,1 Prozent der Mitglieder auf die IG Metall mit Beschäftigten aus den Bereichen Metall und Elektro, Eisen und Stahl, Textil und Bekleidung, Informationstechnik sowie Holz und Kunststoff. Hieran anschließend ist die zweitgrößte Gewerkschaft im DGB mit 34,2 Prozent die Gewerkschaft ver.di, welche die Interessen der Dienstleistungsbranchen vertritt. Es folgt die IG Bergbau, Chemie, Energie mit 11 Prozent und dann mit jeweils unter 10 Prozent die IG Bauen-Agrar-Umwelt (5,3 Prozent), die Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft (4,0 Prozent), die Gewerkschaft TRANSNET (3,6 Prozent), die Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten (3,2 Prozent) sowie die Gewerkschaft der Polizei (2,6 Prozent).

**891.** Die Tarifgeschichte der Bundesrepublik ist von DGB-Gewerkschaften geprägt, aber nie vollständig monopolisiert worden. Tarifpolitische Konkurrenz war in Ansätzen vorhanden, hat sich allerdings in ihrer Dimension seit Ende der 1990er Jahre erheblich ausgeweitet. Das Tarifsysteem befindet sich im Umbruch; man kann von einem neuen Tarifwettbewerb sprechen.

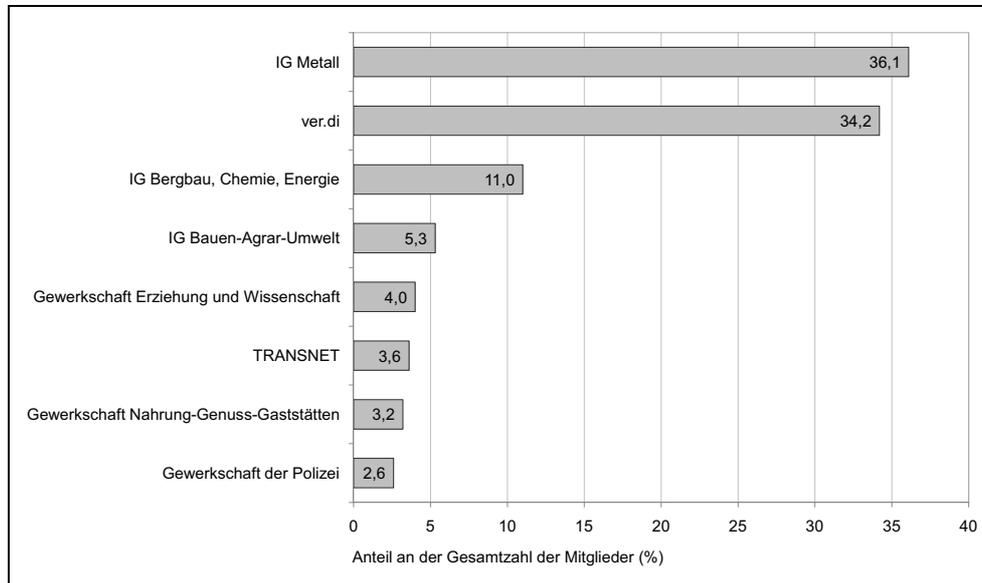
<sup>13</sup> Die Begriffe „Spartengewerkschaften“ und „Berufsgewerkschaften“ werden hier als Synonyme verwendet und meinen gleichermaßen homogen zusammengesetzte Gewerkschaften einer Berufsgruppe.

<sup>14</sup> Ausgenommen ist bei dieser Aussage die Funktion des DGB als Arbeitgeber.

<sup>15</sup> Vgl. DGB, Mitgliederzahlen 1950 bis 1993, <http://www.dgb.de/uberuns/dgb-heute/mitgliederzahlen/1950-1993> [Stand: 11. November 2009].

Abbildung V.1

**Mitgliederanteil der DGB-Gewerkschaften mit Stand vom 31. Dezember 2008  
(DGB-Gesamtmitgliederzahl: 6,37 Millionen)**



Quelle: Eigene Darstellung auf der Grundlage von DGB, Mitglieder in den DGB-Gewerkschaften, <http://www.dgb.de/dgb/mitgliederzahlen/mitglieder.htm> [Stand: 11. November 2009]

**892.** Die Gründe hierfür sind vielfältig. Zunächst sind es veränderte Rahmenbedingungen, die das Konzept der Einheitsgewerkschaften als bevorzugtes Modell infrage stellen. So wird die abnehmende Bedeutung des industriellen Sektors bei gleichzeitig zunehmender Bedeutung des tertiären Sektors als Erklärung genannt. Das einstige typische Gewerkschaftsmitglied – männlich, vollzeitbeschäftigt, Facharbeiter – wird innerhalb der Gewerkschaften immer seltener. Den Gewerkschaften fehlt der Nachwuchs. Daneben sind die zunehmende Individualisierung der Gesellschaft, wirtschaftliche Umwälzungen in Ostdeutschland, eine Rezession sowie die zunehmende Internationalisierung zu nennen. Den Einheitsgewerkschaften fällt es nun sichtlich schwer, sich in diesem veränderten Umfeld strategisch neu auszurichten, sich neu zu positionieren und hierauf aufbauend – vielleicht veränderte, neue – selektive Anreize (d. h. private Güter, die ausschließlich den Gewerkschaftsmitgliedern zugute kommen)<sup>16</sup> für einen Gewerkschaftsbeitritt zu bieten. Ein weiteres Problem der Einheitsgewerkschaften resultiert aus den gewachsenen gewerkschaftlichen Organisationsstrukturen selbst: Je größer eine Gewerkschaft wird, umso heterogener wird sie und umso schwieriger wird es, die Erstellung des öffentlichen Gutes Tariflohn mittels

identischer, weiträumig wirkender Tarifverträge zufriedenstellend für eine große Gruppe von Arbeitnehmern zu gewährleisten. Es kann konstatiert werden, dass insofern der Wunsch nach einer individuellen Interessenvertretung, d. h. nach der Erstellung eines „eigenen öffentlichen Gutes“, vom dem auch nur eine kleine, spezielle Gruppe profitieren kann und das Trittbrettfahren erschwert ist, mit der Größe der Gruppe zunimmt. Zudem bewirkt auch der zunehmende politische Einfluss, dass der Zuständigkeitsbereich der Gewerkschaften beschnitten wird. Entstandene Sozialversicherungssysteme und Gesetze wie das Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) machen den Gewerkschaften die Verantwortungsbereiche immer weiter streitig.

### 3.2.2 Spartengewerkschaften

**893.** Trotz der konstatierten überwiegend einheitsgewerkschaftlichen Interessenvertretung in fortgeschrittenen Industriegesellschaften lässt die im Grundgesetz verankerte Tarifautonomie auch konkurrierende Gewerkschaften zu. Während nun Einheitsgewerkschaften ihre Mitglieder verlieren, gewinnen Berufs- bzw. Spartengewerkschaften typischerweise Mitglieder hinzu und sind im Gegensatz zu den Einheitsgewerkschaften die Profiteure der bereits beschriebenen Entwicklungen. Das Erstarken neuer Gewerkschaften macht das Tarifsystem vielschichtiger. Das vermehrte Aktivwerden von Spartengewerkschaften ist ein Phänomen, das sich wohl am ehesten mit der Unzufriedenheit der Gewerkschaftsmitglieder aufgrund starker Konzentrationen auf dem Gewerkschaftsmarkt erklären

<sup>16</sup> Selektive Anreize sind nicht nur materieller Natur. Nicht materielle selektive Anreize können beispielsweise „Ansehen“ oder „Zugehörigkeitsgefühl“ (insbesondere im Bergbau) sein und gleichsam wichtige Entscheidungsparameter einer Gewerkschaftsmitgliedschaft darstellen.

lässt.<sup>17</sup> Zwar können in einer stark konzentrierten Tariflandschaft Größen- und Verbundvorteile realisiert werden, allerdings wird es auch immer diffiziler, allen unterschiedlichen Gruppeninteressen adäquat gerecht zu werden. Diese zunehmende Durchsetzung eigener Tarifverträge der Spartengewerkschaften bedingt eine Zersplitterung, eine Aufspaltung des Tarifsystems.

**894.** Seit den 1990er Jahren gibt es gewerkschaftliche Fusionsprozesse, welche in Multibranchengewerkschaften münden. Die größte Fusion war der Zusammenschluss von vier eigenständigen DGB-Branchengewerkschaften mit der unabhängigen Deutschen Angestellten Gewerkschaft zu der sehr heterogenen Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di im Jahr 2001. Die Entwicklung hin zu Spartengewerkschaften im Jahr 2001 lässt sich auf die Vereinigung Cockpit (VC) zurückführen. Hierbei kündigte der Verband die Tarifgemeinschaft mit ver.di, erstreikte seine Anerkennung als Gewerkschaft und setzte bei der Deutschen Lufthansa erstmals einen eigenen Tarifvertrag durch. Eine eigenständige Tarifpolitik haben in den letzten Jahren insgesamt sechs Berufsgewerkschaften durchgesetzt, die bislang ausschließlich im Verkehrs- und Gesundheitssektor agieren. Hierzu zählen im Flugverkehr die Vereinigung Cockpit (Verband der Verkehrsflugzeugführer und Flugingenieure) mit 8 200 Mitgliedern, darüber hinaus die Unabhängige Flugbegleiter Organisation (UFO) mit 10 000 Mitgliedern und die Gewerkschaft der Flugsicherung (GdF) mit 3 000 Mitgliedern sowie beim Schienenverkehr die Gewerkschaft Deutscher Lokomotivführer (GDL) als älteste Gewerkschaft Deutschlands für das Fahrpersonal mit 34 000 Mitgliedern. Im Gesundheitssektor handelt es sich um den Marburger Bund mit 108 000 Mitgliedern und den Verband medizinischer Fachberufe mit 28 000 Mitgliedern (Berufsangehörige in Arzt-, Zahnarzt- und Tierarztpraxen).<sup>18</sup>

**895.** Für unterschiedliche Berufsbilder und demgemäß differierende Anforderungen und Verantwortlichkeiten müssen, nach Auffassung der Spartengewerkschaften, auch unterschiedliche Tarifverträge gelten. Unter dieser Prämisse ist ein eigenständiges Verhandeln der Berufsgewerkschaften allerdings auch nicht per se erfolgreicher als das der Einheitsgewerkschaften. So kann bei den eigenständigen Tarifverträgen des Verbandes medizinischer Fachberufe (VMF), der vor allem Arzthelferinnen organisiert, oder der Gewerkschaft ADEXA, die Apothekenbeschäftigte vertritt, ebenso wenig wie bei den verschiedenen Gewerkschaften im Kulturbereich von tariflicher

Überbietung gesprochen werden. Sie agieren zumeist in gewerkschaftlichen Nischen und sind ganz überwiegend durchsetzungsschwach.<sup>19</sup> Die Forderung nach hohen Lohnabschlüssen lässt sich jedoch besser unterstreichen, wenn ein großer Streikschaden droht. Die jüngsten Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (BAG) zur Frage der Tariffähigkeit stärken diese Organisationsform, indem sie die Darlegung „sozialer Mächtigkeit“ erheblich erleichtern, wenn die Gewerkschaftsmitglieder „Schlüsselfunktionen“ ausüben.<sup>20</sup>

**896.** Das Phänomen der Spartengewerkschaften konzentriert sich in Deutschland auf Unternehmen des Verkehrs- und Gesundheitssektors (Luftverkehr, Bahn, Krankenhäuser), tritt also folglich auf Produktmärkten auf, auf denen lange Zeit monopolartige Strukturen herrschten, und ist insofern arbeitsrechtliche Konsequenz der Neugestaltung der Rahmenbedingungen auf den Produktmärkten. Darüber hinaus weist der öffentliche Sektor einheitliche und sehr transparente Lohnstrukturen auf, sodass hierdurch ein berufsgruppenspezifisches Ungerechtigkeits- und Solidaritätsgefühl erzeugt oder verstärkt wird. Die Zahl der tariffähigen Berufsgewerkschaften ist klein, da es schwierig ist, in den Kreis der durchsetzungsfähigen Konkurrenzgewerkschaften aufzusteigen.

**897.** Ökonomisch lässt sich der Erfolg der Spartengewerkschaften mit der „Logik des kollektiven Handelns“ von Olson erklären. Kleinere Gewerkschaften haben hier nach den Vorteil homogener Mitgliedsstrukturen, d. h. homogener, spezifischer Interessen und dadurch erleichteter Abstimmungsprozesse und effektiver Interessenvertretung. Zudem haben sie im Vergleich zu ihrer Verbandsstärke eine große Macht. Die Folgen hieraus sind berufsspezifische Lohnerhöhungen, vermehrte Verhandlungen und Arbeitskämpfe und damit zunehmende Planungsunsicherheit aufseiten der Unternehmen.

### 3.2.3 Christliche Gewerkschaften

**898.** Ein weiterer Schritt in Richtung einer stückweisen Fragmentierung des Gewerkschaftsmarktes zeigt sich anhand von christlichen Gewerkschaften. So kann in Branchen wie der ostdeutschen Metall- und Elektroindustrie, der Zeitarbeit, im Handwerk oder im Bankengewerbe eine wachsende Konkurrenz durch christliche Gewerkschaften beobachtet werden. Christliche Gewerkschaften, die den bei den Beschäftigten in den letzten Jahren verstärkten Wunsch nach Beschäftigungssicherheit erfüllen, sind konzessionsbereiter als DGB-Gewerkschaften. Der Christliche Gewerkschaftsbund Deutschlands als Spitzenorganisation der christlichen Gewerkschaften in der Bundesrepublik Deutschland wurde 1959 als explizite Alternative einer Richtungsgewerkschaft zum präferierten

<sup>17</sup> So hat der Marburger Bund (Ärztengewerkschaft Deutschlands) ver.di (Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft, mehr als 2 Millionen Mitglieder) 2005 die Verhandlungsvollmacht für die Ärzte entzogen und die Arbeitgeber aufgefordert, mit dem Marburger Bund in eigenständige Verhandlungen für arzt spezifische Tarifverträge einzutreten, da sich die Ärzte bei den damaligen Tarifverhandlungen gegenüber anderen Berufsgruppen über Gebühr benachteiligt sahen. Vgl. hierzu Abschnitt 5.2.3.

<sup>18</sup> Die Mitgliederzahlen stammen aus den Selbstangaben der Gewerkschaften auf ihren jeweiligen Homepages [Stand: 22. September 2009] sowie für die GdF und GDL aus telefonischen Auskünften.

<sup>19</sup> Vgl. Dribbusch, H., Konkurrerende Tarifpolitik: Herausforderung für die DGB-Gewerkschaften, WSI-Mitteilungen 62, 2009, S. 193–200, 196.

<sup>20</sup> Vgl. BAG, Beschluss vom 14. Dezember 2004, NZA 2005, 697, AP Nummer 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit (UFO); BAG, Beschluss vom 28. März 2006, NZA 2006, 1112, AP Nummer 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit.

Modell der Einheitsgewerkschaft wieder gegründet, spielte aber bis in die 1990er Jahre tarifpolitisch keine nennenswerte Rolle. Im Unterschied zu den Sparten- gewerkschaften unterbieten CGB-Gewerkschaften tendenziell konventionelle Tarifverträge, welche überwiegend von den DGB-Gewerkschaften abgeschlossen werden. Im Unterschied zur Überbietungskonkurrenz der Sparten- gewerkschaften findet Unterbietungskonkurrenz überwiegend in Branchen statt, in denen die Beschäftigten über wenig strukturelle Macht verfügen und gering organisiert sind. Die unterbietende Gewerkschaft benötigt auch keine Arbeitskämpfungsfähigkeit, da ihre Tarifübereinkünfte entweder die direkte Unterschreitung bestehender Tarifnormen oder die Zustimmung zu Regelungsinhalten beinhalten, zu deren Abschluss die bisher tarifschließende Gewerkschaft nicht bereit ist. Das Risiko für die Unternehmen besteht im Widerstand der Belegschaft und der Alternativgewerkschaft, sodass ein erfolgreiches Agieren der christlichen Gewerkschaften dort möglich ist, wo nicht zu befürchten ist, dass derartige Tarifabschlüsse die betroffenen Arbeitnehmer in eine Alternativgewerkschaft locken, welche günstigere Konditionen für die Mitglieder erkämpft.

**899.** Der Christliche Gewerkschaftsbund Deutschlands hat 16 Mitgliedsverbände und ca. 280 000 Mitglieder. Tarifpolitisch sind im Wesentlichen die Christliche Gewerkschaft Metall (CGM), der DHV – Die Berufsgewerkschaft im CGB<sup>21</sup> und die Gewerkschaft Öffentlicher Dienst und Dienstleistungen (GÖD) aktiv.<sup>22</sup> Insgesamt lassen sich bei den CGB-Gewerkschaften seit Anfang 2009 acht eigenständige Tarifverträge nachweisen. Vorreiter der Unterbietungskonkurrenz war zunächst das Elektrohandwerk. Nach der Wiedervereinigung wurde die Unterbietungspolitik deutlich ausgeweitet, sodass die Tarifverträge der Christlichen Gewerkschaft Metall in allen ostdeutschen und in einer Reihe westdeutscher Tarifverträge die IG-Metall-Flächentarifverträge verdrängt haben, d. h. es wurden nur noch Tarifverträge mit der CGM abgeschlossen. Ähnliche Entwicklungen gab es in anderen Handwerksbranchen, so insbesondere ab 2000 im Tischlerhandwerk. Des Weiteren wechselte 2006 der Bundesverband Deutscher Privatkliniken (BDPK) nach dem Scheitern von Verhandlungen mit ver.di zur CGB-Gewerkschaft DHV, mit der dann das vom BDPK gewünschte Tarifergebnis möglich war. Eine der folgenreichsten Unterbietungskonkurrenzen entwickelte sich im Bereich der Leiharbeit. Noch während die DGB-Gewerkschaften Anfang 2003 mit den beiden größten Arbeitgeberverbänden in der Leiharbeit, dem Bundesverband Zeitarbeit (BZA) und dem Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen e. V. (iGZ), verhandelten, wurde ein von der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personal-Service-Agenturen (CGZP) mit einem kleinen nordbayerischen Arbeitgeber-

verband vereinbarter Abschluss bekannt. Dieser bewirkte, dass die zum gleichen Zeitpunkt noch nicht unterzeichneten Tarifverträge des DGB auf Druck der Arbeitgeberverbände nach unten korrigiert wurden, um überhaupt einen Abschluss sicherzustellen.

**900.** Während Berufsgewerkschaften medial beobachtet für höhere Tariflöhne kämpfen, findet die gegenteilige Unterbietungskonkurrenz von CGB-Gewerkschaften kaum öffentliche Beobachtung.<sup>23</sup> Die Gewerkschaften des Christlichen Gewerkschaftsbundes schließen vor allem in zahlreichen Handwerksbereichen Tarifverträge unterhalb des DGB-Niveaus ab. Im Wach- und Sicherheitsgewerbe sowie in der Zeitarbeitsbranche werden Tarifverträge christlicher Gewerkschaften als Referenz für die Mindeststandards herangezogen. Aus Arbeitgebersicht bieten Verträge mit den CGB-Gewerkschaften eine zusätzliche Handlungsoption, die immer öfter auch genutzt wird. Fast überall ohne nennenswerte Mitgliedschaften verdanken die im CGB zusammengeschlossenen christlichen Gewerkschaften ihre Tarifabschlüsse in erster Linie dem Wohlwollen der Arbeitgeber. Ihre Erfolge gründen in einem veränderten Verhalten vieler Arbeitgeber, die in einigen Wirtschaftszweigen und Regionen die CGB-Gewerkschaften bewusst zu anerkannten Tarifparteien gemacht haben, um bestehende tarifliche Standards zu umgehen oder zu unterlaufen. Dies galt bisher insbesondere für das Handwerk, wo mittels der CGB-Gewerkschaften eine verdeckte Form von Tarifflicht stattfindet. Andere wichtige Bereiche, in denen Unternehmen auf die christliche Konkurrenz zu den DGB-Gewerkschaften setzten, sind neben der Zeitarbeit beispielsweise auch die Volks- und Raiffeisenbanken sowie das Deutsche Rote Kreuz. In der Industrie haben christliche Gewerkschaften dagegen bislang – mit Ausnahme der ostdeutschen Metallindustrie – kaum Fuß gefasst.

Aktuell hat das Landesarbeitsgericht (LAG) Berlin-Brandenburg der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personal-Service-Agenturen die Tariffähigkeit abgesprochen.<sup>24</sup> Damit hat der gemeinsame Antrag von ver.di und der Berliner Senatsverwaltung für Integration, Arbeit und Soziales nun auch in der zweiten Instanz Erfolg, Tarifverträge der CGZP in der Leiharbeitsbranche unterbinden zu lassen. Am 1. April 2009 hatte bereits das Arbeitsgericht (ArbG) Berlin entschieden, dass die CGZP nicht tariffähig sei.<sup>25</sup> Das Landesarbeitsgericht kam nun zu dem Schluss, dass die Tarifgemeinschaft durch einzelne Gewerkschaften gebildet werde, die aufgrund ihrer Satzung nicht zum Abschluss von Tarifverträgen für den gesamten Bereich der Zeitarbeit zuständig seien; die Tarifgemeinschaft könne daher nicht einen weitgehenden Zuständigkeitsbereich haben als die Mitgliedsgewerkschaften in ihrer Summe. Das Arbeitsgericht Berlin hatte der CGZP auch bescheinigt, sie sei nicht in

<sup>21</sup> Gewerkschaftlicher Berufsverband für alle Angestellten in Handels-, Industrie- und Dienstleistungsunternehmen sowie öffentlichen Verwaltungen.

<sup>22</sup> Vgl. die Internetseiten des CGB, <http://www.cgb.info/aktuell/imblickpunkt.php> [Stand: 23. November 2009].

<sup>23</sup> Vgl. zur Über- und Unterbietungskonkurrenz unter anderem Dribbusch, H., a. a. O.

<sup>24</sup> Vgl. LAG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 7. Dezember 2009, 23 TaBV 1016/09. Zu den genauen Anforderungen an die Tariffähigkeit vgl. Abschnitt 4.5.

<sup>25</sup> Vgl. ArbG Berlin, Beschluss vom 1. April 2009, 35 BV 17008/08.

der Lage, einen Arbeitskampf zu führen. Die CGZP hat gegen diese Entscheidung Rechtsmittel beim Bundesarbeitsgericht eingelegt. Bis zu einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts ist das Urteil nicht rechtskräftig. Sollte das Bundesarbeitsgericht der Einschätzung der Vorinstanzen folgen, müssen sich die Arbeitgeber der Zeitarbeitsbranche auf Nachforderungen von Arbeitnehmern wegen ungültiger Tarifverträge einstellen. Leiharbeiter mit CGZP-Tarifen können dann ihren Anspruch auf das gleiche Entgelt eines vergleichbaren Stammbeschäftigten geltend machen.

### 3.3 Zunehmende Erosion des Flächentarifsystems

**901.** Mit einem Flächentarifvertrag werden Regelungen für die Branche einer Region getroffen. Dabei gelten diese Verträge grundsätzlich nur für die Unternehmen, die Mitglied im Tarifarbeitgeberverband sind sowie die Mitarbeiter, die der Gewerkschaft angehören. Allerdings werden diese Bedingungen in der Praxis meist auch für die nicht organisierten Angehörigen der Belegschaft übernommen. So gilt beispielsweise für die Mehrheit der Mitarbeiter in der Metall- und Elektroindustrie der Flächentarif. Die Tarifverträge werden nach dem Branchenprinzip ausgehandelt und nicht nach dem Berufsprinzip. Das bedeutet, dass z. B. die IG Metall für alle tariflich bezahlten Arbeitnehmer verhandelt, die in der Metall- und Elektroindustrie beschäftigt sind, d. h. auch für die Kantineköche oder die LKW-Fahrer und Pförtner. Wichtige Merkmale des (Flächen-)Tarifvertrags sind die einheitliche Regelung von Mindestbedingungen und die Friedenspflicht. So ist den Tarifvertragsparteien jegliche Arbeitskämpfmaßnahme verboten, solange ein Tarifvertrag noch gültig ist. Dies ermöglicht störungsfreie Betriebsabläufe. Zudem trägt der Flächentarifvertrag dadurch zur Sicherung des Betriebsfriedens bei, entlastet Unternehmen und Belegschaften von der Aushandlung der Arbeitsbedingungen (Transaktionskostensparnis) und bietet eine zuverlässige Planungsgrundlage. Positiv für die Bewertung des Flächentarifsystems erweisen sich auch dessen Wirkungen auf die unternehmerischen Innovationsanreize: Würden Arbeitnehmer automatisch durch betriebliche Lohnanpassungen an Innovationsrenten beteiligt werden, so würde dies die Investitionsanreize für Innovationen schmälern. Die Bindung an einen einheitlichen Tariflohn schützt indes die Unternehmen vor höheren Lohnforderungen ihrer Arbeitnehmer nach erfolgreichen Innovationen.<sup>26</sup> Kritisiert wird an den Flächentarifverträgen vor allem die fehlende Flexibilität, welche besonderen betrieblichen Erfordernissen im Einzelfall nicht gerecht zu werden vermag.<sup>27</sup> Dieser Kritik begegnen indes Flexibilisierungsinstrumente wie Öffnungsklauseln<sup>28</sup>, welche

beispielsweise im Falle tarifvertraglich vereinbarter Innovationsmaßnahmen eine Lohnanpassung nach unten erlauben, um damit höhere Innovationskosten ausgleichen zu können.

**902.** Das Flächentarifsystem verliert in Deutschland seit Mitte der 1990er Jahre immer mehr an Bedeutung; man spricht von einer Fragmentierung des Gewerkschaftssystems. Gründe für die nachlassende Bindewirkung der Tarifverträge sind ökonomische Entwicklungen und Strukturveränderungen des Arbeitsmarktes, welche die Rahmenbedingungen gewerkschaftlichen Handelns verschlechtert haben und zu einem Rückgang gewerkschaftlicher Macht führten. Hierzu zählt die rasch steigende Arbeitslosigkeit, wodurch 1994 die Gewerkschaften erstmals auf breiter Front Verschlechterungen von Tarifstandards hinnehmen mussten. Daneben wächst die internationale Konkurrenz und die Einbindung der weltmarktorientierten Unternehmen nimmt zu. In der Folge entwickelte sich eine wettbewerbsorientierte Tarifpolitik und es kam zu Dezentralisierungstendenzen. Anhaltende Massenarbeitslosigkeit und politisch gewollte Deregulierung des Arbeitsmarktes bewirkten eine Zunahme prekärer Beschäftigung und eine starke Ausweitung des Niedriglohnssektors. Die Beschäftigungsstruktur verlagert sich von den Beschäftigten im Produzierenden Gewerbe hin zu Dienstleistungen, in denen Gewerkschaften traditionell schwach vertreten sind. Selten sind Gewerkschaftsmitgliedschaften zudem bei jüngeren Beschäftigten, Frauen, Angestellten, in kleineren und mittleren Betrieben und im Osten Deutschlands. Aufgrund der demografischen Entwicklung werden zukünftig besser organisierte Jahrgänge verrentet und kleinere und schlechter organisierte Jahrgänge nachrücken. Die Mitgliederrekrutierung wird für die Gewerkschaften demgemäß immer diffiziler; das Tarifsystem scheint nicht in der Lage zu sein, aus eigener Kraft diesen Veränderungen standzuhalten.<sup>29</sup>

**903.** Die nachlassende Bindekraft der Tarifverträge kann mithilfe von Zahlen belegt werden. Im Jahr 2007 waren 17 Prozent der Arbeitnehmer in einer Gewerkschaft organisiert – halb so viele wie in den 1980er Jahren. Gleichzeitig verlieren die Tarifverträge an Bedeutung. So waren 2009 rund 23 Prozent weniger Arbeitnehmer an Branchentarifverträge gebunden als Mitte der 1990er Jahre. Dennoch sind die Arbeitsbedingungen in Deutschland noch für gut 60 Prozent aller Beschäftigten durch Tarifvertrag geregelt.<sup>30</sup> Rund 90 Prozent der Vereinbarungen laufen als Branchentarifverträge. Nur in 8 Prozent der

<sup>26</sup> Vgl. Wey, C., Flächentarifsystem fördert Innovationswettbewerb, DIW-Wochenbericht 71, 2004, S. 147–151, S. 149 f.

<sup>27</sup> Vgl. Gesamtmetall, Der Flächentarifvertrag, <http://www.gesamtmetall.de/Gesamtmetall/MEOnline.nsf/id/B338E79728167AC2C1256BB9005C1CED> [Stand: 7. September 2009].

<sup>28</sup> Vgl. hierzu genauer Abschnitt 4.4.

<sup>29</sup> Vgl. Bispinck, R., Schulten, T., Re-Stabilisierung des deutschen Flächentarifsystems, WSI-Mitteilungen 62, 2009, S. 201–209.

<sup>30</sup> Gemäß IAB-Betriebspanel ermittelte das Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung für die Tarifbindung der Beschäftigten für das Jahr 2009, dass 56 Prozent der Beschäftigten in Westdeutschland und 38 Prozent der Beschäftigten in Ostdeutschland tarifgebunden waren. 9 Prozent unterlagen im Westen Deutschlands einem Firmentarifvertrag, im Osten waren es 13 Prozent. 36 Prozent der westdeutschen Beschäftigten besitzen keine Tarifbindung, im Osten Deutschlands sind es 49 Prozent. Vgl. IAB-Aktuell, Tarifbindung der Beschäftigten 2009, 29. März 2010, <http://doku.iab.de/aktuell/2010/Tarifbindung%20der%20Beschaeftigten%202009.pdf> [Stand: 3. Mai 2010].

Fälle haben Gewerkschaften mit einzelnen Unternehmen einen Firmentarifvertrag ausgehandelt. Heute unterliegt noch jedes dritte Unternehmen einem Branchentarifvertrag, im Osten jedes fünfte. Dass überproportional mehr Beschäftigte als Firmen tarifgebunden sind, liegt daran, dass vor allem größere Unternehmen Tarifverträge anwenden. Die Frage nach dem Vorhandensein von Tarifverträgen ist auch eine Frage des Wirtschaftssektors. Eine große Tarifbindung existiert in Industriebetrieben und im Baugewerbe; bei den unternehmensbezogenen Dienstleistungen und im Verkehrs- und Nachrichtensektor ist die Tarifbindung dagegen gering. Etwa 40 Prozent der nicht tarifgebundenen Firmen orientieren sich an Tarifverträgen, was insbesondere in der Industrie der Fall ist. Von den unternehmensnahen Dienstleistern ist es dagegen nicht einmal jeder dritte Betrieb.<sup>31</sup>

### 3.4 Organisationsgrad der Gewerkschaften und Tarifbindung auf dem deutschen Arbeitsmarkt im europäischen Vergleich

**904.** Spricht man von dem Organisationsgrad der Gewerkschaften, dann ist hiermit der prozentuale Anteil der abhängig beschäftigten Gewerkschaftsmitglieder an allen Arbeitnehmern gemeint. Es handelt sich um den unmittelbaren, direkten (Netto-)Organisationsgrad, den man auch als Gewerkschaftsdichte (density) bezeichnet. Dieser Wert ist aber nicht sehr aussagekräftig hinsichtlich des Gewerkschaftseinflusses, da er keine Aussage darüber trifft, wie viele Arbeitnehmer tatsächlich beispielsweise durch Allgemeinverbindlich(keits)erklärungen oder eine freiwillige Übernahme von Tarifverträgen betroffen sind.

**905.** Der Begriff der Tarifbindung (coverage rate) beinhaltet dahingegen alle Arbeitnehmer, auf die der Tarifvertrag Anwendung findet und berücksichtigt damit zusätzlich Spill-over-Effekte eines Tarifvertrags.

**906.** Die Tarifbindung und auch der Organisationsgrad nehmen in Deutschland immer weiter ab.<sup>32</sup> Es kann seit dem Ende der 1990er Jahre eine immer geringer werdende Flächentarifbindung beobachtet werden. Dies bedeutet, dass der Außenseiterwettbewerb in Form tariffreier Unternehmen und Arbeitnehmer zugenommen hat. Aufgrund der Durchsetzungsschwäche der Tarifparteien werden gesetzliche Mindestlöhne gefordert. Damit übernimmt der Staat tarifliche Aufgaben und schränkt gleichzeitig die negative Koalitionsfreiheit sowie den Außenseiterwettbewerb ein. Mit der Gründung von Verbänden ohne Tarifbindung (OT-Verbände) haben zahlreiche Ar-

beitgeberverbände in den 1990er Jahren auf den ebenfalls sinkenden Organisationsgrad reagiert. Die Unternehmen konnten sich dadurch der Tarifbindung entziehen, ohne zugleich ihre Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband aufgeben zu müssen. Die Arbeitgeberverbände versuchen, diese verbandspolitische Doppelstrategie als Druckmittel in der Tarifpolitik zu nutzen.

**907.** Ähnlich wie in Deutschland bildet auch in den meisten anderen alten EU-Staaten in Nord-, West- und Südeuropa der branchenbezogene Flächentarifvertrag nach wie vor die strukturbildende Form des nationalen Tarifvertragssystems. Lediglich in Großbritannien werden Tarifverträge fast ausschließlich auf Unternehmens-ebene abgeschlossen. In den neuen EU-Staaten Mittel- und Osteuropas haben sich in der Transformationsperiode in den 1990er Jahren vorwiegend betriebs- und unternehmensbezogene Tarifvertragssysteme herausgebildet. Die Ausnahme hierbei bildet Slowenien, wo sich gegen den Trend ein zentralisiertes Tarifvertragssystem mit branchenbezogenen und branchenübergreifenden Tarifverträgen etabliert hat. Insgesamt lässt sich ein enger Zusammenhang zwischen der Tarifbindung und dem Zentralisationsgrad eines Tarifvertragssystems konstatieren. In Ländern mit branchenbezogenen Flächentarifverträgen ist stets eine Mehrheit der Beschäftigten tarifgebunden, während in Ländern mit überwiegend betrieblichen Tarifvertragsstrukturen in der Regel nur eine Minderheit der Beschäftigten den Schutz eines Tarifvertrags genießt.<sup>33</sup>

**908.** In der Europäischen Union variiert die Tarifbindung, wie in Abbildung V.2 für den Zeitraum 2005/2006 ersichtlich, beträchtlich. Sie reicht von 11 Prozent in Litauen bis zu fast 99 Prozent in Österreich. Osteuropäische Länder finden sich im hinteren Feld; hier liegt die Mehrzahl der neuen EU-Staaten mit ihrer Tarifbindung zum Teil deutlich unter 50 Prozent. Demgegenüber weisen ältere Mitglieder der Europäischen Union eine tendenziell höhere Tarifbindung auf. Deutschland befindet sich mit einer Tarifbindung von 63 Prozent insgesamt im Mittelfeld. Bezogen auf die Gruppe der alten EU-Staaten hat Deutschland jedoch mittlerweile einen der niedrigsten Werte, der nur noch von den Tarifbindungen Luxemburgs (60 Prozent) und Großbritanniens (34 Prozent) unterboten wird. Während in Deutschland die Tarifbindung rückläufig ist, ist sie in den meisten anderen EU-Staaten relativ stabil geblieben. Insgesamt lässt sich anhand der Zahlen konstatieren, dass ein Nachlassen der Tarifbindung durchaus vermieden werden kann.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> Vgl. zu den Zahlen o.V., Tarifverträge, Bindekraft hat nachgelassen, iwd Nr. 40 vom 1. Oktober 2009, S. 8.

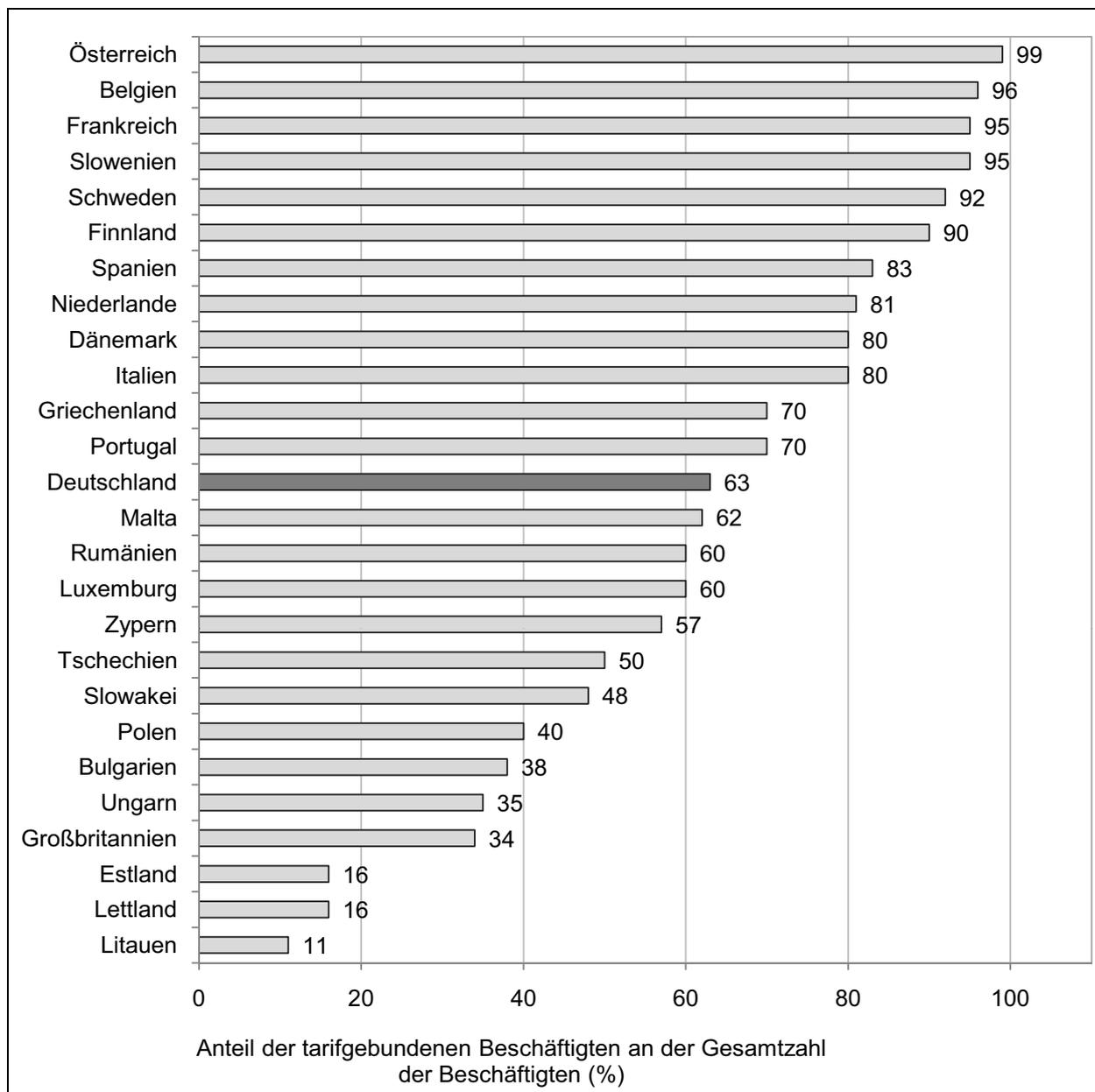
<sup>32</sup> Vgl. auch Tz. 903.

<sup>33</sup> Vgl. Bispinck, R., Schulten, T., a. a. O., S. 204 f.

<sup>34</sup> Vgl. European Commission, Industrial Relations in Europe 2008, Luxemburg 2009, S. 74.

Abbildung V.2

## Tarifbindung in der Europäischen Union 2005/2006



Quelle: Eigene Darstellung nach Bispinck, R., Schulten, T., Re-Stabilisierung des deutschen Flächentarifsystems, WSI-Mitteilungen 62, 2009, S. 205.

**909.** Obwohl seit den 1990er Jahren in vielen europäischen Ländern eine Tendenz hin zur Dezentralisierung der Tarifvertragsbeziehungen zu beobachten ist, ging dieser Trend im Unterschied zu Deutschland nicht auch gleichzeitig mit einer Erosion der Tarifbindung einher. Die Differenz zwischen der Tarifbindung einerseits (für

das Jahr 2006) und dem Organisationsgrad der Gewerkschaften (für das Jahr 2005) und Arbeitgeber (für das Jahr 2006) andererseits zeigt die nachfolgende Tabelle V.1. Der Tabelle kann überdies entnommen werden, welche Faktoren eine hohe Tarifbindung begünstigen.

Tabelle V.1

## Tarifvertragssysteme in ausgewählten EU-Staaten

Land	Tarifbindung <sup>1</sup> 2006 (%)	Organisationsgrad der Gewerkschaften <sup>2</sup> 2005 (%)	Organisationsgrad der Arbeitgeber <sup>3</sup> 2006 (%)	Tarifvertragsebenen	Politische Unterstützung des Tarifvertragssystems durch AVE <sup>4</sup> oder andere Institutionen
Österreich	99	33	100	Vorwiegend Branche	Pflichtmitgliedschaft der Unternehmen im Arbeitgeberverband (Wirtschaftskammer)
Belgien	96	51	72	Drei-Stufen-System: national, Branche und Unternehmen	Hohe Verbreitung von AVE
Frankreich	95	9	78	Branche und Unternehmen	Hohe Verbreitung von AVE
Schweden	92	76	55	Zwei-Stufen-System: Branche und Unternehmen	Keine AVE, hoher gewerkschaftlicher Organisationsgrad gestützt auf das Gentsystem
Finnland	90	72	70	Zwei-Stufen-System: Branche und Unternehmen	Teilweise Verbreitung von AVE, hoher gewerkschaftlicher Organisationsgrad gestützt auf das Gentsystem
Spanien	83	15	72	Branche und Unternehmen	Hohe Verbreitung von AVE
Niederlande	81	22	85	Vorwiegend Branche, teilweise Unternehmen	Hohe Verbreitung von AVE
Dänemark	80	72	52	Zwei-Stufen-System: Branche und Unternehmen	Keine AVE, hoher gewerkschaftlicher Organisationsgrad gestützt auf das Gentsystem
Italien	80	34	51	Zwei-Stufen-System: Branche und Unternehmen	Indirekte AVE durch einklagbaren Tariflohn
Griechenland	70	23	70	Vorwiegend Branche, teilweise Unternehmen	Mittlere Verbreitung von AVE
Portugal	70	17	58	Vorwiegend Branche, teilweise Unternehmen	Hohe Verbreitung von AVE
Deutschland	63	22	63	Vorwiegend Branche, teilweise Unternehmen	Sehr geringe Verbreitung von AVE
Großbritannien	34	29	40	Vorwiegend Unternehmen, wenige Branchen	Keine

<sup>1</sup> Tarifgebundene Beschäftigte in Prozent aller Beschäftigten.

<sup>2</sup> Beschäftigte Gewerkschaftsmitglieder in Prozent aller Beschäftigten (= Nettoorganisationsgrad).

<sup>3</sup> Beschäftigte in Unternehmen, die Mitglied eines Arbeitgeberverbandes sind, in Prozent aller Beschäftigten.

<sup>4</sup> AVE = Allgemeinverbindlicherklärung.

Quelle: Eigene Darstellung nach Bispinck, R., Schulten, T., Re-Stabilisierung des deutschen Flächentarifsystems, WSI-Mitteilungen 62, 2009, S. 206

**910.** Es zeigt sich zunächst, dass der Organisationsgrad der Gewerkschaften immer – zum Teil deutlich – hinter der Tarifbindung zurückbleibt. Bei den Arbeitgebern gibt es demgegenüber durchaus Organisationsgrade, die über der Tarifbindung liegen (Österreich, Niederlande, Großbritannien) oder genau mit ihr identisch sind (Griechenland, Deutschland).

**911.** Trotz des Rückgangs des gewerkschaftlichen Organisationsgrades sind kollektive Lohnverhandlungen nach wie vor ein wichtiger institutioneller Bestandteil auf den Arbeitsmärkten. Die im Vergleich unterschiedliche Gewerkschaftsdichte hat verschiedene Ursachen.

**912.** Ein wichtiger Grund für eine weiterhin hohe Tarifbindung liegt in den Tarifvertragsebenen: Anders als Deutschland verfügen die meisten europäischen Länder über eine gewerkschaftliche Interessenvertretung, welche überbetrieblich und zugleich betrieblich ist. In Skandinavien hat dies dazu geführt, dass die Dezentralisierung mit der Entwicklung von zweistufigen Tarifvertragssystemen einherging, ohne dass hierdurch die institutionelle Tarifmacht der Gewerkschaften geschwächt worden wäre.<sup>35</sup>

**913.** Neben den differierenden Tarifvertragsebenen gibt es zudem Unterschiede hinsichtlich der politischen Unterstützung des Tarifvertragssystems durch Allgemeinverbindlicherklärungen oder andere Institutionen. So zeigt die Tabelle V.1, dass in Österreich die Unternehmen in einem Arbeitgeberverband (Wirtschaftskammer) pflichtversichert sind, was den hohen Organisationsgrad von 100 Prozent erklärt.

**914.** Des Weiteren wirkt es sich positiv auf die Gewerkschaftsdichte aus, wenn Gewerkschaften die Arbeitslosenversicherung verwalten. Man spricht hierbei von dem sog. „Gent-“ oder „Genter System“,<sup>36</sup> da es ursprünglich im Jahr 1901 im belgischen Gent eingeführt wurde. Es handelt sich hierbei um eine freiwillige, staatlich subventionierte und gewerkschaftlich verwaltete Versicherung gegen Arbeitslosigkeit, die noch bis Mitte des 20. Jahrhunderts ein in Europa verbreitetes Modell war. Dies lag daran, dass die zu Beginn des Jahrhunderts expandierenden nationalen Sicherungssysteme das Risiko Arbeitslosigkeit lange Zeit ganz oder weitgehend ausklammerten. Derzeit gibt es freiwillige und gewerkschaftlich geprägte Arbeitslosenversicherungen nur noch in Dänemark, Schweden und Finnland; Gewerkschaften in Belgien haben sich eine wichtige Rolle in der nationalen Pflichtversicherung gegen Arbeitslosigkeit bewahrt. Inzwischen sind einstige Fonds in Skandinavien in formal

unabhängige Kassen umgewandelt und einer staatlichen Kontrolle unterstellt worden. Auch ist der Beitritt in eine Arbeitslosenkasse ohne gleichzeitige Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft seit Beginn der staatlichen Subventionierung möglich. Allerdings traten in der Praxis nur sehr wenige Versicherte lediglich einer Arbeitslosenkasse und nicht auch der Gewerkschaft bei, was unter anderem daran liegt, dass die Zusatzkosten durch eine Doppelmitgliedschaft relativ gering sind.<sup>37</sup> Empirisch bestätigt sich, dass die drei nordischen Länder mit klassischen Genter Strukturen der Arbeitslosenversicherung sehr hohe Gewerkschaftsdichten aufweisen und sich dem internationalen Trend einer kontinuierlich abschwächenden gewerkschaftlichen Präsenz widersetzen konnten. So wirkt insbesondere in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit die Kopplung der Arbeitslosenversicherung an eine Gewerkschaftsmemberschaft positiv auf die Mitgliederzahl der Gewerkschaften, welche ansonsten unter diesen Umständen schwächer werden würden.

**915.** Außerhalb Skandinaviens ist die Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen insgesamt der wichtigste Erklärungsfaktor für eine hohe Tarifbindung. Der Grund für ein stabileres Flächentarifsystem europäischer Nachbarländer offenbart sich in einer deutlich stärkeren politischen Unterstützung des Tarifvertragssystems durch eine hohe Verbreitung von Allgemeinverbindlicherklärungen. So wurden in Deutschland im Jahr 2008 lediglich 1,5 Prozent von allen Tarifverträgen für allgemeinverbindlich erklärt, darunter nur wenige Lohn- und Gehaltstarife. Der Trend ist seit Jahren rückläufig. Es werden Blockadehaltungen der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände im Bundestarifausschuss konstatiert, die zum Teil Allgemeinverbindlicherklärungen gegen ihre eigenen Fachverbände blockiert hat. Das war auch ein Grund dafür, dass beim Arbeitnehmer-Entsendegesetz Ende der 1990er Jahre ein neues Allgemeinverbindlicherklärungsverfahren eingeführt wurde, bei dem nicht mehr der Tarifausschuss, sondern das Bundesministerium für Arbeit und Soziales das letzte Entscheidungsrecht hat. Der Organisationsgrad kann demgemäß beträchtlich von der Tarifbindung abweichen. So betrug – als Extrembeispiel – der Organisationsgrad der Gewerkschaften 2005 in Frankreich nur 9 Prozent, während die Tarifbindung 2006 bei 95 Prozent lag. So ist in den meisten EU-Staaten der gewerkschaftliche Organisationsgrad im letzten Jahrzehnt weiter zurückgegangen, ohne dass dies negativ auf die Tarifbindung gewirkt hätte. In Italien existiert eine indirekte Allgemeinverbindlicherklärung durch einen einklagbaren Tariflohn. Die Tarifbindung ergab hier 2006 80 Prozent.

**916.** Im Ergebnis lässt sich feststellen, dass die anhaltende Erosion des deutschen Tarifvertragssystems nicht in

<sup>35</sup> Vgl. zu diesem Aspekt explizit Ilsoe, A. et al., Impacts of Decentralisation – Erosion or Renewal? The Decisive Link between Workplace Representation and Company Size in German and Danish Industrial Relations, *Industrielle Beziehungen* 3, 2007, S. 201–222; Stokke, T. A., The Anatomy of Two-tier Bargaining Models, *European Journal of Industrial Relations* 14, 2008, S. 7–24.

<sup>36</sup> Vgl. zum Genter System in Dänemark und Schweden ausführlich Clasen, J., Viebrock, E., Das Genter System der Arbeitslosenversicherung – immer noch gewerkschaftliches Rekrutierungsinstrument oder sozialpolitisches Auslaufmodell? Dänemark und Schweden im Vergleich, *Zeitschrift für Sozialreform* 52, 2006, S. 351–371.

<sup>37</sup> Clasen und Viebrock begründen dies weiterhin damit, dass die Gewerkschaftsidentifikation weiterhin stark ausgeprägt ist und eine Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft für die Mitglieder traditionell eine Versicherung gegen Arbeitslosigkeit mit einschließt. Die inzwischen formale Trennung zwischen Gewerkschaft und Arbeitslosenkasse wird oft nicht als solche wahrgenommen. Vgl. Clasen, J., Viebrock, E. a. a. O., S. 363 ff.

erster Linie an dem Verlust gewerkschaftlicher Organisationsmacht liegt, der in ähnlicher Form auch in anderen Ländern beobachtet werden kann. Der entscheidende Faktor kann vielmehr darin gesehen werden, dass es in Deutschland – anders als in den meisten EU-Ländern – bisher kaum eine wirkungsvolle politische Unterstützung zur Stabilisierung und Ausweitung der Flächentarifbindung gegeben hat.

#### 4. (Re-)Stabilisierung des deutschen Flächentarifsystems durch deutsche Gesetzgebung und Rechtsprechung?

**917.** Die Frage, die sich an diese Ausführungen anschließt, ist, welche Instrumente deutsche Gesetzgebung und Rechtsprechung in der Vergangenheit gewählt haben, um das Flächentarifsystem zu unterstützen. Auch soll die Frage beantwortet werden, welche Richtung das deutsche Flächentarifsystem in Deutschland gemäß dem Willen von Gesetzgeber und Rechtsprechung aktuell nehmen soll (Stabilisierung oder Flexibilisierung) und welche Instrumente hierfür derzeit eingesetzt werden. Einen Überblick über die entsprechende Gesetzgebung und Rechtsprechung bietet der nun folgende Teil.

##### 4.1 Allgemeinverbindlicherklärung gemäß Tarifvertragsgesetz und Arbeitnehmer-Entsendegesetz

**918.** Nach § 5 TVG kann der Bundesminister für Arbeit und Soziales die Geltung eines (Verbands-)Tarifvertrags auf alle (also auch die nicht tarifgebundenen) Betriebe eines Tarifbereichs ausdehnen. Insofern handelt es sich um ein Instrument zur Stabilisierung des Flächentarifsystems. Durch eine solche Allgemeinverbindlicherklärung sollen soziales Dumping durch Lohndrückerei und sog. „Schmutzkonzurrenz“ zwischen den Betrieben verhindert werden sowie bestimmte tariflich vereinbarte Einrichtungen (wie z. B. branchenbezogene Sozialkassen zur Finanzierung der betrieblichen Ausbildung oder der Alterssicherung) in ihrer Existenz gesichert werden. Voraussetzungen für eine Allgemeinverbindlicherklärung sind: (a) Antrag einer Tarifvertragspartei, (b) mehrheitliche Zustimmung des paritätisch von Spitzenverbänden der Gewerkschaften und der Arbeitgeberverbände besetzten Tarifausschusses, (c) nicht weniger als 50 Prozent der in den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer müssen bei tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigt sein und (d) die Allgemeinverbindlicherklärung muss im öffentlichen Interesse geboten erscheinen. Im Falle eines sozialen Notstandes kann eine Allgemeinverbindlicherklärung auch ohne Vorliegen der Voraussetzungen (c) und (d) ausgesprochen werden. Dies ist in Bereichen der Fall, in denen der Organisationsgrad der Arbeitgeber sehr niedrig ist und unangemessene Arbeitsbedingungen häufig vorkommen. Allerdings wurde eine Allgemeinverbindlicherklärung soweit ersichtlich noch nie auf das Vorliegen eines sozialen Notstandes gestützt. Sind die Voraussetzungen erfüllt, wird das eigentliche Verfahren eingeleitet. Der Tarifausschuss nach § 5 TVG ist mit je drei Vertretern der Spitzenverbände der Arbeitgeber und Arbeitnehmer besetzt und benötigt eine einfache Mehr-

heit. Dem Antrag muss der Bundesarbeitsminister aber dennoch nicht zwangsläufig zustimmen.

**919.** Die grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitnehmern hat dazu geführt, dass Arbeitnehmer aus Niedriglohnländern in Deutschland zu den Arbeitsbedingungen ihres Herkunftslandes gearbeitet haben. Eine solche Entsendung ist im Sinne der Dienstleistungsfreiheit gemäß Artikel 56 und 57 AEUV (ex-Artikel 49 und 50 EGV) ausdrücklich gewünscht. Allerdings ergaben sich aus diesem Umstand Wettbewerbsnachteile deutscher Arbeitnehmer im Inland, die vor Einführung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes<sup>38</sup> nicht unterbunden werden konnten. Denn nach Artikel 8 Absatz 2 Rom-I-Verordnung<sup>39</sup> ist auf Arbeitsverhältnisse entsandter Arbeitnehmer grundsätzlich das (Arbeits-)Recht des Staates anzuwenden, in dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Die Zahl der Wirtschaftszweige, in denen die Festlegung solcher branchenbezogener Mindestlöhne möglich ist, wurde in der 16. Wahlperiode des Deutschen Bundestages mehrfach erweitert. Das AEntG ermöglicht die Erstreckung deutscher Tarifverträge auch auf aus dem europäischen Ausland entsandte Arbeitnehmer in den gesetzlich erfassten Branchen. Derzeit bezieht das AEntG in § 4 die Bereiche Baugewerbe, Gebäudereinigerhandwerk, Briefdienstleistungen, Sicherheitsdienstleistungen, Bergbauspezialarbeiten auf Steinkohlebergwerken, Wäschereidienstleistungen im Objektkundengeschäft, Abfallwirtschaft einschließlich Straßenreinigung und Winterdienst, Aus- und Weiterbildungsdienstleistungen nach dem Zweiten oder Dritten Sozialgesetzbuch sowie gemäß Abschnitt 4 die Pflegebranche ein und soll dafür sorgen, Wettbewerbsnachteile deutscher Unternehmen für den Fall auszuschalten, dass ein Arbeitgeber mit Sitz im Ausland seine heimischen Arbeitnehmer vorübergehend in Deutschland beschäftigt.

**920.** Anschaulich wirkt das Arbeitnehmer-Entgeltgesetz folgendermaßen: Es muss ein bundesweiter Tarifvertrag für eine im AEntG aufgezählte Branche zustande gekommen sein, der für allgemeinverbindlich erklärt ist. Die Wirkung tariflicher Rechtsnormen über Mindestentgelte, Überstundensätze, Urlaubsdauer, Urlaubsentgelt und Urlaubsgeld wird auf ausländische Arbeitgeber erstreckt. Diese gesetzliche Anordnung war vonnöten, da nicht sicher war, ob allein durch eine Allgemeinverbindlicherklärung Arbeitsverhältnisse mit ausländischem Arbeitsvertragsstatut erfasst werden.<sup>40</sup> Die Tarifnormen gelten damit auch für ausländischem Recht unterliegende Arbeitsverhältnisse, da sie Eingriffsnormen im Sinne des Artikel 9 Rom-I-Verordnung darstellen.

<sup>38</sup> Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen vom 26. Februar 1996, BGBl. I S. 227; Neufassung vom 20. April 2009, BGBl. I S. 799 (Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen).

<sup>39</sup> Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl. EU Nr. L 177 vom 4. Juli 2008, S. 6; bis 31. Dezember 2009 geregelt in Artikel 30 Absatz 2 Nummer 1 EGBGB.

<sup>40</sup> Vgl. BAG, Urteil vom 9. Juli 2003, 10 AZR 593/02; BAG, Urteil vom 25. Juni 2002, 9 AZR 405/00, NZA 2003, 275, 276.

**921.** Am 1. März 1996 ist das Arbeitnehmer-Entsendegesetz in Kraft getreten und war zunächst befristet bis zum 1. September 1999. Bedenken wurden dahingehend geäußert, ob das AEntG (und auch die EG-Entsenderichtlinie<sup>41)</sup> mit der im europäischen Recht vorgeschriebenen Dienstleistungsfreiheit vereinbar ist. Der Europäische Gerichtshof hat jedoch entschieden, dass das AEntG im Grundsatz als europarechtskonform anzusehen ist.<sup>42</sup> So verstößt die in § 1 AEntG angeordnete Erstreckung von allgemeinverbindlichen Tarifverträgen auf Arbeitgeber mit Sitz im Inland nicht gegen die Dienstleistungsfreiheit, da sowohl in- als auch ausländische Arbeitgeber an diese Tarifverträge gebunden sind.<sup>43</sup> Die Dienstleistungsfreiheit darf durch Maßnahmen beschränkt werden, die einem zwingenden Allgemeininteresse entsprechen und die für in- und ausländische Dienstleistende in gleicher Weise gelten und verhältnismäßig angewendet werden.<sup>44</sup> Der Arbeitnehmerschutz zählt zu den anerkannten zwingenden Gründen des Allgemeininteresses. Zu beachten ist allerdings, dass das zwingende Allgemeininteresse nicht bereits durch anderweitige Vorschriften im Sitzstaat des Dienstleistenden ausreichend geschützt wird.<sup>45</sup> In der Praxis kommen Verstöße gegen Bestimmungen des AEntG sehr häufig vor. Zahlt nun ein Arbeitgeber beispielsweise nicht den geforderten Mindestlohn im Sinne des AEntG, dann ergeben sich im Vergleich zu den übrigen, den Mindestlohn zahlenden Arbeitgebern Wettbewerbsvorteile, welche von der Politik nicht gewollt sind. Die Folge ist die Verhängung eines Bußgeldes. Hierfür sind die Zollbehörden zuständig.

**922.** Am 24. April 2009 ist eine Neufassung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes in Kraft getreten.<sup>46</sup> Neu in dem Gesetz ist unter anderem, dass sich nach § 7 Absatz 5 AEntG (2009) zukünftig zunächst der Tarifausschuss nach § 5 Absatz 1 Satz 1 TVG mit einem Antrag aus einer Branche zu befassen hat, die erstmals die Erstreckung eines Tarifvertrags auf alle in dieser Branche tätigen Arbeitsverhältnisse anstreben. Im Unterschied zum AEntG (1996) darf ein Tarifvertrag durch eine Rechtsverordnung aufgrund des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes nurmehr dann für allgemeinverbindlich erklärt werden, wenn dies im öffentlichen Interesse geboten erscheint (§ 7 Absatz 1 Satz 2 AEntG (2009) i. V. m. § 5 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 TVG). Im Fall konkurrierender Tarifverträge muss

der Verordnungsgeber berücksichtigen, ob der Tarifvertrag repräsentativ ist. Dabei ist nach § 7 Absatz 2 AEntG auf die Zahl der jeweils tarifgebundenen Arbeitgeber und der bei ihnen beschäftigten Arbeitnehmer sowie die Zahl der jeweils tarifgebundenen Mitglieder der tarifvertragsschließenden Gewerkschaft abzustellen. Liegen mehrere Anträge auf Allgemeinverbindlicherklärung vor, so müssen nach § 7 Absatz 3 AEntG die widerstreitenden Grundrechtsinteressen der verschiedenen Tarifvertragsparteien zu einem „schonenden Ausgleich“ gebracht werden.

**923.** Das Bundesverwaltungsgericht hat die am 1. Januar 2008 in Kraft getretene Verordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales über zwingende Arbeitsbedingungen für Briefdienstleistungen (PostmindestlohnVO) für unwirksam erklärt.<sup>47</sup> Mit dieser Verordnung waren Mindestlöhne für Briefdienstleistungen nach Maßgabe des Tarifvertrags für verbindlich erklärt worden, den der Arbeitgeberverband Postdienste e. V. und ver.di im November 2007 geschlossen haben. Die klagenden Arbeitgeber erbringen mit den von ihnen beschäftigten Zustellern Briefdienstleistungen. Sie sind Mitglied in einem im September 2007 gegründeten Arbeitgeberverband. Dieser und der klagende Arbeitgeberverband haben jeweils im Dezember 2007 mit der im Oktober 2007 gegründeten Gewerkschaft der Neuen Brief- und Zustelldienste (GBNZ) einen Tarifvertrag abgeschlossen. Der darin vereinbarte Bruttomindestlohn liegt unter den in der streitigen Verordnung bestimmten Beträgen. Die GNBZ ist allerdings gemäß der Entscheidung des LAG Köln vom 20. Mai 2009<sup>48</sup> nicht gegnerunabhängig und damit nicht tariffähig. Vor dem Bundesverwaltungsgericht hatten die Kläger mit ihrem Feststellungsbegehren Erfolg. Die Feststellungsklagen der Arbeitgeber seien zulässig und auch begründet. Die PostmindestlohnVO verletze die Rechte der Kläger, weil bei deren Erlass das gesetzlich in § 1 Absatz 3a Satz 2 AEntG a. F. vorgeschriebene Beteiligungsverfahren nicht eingehalten wurde. Danach hatte das Bundesministerium für Arbeit und Soziales vor Erlass der Verordnung den in deren Geltungsbereich fallenden Arbeitgebern und Arbeitnehmern sowie den Parteien des Tarifvertrags Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme zu geben. Dies sei jedoch nicht in dem vom Gesetz vorgeschriebenen Maße geschehen.

**924.** Die Pflege gehört zu den Branchen, welche 2009 in das Arbeitnehmer-Entsendegesetz (Abschnitt 4) eingefügt wurde. Die Pflegebranche (Altenpflege und ambulante Krankenpflege) nimmt gemäß §§ 10 ff. AEntG im Rahmen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes einen Sonderstatus ein. Hierfür wurde eigens ein Abschnitt in das AEntG aufgenommen, um der besonderen Situation kirchlicher Arbeitgeber Rechnung zu tragen. Kirchliche Arbeitgeber wollen sich keinem Tarifvertrag unterwerfen, da sie darin einen Eingriff in ihr Selbstbestimmungsrecht sehen. Daher gibt es auch spezielle kirchenarbeitsrecht-

<sup>41</sup> Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. EG Nr. L 18 vom 21. Januar 1997, S. 1.

<sup>42</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 23. November 1999, C-376/96 „Arblade imd Leloup“; EuGH, Urteil vom 15. März 2001, C-165/98 „Mazzoleni“; EuGH, Urteil vom 25. Oktober 2001, Rs C-49/98 u. a. „Finalarte“; EuGH, Urteil vom 24. Januar 2002, C-164/99 „Portugaia Construções“.

<sup>43</sup> Vgl. BAG, Urteil vom 20. Juli 2004, 9 AZR 343/03, NZA 2005, 114, 117.

<sup>44</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 21. Oktober 2004, C-445/03 „Kommission/Luxemburg“.

<sup>45</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 15. März 2001, C-165/98 „Mazzoleni“; EuGH, Urteil vom 24. Januar 2002, C-164/99 „Portugaia Construções“.

<sup>46</sup> BGBl. I S. 799.

<sup>47</sup> Vgl. BVerwG, Urteil vom 28. Januar 2010, 8 C 19/09.

<sup>48</sup> Vgl. LAG Köln, Beschluss vom 20. Mai 2009, 9 TaBV 105/08, AuR 2009, 316.

liche Regelungen. Die Arbeitsbedingungen in den kirchlichen und karitativen Organisationen werden durch Arbeitsvertragsrichtlinien festgelegt, die in paritätisch besetzten Kommissionen bestimmt werden. Das ist ein mit den Tarifverträgen außerhalb des kirchlichen Bereichs vergleichbarer Weg. Im Gesetz wurde sichergestellt, dass die unterschiedlichen Traditionen weiter existieren können. Gleichzeitig wurde aber gewährleistet, dass die Konkurrenz, die Pflege zu Dumpinglöhnen anbietet, verhindert werden kann. Während in den übrigen einbezogenen Branchen der Mindestlohn auf der Grundlage von Tarifverträgen festgelegt wird, beruht der künftige Mindestlohn in der Pflegebranche demnach auf einer Empfehlung der eingesetzten Pflegekommission. Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales errichtet eine Kommission zur Erarbeitung von Arbeitsbedingungen oder deren Änderung. Dies erfolgt im Einzelfall auf Antrag einer Tarifvertragspartei aus der Pflegebranche oder der Dienstgeberseite oder der Dienstnehmerseite von paritätisch besetzten Kommissionen, die auf der Grundlage kirchlichen Rechts Arbeitsbedingungen für den Bereich kirchlicher Arbeitgeber in der Pflegebranche festlegen (§ 12 Absatz 1 AEntG). Für die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen in der Pflegebranche ist also eine achtköpfige Kommission (je zwei Gewerkschafts- und Arbeitgeberverbandsvertreter, die in der Pflegebranche tarifzuständig sind und jeweils zwei Vertreter der Dienstnehmer- und Dienstgeberseite) zuständig (§ 12 Absatz 2 AEntG). Sie vereinbart Mindestarbeitsbedingungen. Die Sitzungen der Kommission werden von einem Beauftragten des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales geleitet. Ein Beschluss der Kommission bedarf jeweils einer Mehrheit von drei Vierteln einzeln benannter Gruppen der Mitglieder (§ 12 Absatz 5 AEntG). Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales als Verordnungsgeber kann den von der Kommission gefassten Beschluss durch den Erlass einer Rechtsverordnung für alle Arbeitgeber und Arbeitnehmer der Pflegebranche für verbindlich erklären. Es ist dabei inhaltlich an den Vorschlag der Kommission gebunden, d. h. die Verordnung kann nur mit dem vereinbarten Inhalt erlassen werden oder es muss auf den Erlass der entsprechenden Verordnung verzichtet werden. Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales hat am 11. September 2009 die Mitglieder der ersten Kommission zur Erarbeitung von Arbeitsbedingungen in der Alten- und ambulanten Krankenpflege berufen. Kritisiert wurde aus Arbeitnehmersicht vor allem die langwierige Konstitution einer passenden Kommission; die Arbeitgeber warnten indes vor überhöhten Mindestlöhnen.

**925.** Von den rund 73 000 in das Tarifregister eingetragenen Tarifverträgen sind zurzeit (Stand: 1. April 2010) 476 für allgemeinverbindlich erklärt; die Zahl hat sich in den letzten 35 Jahren nicht bedeutend geändert. So schwankt die Anzahl der allgemeinverbindlichen Tarifverträge am 1. Tag des jeweiligen Jahres zwischen 448 im Jahre 1975 (Minimum) und 632 im Jahre 1994 (Maximum). Auffällig ist, dass die Zahl der allgemeinverbindlichen Tarifverträge bis 1994 in jedem Jahr immer leicht zunimmt und seit 1995 im Wesentlichen rückläufig ist. In

den von den Bestimmungen des AEntG erfassten Branchen sind nach Angaben der Bundesregierung ca. 4 Millionen Arbeitnehmer beschäftigt.<sup>49</sup>

**926.** Problematisch erscheint, dass diese vorgestellten Gesetze in Konkurrenz zur Tarifautonomie treten und diese dadurch erheblich schwächen.

#### 4.2 Mindestlöhne gemäß Mindestarbeitsbedingungengesetz

**927.** In Zeiten stetig sinkender Tarifbindung und eines wachsenden Niedriglohnsektors wurde der Ruf nach staatlicher Festsetzung von Mindestlöhnen gerade auch in Wirtschaftszweigen, in denen Tarifverträge nicht existieren oder nur auf eine geringe Zahl von Arbeitnehmern Anwendung finden, immer lauter. Das Mindestarbeitsbedingungengesetz (MiArbG) ergänzt insofern das Arbeitnehmer-Entgeltgesetz. Es soll den aktuellen Entwicklungen – wie dem Fortfall tarifgebundener Beschäftigung und der Geltung von Mindestlöhnen in anderen europäischen Staaten – Rechnung tragen. Es ermöglicht die Festsetzung von Mindestlöhnen in Wirtschaftszweigen, in denen bundesweit die an Tarifverträge gebundenen Arbeitgeber weniger als 50 Prozent der unter den Geltungsbereich dieser Tarifverträge fallenden Arbeitnehmer beschäftigen (§ 1 Absatz 2 MiArbG). Das bereits 1952 in Kraft getretene Gesetz wurde 2009 erheblich geändert;<sup>50</sup> bis dahin hatte das Gesetz keine praktische Bedeutung erlangt. Auf der Grundlage dieses Gesetzes kann das Bundesarbeitsministerium unter bestimmten Voraussetzungen Mindestarbeitsentgelte erlassen. Dieses Instrument bietet der Politik die Möglichkeit, „Lohnregelungslücken“ – als für die Politik nicht zufriedenstellende Ergebnisse der Tarifautonomie – zu schließen. Indes ist auch „Tariflosigkeit“ ein Ausdruck der verfassungsrechtlich gewährten Koalitionsfreiheit und nicht zwangsläufig regelungsbedürftig. Durch die Option, unter Beteiligung der Tarifvertragsparteien verbindliche Mindestlöhne festlegen zu können, lassen sich zukünftig auch im Geltungsbereich des MiArbG tariflich ungebundene oder tariflich anderweitig gebundene Arbeitnehmer an einen Mindestlohn binden.

**928.** Der Verfahrensablauf zum Erlass von Mindestarbeitsentgelten gliedert sich wie folgt:

- Die Grundlage für die Festsetzung von Mindestarbeitsentgelten stellt ein Beschluss im Feststellungsverfahren durch den sog. Hauptausschuss dar. Der Hauptausschuss besteht aus einem Vorsitzenden und sechs weiteren ständigen Mitgliedern. Die Mitglieder müssen in der Lage sein, umfassend die sozialen und ökonomischen Auswirkungen von Mindestarbeitsentgel-

<sup>49</sup> Vgl. Wissenschaftliche Dienste, Deutscher Bundestag, Aktueller Begriff – Die Mindestlohn-Kommission, <http://www.bundestag.de/dokumente/analysen/2009/mindestlohn-kommission.pdf> [Stand: 23. November 2009]; vgl. auch Abschnitt 5.2.1.

<sup>50</sup> Mindestarbeitsbedingungengesetz vom 11. Januar 1952, BGBl. I S. 17, in der Fassung der Änderung vom 22. April 2009, BGBl. I S. 818.

ten einzuschätzen. Der Hauptausschuss stellt unter umfassender Berücksichtigung der sozialen und ökonomischen Auswirkungen durch Beschluss fest, ob in einem Wirtschaftszweig soziale Verwerfungen vorliegen und Mindestarbeitsentgelte festgesetzt, geändert oder aufgehoben werden sollen. Der Beschluss ist schriftlich zu begründen und bedarf der Zustimmung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (§§ 2, 3 MiArbG).

- Auf der zweiten Stufe wird das eigentliche Festsetzungsverfahren durchgeführt. Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales errichtet sog. Fachausschüsse für die Wirtschaftszweige, für die Mindestarbeitsentgelte festgesetzt werden sollen. Die Höhe der Mindestarbeitsentgelte wird von den Fachausschüssen konkretisiert. Der Fachausschuss besteht aus einem Vorsitzenden und je drei Beisitzern aus Kreisen der beteiligten Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Weitere sachverständige Personen können zugezogen werden; sie haben jedoch kein Stimmrecht (§ 4 Absatz 1, § 5 Absatz 1 MiArbG).
- Auf der dritten Stufe können zuletzt die von den einzelnen Fachausschüssen festgesetzten Mindestarbeitsentgelte auf Vorschlag des Bundesarbeitsministeriums als Rechtsverordnung durch die Bundesregierung (§ 4 Absatz 3 MiArbG) erlassen werden. Der Erlass von Mindestarbeitsbedingungen bedarf nicht der Zustimmung des Bundesrates.

**929.** Die Debatten über Mindestlöhne sind noch aus den Bundestagswahlkämpfen 2009 sehr präsent. Für den ständigen Hauptausschuss nach dem MiArbG hat sich die Bezeichnung Mindestlohnkommission etabliert. Die Mindestlohnkommission betritt rechtliches Neuland; ob gemeinsame Standpunkte gefunden werden können, bleibt abzuwarten.

**930.** Problematisch erscheint, dass das MiArbG in Regelungskonkurrenz zu den Tarifvertragsparteien tritt. Dies sieht die Monopolkommission vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlich gewährten positiven und negativen Koalitionsfreiheit mit Sorge.

#### 4.3 Fortgeltung und Nachwirkung von Tarifverträgen

**931.** Eine Stabilisierung der Tarifbindung wird durch die Fortgeltung und Nachwirkung von Tarifverträgen bewirkt. So wäre beispielsweise denkbar, dass sich ein bisher tarifgebundener Arbeitgeber dem Einfluss des Tarifvertrags entzieht und als Verbandsaußensteher durch untertarifliche Entlohnung Wettbewerbsvorteile generiert. Grundsätzlich ist dies gemäß der negativen Koalitionsfreiheit möglich. Allerdings wird der Ausstieg aus tarifvertraglichen Regelungen wesentlich erschwert. Grund hierfür ist die Fortgeltung gemäß § 3 Absatz 3 TVG, also der Fortbestand der Tarifbindung bei Verbandsaustritt von Arbeitgeber oder Arbeitnehmer bis zum Ende des Tarifvertrags. Die Vorschrift erweitert die Tarifgebundenheit insoweit auch über den Austritt des Mitglieds aus dem ta-

rifschließenden Verband hinaus bis zur Beendigung des Tarifvertrags. So wird verhindert, dass sich Arbeitsvertragsparteien nach Ablauf der verbandsrechtlich verlangten Austrittsfrist der Tarifbindung entziehen, wenn ihnen ein neu abgeschlossener Tarifvertrag nicht zusagt; § 3 Absatz 3 TVG dient der Tariftreue. Die Tarifgebundenen sollen sich dem Tarifvertrag nicht entziehen können, sondern durch Einflussnahme auf den innerverbandlichen Willensbildungsprozess auf einen passenden Tarifvertrag hinwirken.

**932.** Endet die Fortgeltung gemäß § 3 Absatz 3 TVG, besteht eine Nachwirkung nach § 4 Absatz 5 TVG, d. h. die Tarifnormen gelten so lange weiter, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden. Sinn dieser Nachwirkung ist ein Regelungsbestandsschutz für die Arbeitnehmer. Die Nachwirkung ist zeitlich unbegrenzt.<sup>51</sup> In neuen Arbeitsverträgen ist es dem Arbeitgeber nun möglich, von den bisherigen Tarifnormen abzuweichen. Um die Löhne bereits bestehender Arbeitsverhältnisse zu vermindern, müssen Änderungskündigungen erfolgen. Da diese allerdings alle rechtlichen Anforderungen erfüllen müssen, die auch sonst bei einer Kündigung zu beachten sind, ist diese Option für den Arbeitgeber kaum umsetzbar.

#### 4.4 Öffnungsklauseln

**933.** Öffnungsklauseln gemäß TVG (§ 4 Absatz 3, 1. Variante) erlauben Abweichungen vom Tarifvertrag, sofern sie ausdrücklich durch diesen gestattet sind. Auf diese Weise können tariflich geregelte Arbeitsbedingungen de facto flexibilisiert werden; einem vom Markt ausgehenden Anpassungsdruck kann so nachgegeben werden. Die „äußere“ Struktur des Flächentarifsystems wird dadurch nicht verändert, allerdings erlauben Öffnungsklauseln eine Flexibilisierung innerhalb des Flächentarifsystems.<sup>52</sup> Derartige Klauseln haben in den letzten Jahren erheblich an Bedeutung gewonnen. Sie dienen vor allem der Absenkung der Tarifstandards in wirtschaftlichen Notlagen und der Beschäftigungssicherung. In fast jeder wichtigen Branche gibt es inzwischen tarifliche Öffnungsklauseln, die es erlauben, auf der Betriebsebene spezifische Arbeitszeit- oder Entgeltregelungen zu treffen. In einer repräsentativen Befragung von fast 16 000 Betrieben im Rahmen des IAB-Betriebspanels 2005 gaben 13 Prozent aller Betriebe mit Tarifbindung an, dass für sie Öffnungsklauseln im Tarifvertrag bestehen. Rund die Hälfte dieser Betriebe hatte davon Gebrauch gemacht. Unter den genutzten Klauseln dominierten die zur Ar-

<sup>51</sup> Vgl. BAG, Urteil vom 15. Oktober 2003, 4 AZR 573/02, BAGE 108, 114, AP TVG § 4 Nachwirkung Nr. 41.

<sup>52</sup> Vgl. zu Öffnungsklauseln auch: Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, Tarifaufonomie auf dem Prüfstand, Bonn 2004, S. 22 ff., sowie Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Die Chance nutzen – Reformen mutig voranbringen, Jahresgutachten 2005/2006, Wiesbaden 2005, Tz. 313 f.; Sachverständigenrat, Die Finanzkrise meistern – Wachstumskräfte stärken, Jahresgutachten 2008/2009, Wiesbaden 2008, Tz. 560 f.; Sachverständigenrat, Die Zukunft nicht aufs Spiel setzen, Jahresgutachten 2009/2010, Wiesbaden 2009, Tz. 435.

beitszeitanpassung, während Öffnungsklauseln zur Entlohnung deutlich seltener in Anspruch genommen wurden.<sup>53</sup>

#### 4.5 Anforderungen an die Tariffähigkeit

**934.** Artikel 9 Absatz 3 GG gewährt der Rechtsprechung weite Interpretationsspielräume. Insoweit kommt den Arbeitsgerichten eine überragende Bedeutung zu. Problematisch erscheint dies vor dem Hintergrund, dass die Besetzung der Gerichte im Einvernehmen mit den Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden geschieht.<sup>54</sup> Eine einseitige Interessenpolitik zulasten Dritter wird hierdurch begünstigt.

**935.** Da weder Grundgesetz noch Tarifvertragsgesetz Vorgaben für die Anerkennung einer Vereinigung von Arbeitnehmern als tariffähige Gewerkschaft kodifizieren, wurden diese Normativbedingungen durch Rechtsprechung und Schrifttum herausgearbeitet. Die Funktionsbedingungen der Tarifautonomie gebieten eine Einschränkung der beteiligten Akteure. Es existieren strikte Anforderungen an die Tariffähigkeit, die die Erwartungen der Verfassung an die Leistungsfähigkeit des kollektiven Vertragsmechanismus rechtfertigen und Richtigkeitsgewähr vermuten lassen. So muss es sich bei einer tariffähigen Gewerkschaft (a) um eine Dauerorganisation handeln, da nur so sichergestellt werden kann, dass die Folgen des Handelns adäquat berücksichtigt werden. Des Weiteren muss (b) eine Gegnerunabhängigkeit vorliegen, da insbesondere eine Abhängigkeit vom Arbeitgeber eine

gleichberechtigte kollektive Interessenwahrnehmung insofern unmöglich macht. Außerdem muss es sich (c) um eine überbetriebliche Organisation handeln, da unterstellt wird, dass nur so ein gesamtwirtschaftlich verantwortungsvolles Handeln sichergestellt werden kann und nur auf diese Weise eine Unabhängigkeit von sozialen Gegenspielern. Abschließend müssen (d) tariffähige Gewerkschaften sozialpolitisches Gewicht, also „Druckausübungsfähigkeit“ besitzen, um tatsächlich eine adäquate Gegenmacht für die Arbeitgeberseite darzustellen (Mächtigkeitprinzip).<sup>55</sup>

**936.** Die hohen Anforderungen an die Tariffähigkeit von Gewerkschaften konservieren die bisherige Gewerkschaftsstruktur, denn insbesondere die Mächtigkeits- und Überbetrieblichkeitskriterien behindern kollektive Außenseiterkonkurrenz. So kann das Mächtigkeitserfordernis der Gründung und Etablierung von Konkurrenzgewerkschaften insofern entgegenstehen, als bereits erfolgreich abgeschlossene Tarifabschlüsse vom Bundesarbeitsgericht als Indiz hierfür gelten.<sup>56</sup> Dies macht es kleinen Gewerkschaften tendenziell schwer, Tariffähigkeit zu erlangen. Allerdings stärken die jüngsten BAG-Entscheidungen zumindest die Organisationsform kleiner durchsetzungsstarker Gewerkschaften, da „soziale Mächtigkeit“ auch im Falle einer geringen Mitgliederzahl gegeben sein kann, sofern die Gewerkschaftsmitglieder Spezialisten in Schlüssel-funktionen sind, die von der Arbeitgeberseite im Falle eines Arbeitskamps kurzfristig überhaupt nicht oder nur schwer ersetzt werden können.<sup>57</sup> Des Weiteren behindert auch das Überbetrieblichkeitskriterium Gewerkschaftskonkurrenz, da betriebliche Gewerkschaften rigoros bereits im Vorfeld ausgeschlossen werden. Insofern kann von einem Schutz der Tarifautonomie der etablierten Tarifvertragsparteien vor kollektiver Außenseiterkonkurrenz gesprochen werden.

#### 4.6 Prinzip der Tarifeinheit

**937.** Unter Tarifeinheit versteht man den vom Bundesarbeitsgericht 1957 entwickelten Grundsatz, dass nur ein Tarifvertrag im Arbeitsverhältnis oder auch im gesamten Betrieb Gültigkeit erlangt.<sup>58</sup> Insofern handelt es sich um eine zweifache Ausprägung des Grundsatzes. Es setzt sich immer der sachnähere Tarifvertrag durch, wobei die Sachnähe durch den fachlich-betrieblichen, subsidiär durch den räumlichen Geltungsbereich bestimmt wird

<sup>53</sup> Vgl. Kohaut, S., Schnabel, C., Tarifliche Öffnungsklauseln: Verbreitung, Inanspruchnahme und Bedeutung, Erlangen-Nürnberg 2006. Erstaunlich ist hierbei auch das Ergebnis, dass von den fast 16 000 befragten Unternehmen fast 23 Prozent der Betriebe im Westen und rund 16 Prozent der Betriebe im Osten gar nicht wussten, ob für sie überhaupt Öffnungsklauseln bestehen, wobei dies besonders häufig in kleinen Betrieben mit weniger als 50 Beschäftigten der Fall ist. Überdies sind auf Betriebsebene auch Betriebsvereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ohne Öffnungsklauseln im Tarifvertrag möglich. Allerdings bestimmt § 77 Absatz 3 BetrVG, dass Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, ohne Öffnungsklauseln nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein können. In der Praxis werden indes dennoch auf Betriebsebene Themen verhandelt, die nach dem Betriebsverfassungsgesetz nicht der betrieblichen Mitbestimmung unterliegen, sondern den Tarifparteien. Vgl. zu diesem Aspekt Streeck, W., Rehder, B., Der Flächentarifvertrag: Krise, Stabilität und Wandel, MPIfG Working Paper 03/6, Köln, Juli 2003.

<sup>54</sup> Nach § 16 Absatz 1, 2 ArbGG werden die ehrenamtlichen Richter je zur Hälfte aus den Kreisen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer entnommen und sind jeweils paritätisch in den Kammern der Arbeitsgerichte vertreten. Deren Auswahl geschieht über Vorschlagslisten, die unter anderem von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden eingereicht werden (§ 20 Absatz 2 ArbGG). Gemäß § 22 Absatz 2 Nummer 4 und § 23 Absatz 2 ArbGG können zu ehrenamtlichen Richtern aus Kreisen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer Mitglieder und Angestellte von Arbeitgeberverbänden bzw. Gewerkschaften berufen werden. Der Kammervorsitzende wird von der zuständigen obersten Landesbehörde auf Vorschlag eines dort installierten Ausschusses bestellt, dem Vertreter von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden in gleichem Verhältnis angehören (§ 18 Absatz 1, 2 ArbGG). In ähnlicher Weise geschieht auch die Bestellung und Zusammensetzung der Kammern der Landesarbeitsgerichte (§§ 37, 39) und der Senate des Bundesarbeitsgerichts (§§ 41, 43 ArbGG).

<sup>55</sup> Vgl. BAG, Beschluss vom 9. Juli 1968, 1 ABR 2/67; BAG, Beschluss vom 14. Dezember 2004, 1 ABR 51/03; BAG, Beschluss vom 28. März 2006, 1 ABR 58/04; LAG Berlin, Beschluss vom 10. Dezember 2009, 23 TaBV 1016/09.

<sup>56</sup> Vgl. BAG, Beschluss vom 10. September 1985, 1 ABR 32/83.

<sup>57</sup> Vgl. BAG, Beschluss vom 14. Dezember 2004, 1 ABR 51/03.

<sup>58</sup> Vgl. BAG, Urteil vom 29. März 1957, AP Nr. 4 TVG Tarifkonkurrenz; BAG, Urteil vom 14. Juni 1989, 4 AZR 200/89, AP Nummer 16 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; BAG, Urteil vom 5. September 1990, 4 AZR 59/90, AP Nummer 19 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; BAG, Urteil vom 20. März 1991, 4 AZR 455/90, AP Nummer 20 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz. Der DGB schreibt in den „Richtlinien für die Abgrenzung von Organisationsbereichen und die Veränderung der Organisationsbezeichnung gemäß § 15 Ziff. 1 der DGB-Satzung“, dass das Prinzip „ein Betrieb, eine Gewerkschaft“ ein Kriterium zur Organisationsabgrenzung sei (2. a), 2. Spiegelstrich).

(Spezialitätsprinzip). Stets verdrängt werden soll nach gängiger Interpretation der Tarifvertrag, der den kleineren Teil der Beschäftigten erfasst, insbesondere also ein Spezialisten- oder Spartentarifvertrag.<sup>59</sup> Auf Wettbewerb wird also auch mit dieser Regelung im Grundsatz verzichtet. Potenzielle Konkurrenz und die damit verbundene Disziplinierung der Akteure werden hierdurch nicht gefördert.

**938.** Dass ein Arbeitnehmer verschiedenen Gewerkschaften angehört, welche mit verschiedenen Arbeitgeberverbänden konkurrierende Tarifverträge abgeschlossen haben, ist untypisch (Tarifkonkurrenz). Was allerdings an Bedeutung gewinnt, ist – wie bereits in Abschnitt 3.2 erläutert – das Phänomen, dass die einzelnen Arbeitnehmer in einem Betrieb durchaus in unterschiedlichen Gewerkschaften organisiert sind. Daraus resultieren Tarifbindungen des Arbeitgebers an verschiedene Tarifverträge unterschiedlicher Tarifvertragsparteien, d. h. für verschiedene Arbeitsverhältnisse desselben Betriebes können mehrere Tarifverträge einschlägig sein, die sich inhaltlich widersprechen. Man spricht hierbei von Tarifpluralität (Tarifmehrheit). So steht beispielsweise dem eigenständigen Spartentarifvertrag der Lokführer-Gewerkschaft GdL der bei der Deutschen Bahn AG existierende Tarifvertrag mit der Tarifgemeinschaft aus TRANSNET und GDBA gegenüber. Insofern zeigt sich, dass das Prinzip der Tarifeinheit von der Realität aufgebrochen worden ist und dass sich die betroffenen Branchen damit arrangiert haben, dass in ihrem Betrieb mehrere Tarifverträge gelten. Somit kann ein rudimentärer Wettbewerb verschiedener Gewerkschaften um die Mitglieder konstatiert werden. Überwiegend ist allerdings eine Berufsgruppe eines Betriebes in einer Gewerkschaft organisiert. So wird auf die Krankenhausärzte de facto das Vertragswerk des Marburger Bundes angewendet. Für die Arbeitnehmer gilt also der für sie günstigste Tarifvertrag unter mehreren konkurrierenden Tarifverträgen. Die jüngsten Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts zur Frage der Tariffähigkeit stärken die Organisationsform kleiner durchsetzungsstarker Gewerkschaften, indem sie die Darlegung „sozialer Mächtigkeit“ erheblich erleichtern, wenn die Gewerkschaftsmitglieder „Schlüsselfunktionen“ ausüben.<sup>60</sup> Die Arbeitgeber versuchen an der Tarifeinheit im Betrieb festzuhalten, an deren Stelle in der Realität offenbar eine Tarifeinheit innerhalb der Berufsgruppe getreten ist.<sup>61</sup>

**939.** Eine gesetzliche Norm, die Tarifeinheit im Betrieb anordnet, gibt es nicht. Dennoch wurde bislang dieser Grundsatz im Interesse der Rechtssicherheit und des Betriebsfriedens angewendet. Im Schrifttum erfährt der Grundsatz beinahe einhellig Widerspruch.<sup>62</sup> Es werde gegen die nach § 9 Absatz GG geschützte Koalitionsfreiheit

verstoßen, da Tarifverträge einfach verdrängt werden. Vor etwa 15 Jahren begann das Thema praktische Relevanz zu entwickeln: So schlossen die Arbeitgeber nach der Wiedervereinigung besonders in den neuen Bundesländern verstärkt Tarifverträge mit den christlichen Gewerkschaften, insbesondere mit der CG Metall, die bereit war, Tarifverträge unter dem Niveau der IG Metall abzuschließen. Zugleich begannen Berufsgewerkschaften mit einer eigenständigen Berufspolitik, Tarifverträge durchzusetzen, die im Vergleich zu den christlichen Gewerkschaften über denen der großen etablierten Gewerkschaften lagen.

**940.** Das Bundesarbeitsgericht stärkte in einem Urteil aus dem Jahre 2005 den Wettbewerb zwischen Gewerkschaften. Hiernach ist die Mitgliederwerbung auch bei Mitgliedern der Konkurrenz verfassungsrechtlich geschützt. Damit wiesen die obersten Arbeitsrichter eine Klage der Gewerkschaft der Polizei (GdP, eine für den gesamten Bereich der Polizei zuständige Gewerkschaft und Mitglied des DGB) gegen eine Werbeaktion der Deutschen Polizeigewerkschaft (DPoIG) im Deutschen Beamtenbund ab. Die GdP fühlte sich angesichts der Werbeaktionen der DPoIG – diese hatte gezielt neue Mitglieder mittels eines Mitgliedsbeitrags von nur einem Euro monatlich im ersten Jahr angeworben – in ihrem Grundrecht der Koalitionsfreiheit verletzt. Das Bundesarbeitsgericht hatte indes umgekehrt die Werbeaktion der DPoIG unter den Schutz der Koalitionsfreiheit gestellt. Die Grenzen zulässiger Werbung werden überschritten, wenn sie mit unlauteren Mitteln erfolgt oder auf die Existenzvernichtung einer konkurrierenden Gewerkschaft gerichtet ist.<sup>63</sup>

**941.** Der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts hatte in einer Divergenzanfrage nach § 45 Absatz 2, 3 ArbGG an den Zehnten Senat eine Abkehr von dem Grundsatz der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung zur Tarifeinheit („ein Betrieb – ein Tarifvertrag“) angekündigt.<sup>64</sup> Mit Beschlüssen vom 23. Juni 2010 hat sich nunmehr der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts der vom Vierten Senat im Anfragebeschluss vom 27. Januar 2010 dargelegten Rechtsauffassung angeschlossen. Auch nach Auffassung des Zehnten Senats gelten die Rechtsnormen eines Tarifvertrags, die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen, für Beschäftigte kraft Koalitionsmitgliedschaft nach § 3 Absatz 1, § 4 Absatz 1 TVG unmittelbar. Dies werde nicht dadurch ausgeschlossen, dass für den Betrieb kraft Tarifbindung des Arbeitgebers (Verbandsmitgliedschaft oder eigener Abschluss des Tarifvertrags) mehr als ein Tarifvertrag Anwendung findet, wenn für den einzelnen Arbeitnehmer jeweils nur ein Tarifvertrag gilt. Es gebe keinen übergeordneten Grundsatz, dass für verschiedene Arbeitsverhältnisse derselben Art in einem Betrieb nur einheitliche Tarifregelungen zur Anwendung kommen können. Danach können nunmehr auch nach höchstrichterlicher Rechtsprechung in einem Betrieb mehrere Tarifverträge für unterschiedliche Berufsgruppen anwendbar sein („Tarifpluralität“).<sup>65</sup>

<sup>59</sup> Vgl. BAG, Urteil vom 5. September 1990, 4 AZR 59/90, AP Nummer 19 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz.

<sup>60</sup> Vgl. BAG, Beschluss vom 14. Dezember 2004, 1 ABR 51/03, AP Nummer 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit (UFO).

<sup>61</sup> Vgl. Greiner, S., Der Arbeitskampf der GdL – Überlegungen zur Parität im Sparten- und Spezialistenarbeitskampf, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 24, 2007, S. 1023–1028.

<sup>62</sup> Vgl. stellvertretend für viele Hromadka, W., Tarifeinheit bei Tarifpluralität, in: Söllner, A. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze, München 2005, S. 383–394.

<sup>63</sup> Vgl. BAG, Urteil vom 31. Mai 2005, 1 AZR 141/04.

<sup>64</sup> Vgl. BAG, Beschluss vom 27. Januar 2010, 4 AZR 549/08 (A).

<sup>65</sup> Vgl. BAG, Beschlüsse vom 23. Juni 2010, 10 AS 2/10 und 10 AS 3/10.

#### 4.7 Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln

**942.** Anspruch auf tarifliche Regelungen und Leistungen haben gemäß § 3 Absatz 1 i. V. m. § 4 Absatz 1 TVG ausschließlich die Mitglieder der vertragsschließenden Gewerkschaft im jeweiligen Tarifbereich. Nichtgewerkschaftsmitglieder erhalten in einem tarifgebundenen Unternehmen jedoch dennoch in der Regel die Tarifleistungen, weil die Arbeitgeber an einem spannungsfreien Betriebsklima interessiert sind und die Außenstehenden nicht durch schlechtere Arbeits- und Einkommensbedingungen zum Gewerkschaftsbeitritt veranlassen möchten. Unter „tarifvertraglichen Differenzierungsklauseln“ versteht man im Tarifvertrag enthaltene Regelungen, mit denen die Arbeitgeber verpflichtet werden, zwischen tarifgebundenen Arbeitnehmern (Gewerkschaftsmitgliedern) und sonstigen Arbeitnehmern zu differenzieren und den Gewerkschaftsmitgliedern höhere Ansprüche zu gewähren. Tarifausschlussklauseln verbieten dem Arbeitgeber, eine bestimmte tarifliche Leistung wie z. B. Urlaubsgeld auch an nicht organisierte Arbeitnehmer zu erbringen. Sie sollen somit von dieser tariflichen Leistung ausgeschlossen werden.

**943.** Differenzierungsklauseln hat der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts in einer Entscheidung aus dem Jahre 1967 generell für unzulässig erklärt.<sup>66</sup> Dieses kategorische Verbot von Differenzierungsklauseln wirkt zementierend hinsichtlich eines Gewerkschaftswettbewerbs. In Tarifverträgen darf demnach nicht zwischen den bei der vertragsschließenden Gewerkschaft organisierten und anders oder nicht organisierten Arbeitnehmern differenziert werden. Differenzierungen sollen in erster Linie den Vorteil ausgleichen, den der Außenseiter dadurch genießt, dass er die Früchte gewerkschaftlicher Tarifarbeit kostenlos in Anspruch nimmt. Tarifparteien haben nicht das Recht und nicht die Tarifmacht, zu ihrer Selbstsicherung Außenseiter zu Ausgleichszahlungen heranzuziehen. Darüber hinaus genießen die Nichtorganisierten den Schutz der negativen Koalitionsfreiheit aus Artikel 9 Absatz 3 Satz 1 und 2 GG. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist legitimer und sozialadäquater Druck hinzunehmen.<sup>67</sup> Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts üben Differenzierungsklauseln einen unzulässigen – sozialinadäquaten – Druck zum Beitritt aus. Aufgrund gröblich verletzter Gerechtigkeitsempfindungen soll die Gewährung des Urlaubs oder Urlaubsentgelts nicht von Fragen der Organisationszugehörigkeit abhängig gemacht werden.

**944.** Inzwischen ist allerdings eine vorsichtige Abkehr von dem gänzlichen Differenzierungsverbot zu beobachten. So ließ der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts in einem Urteil aus dem Jahre 2007<sup>68</sup> offen, ob der Auffassung des Großen Senats von der grundsätzlichen Unzulässigkeit von Differenzierungsklauseln und ihrer Begründung uneingeschränkt zu folgen ist. Das Landesarbeitsgericht

Niedersachsen vertrat in einem Urteil aus dem Jahre 2007<sup>69</sup> die Auffassung, dass einfache Differenzierungsklauseln in einem Tarifvertrag nicht gegen die negative Koalitionsfreiheit des Artikel 9 Absatz 3 GG verstoßen. Sie sind zulässig, denn das umfassende Verdikt des Bundesarbeitsgerichts verkennt, dass Differenzierungsklauseln letztendlich rechtliche Gegebenheiten aufgreifen, die ohnehin schon in den §§ 3 Absatz 1, 4 Absatz 1 TVG normiert sind. Grundsätzlich gelten Tarifverträge nur für die Tarifgebundenen und nicht für Außenseiter. Dies ist eine offenkundige Rechtstatsache, an die eine einfache Differenzierungsklausel, die lediglich die Gewerkschaftszugehörigkeit als Anspruchsvoraussetzung für eine bestimmte Leistung normiert und nicht dem Arbeitgeber eine Leistung an einen Außenstehenden verbietet oder erschwert, anknüpft. Praktische Bedeutung hat eine solche einfache Differenzierungsklausel lediglich bei einer arbeitsvertraglichen Inbezugnahme eines Tarifvertrags oder aber im Falle einer Allgemeinverbindlicherklärung. Auch ein Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit nach Artikel 9 Absatz 3 GG ist nicht erkennbar. Das Motiv der Gewerkschaften, Mitglieder zu gewinnen, ist legitim und führt nicht dazu, dass eine derartige Differenzierungsklausel von vornherein als inadäquat und damit als rechtswidrig anzusehen ist. Umfang und Ausmaß der Differenzierung üben keinen besonderen Druck aus, der den Kernbereich der negativen Koalitionsfreiheit verletzt. Es handelt sich bei dieser streitgegenständlichen Klausel um eine Vorschrift, die einem Außenseiter lediglich (je nach Verdienst) maximal den doppelten Jahresgewerkschaftsbeitrag vorenthält. Auch wird nur demjenigen Außenseiter der Vorteil vorenthalten, auf dessen Arbeitsverhältnis kraft einzelvertraglicher Verweisung (sog. Gleichstellungsabrede) der Tarifvertrag im Übrigen Anwendung findet. Andere Außenseiter haben ohnehin aufgrund der klaren Regelung des Tarifvertragsgesetzes (§§ 3 Absatz 1, 4 Absatz 1 TVG) keinen Anspruch auf die Leistungen dieses Tarifvertrags. Schließlich verhindert dieser Tarifvertrag in keiner Weise, dass Außenseiter und Arbeitgeber individuell dasselbe aushandeln, was Inhalt der streitbefangenen Differenzierungsklausel ist. Gemäß dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts aus dem Jahr 2009<sup>70</sup> können einfache Differenzierungsklauseln, welche die Gewerkschaftszugehörigkeit des Arbeitnehmers zwar zur Voraussetzung für einen bestimmten materiellen Anspruch machen, die aber keine rechtlichen Schranken dafür aufstellen, dass der Arbeitgeber auf individualvertraglicher Ebene die tariflich vorgesehene Ungleichbehandlung beseitigt, auch nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts rechtswirksam sein. Bei der Überprüfung der Zulässigkeit von Differenzierungsklauseln ist somit zunächst danach zu unterscheiden, ob lediglich der Gesetzestext wiedergegeben wird oder ob die Differenzierungsklausel eine eigenständige Regelung beinhaltet. Besonderheiten gelten im Einzelfall für Sanierungstarifverträge und Vorruhestandsregelungen, da hier wesentlich wichtigere und intensivere Belange der Arbeitnehmer berührt sind und schwerwie-

<sup>66</sup> Vgl. BAG, Beschluss vom 29. November 1967, GS 1/67, DB 1970, 444.

<sup>67</sup> Vgl. vor allem BverfGE 20, 312, 321, 322, AP Nummer 24 zu § 2 TVG.

<sup>68</sup> Vgl. BAG, Urteil vom 9. Mai 2007, 4 AZR 275/06, DB 2008, 358.

<sup>69</sup> Vgl. LAG Niedersachsen, Urteil vom 11. Dezember 2007, 5 Sa 914/07.

<sup>70</sup> Vgl. BAG, Urteil vom 18. März 2009, 4 AZR 64/08.

gende Nachteile drohen. Kriterien für die Zulässigkeit von Differenzierungsklauseln sind deren Bezeichnung als „Ausgleichszahlung/Ersatzleistung“ und die Höhe, die maximal den doppelten Jahresgewerkschaftsbeitrag umfassen darf.

#### 4.8 Fazit

**945.** Wie bereits dargelegt<sup>71</sup>, liegt die anhaltende Erosion des deutschen Tarifvertragssystems nicht nur an dem Verlust gewerkschaftlicher Organisationsmacht, der auch in anderen Ländern beobachtet werden kann. Entscheidend ist vielmehr der Einsatz stabilisierender Faktoren, welche eine hohe Tarifbindung bewirken. So wirkt es positiv auf die Tarifbindung, wenn die gewerkschaftliche Interessenvertretung nicht nur wie in Deutschland vorwiegend auf der Branchenebene angesiedelt ist, sondern parallel auf mehreren Tarifvertragsebenen. Auch bewirkt das noch in Schweden, Finnland und Dänemark vorkommende Genter System, bei dem die Gewerkschaften die Arbeitslosenversicherung verwalten, eine hohe Tarifbindung und einen vergleichsweise hohen gewerkschaftlichen Organisationsgrad von über 70 Prozent. In Österreich kommt es vor allem durch die Pflichtmitgliedschaft der Arbeitgeber in der Wirtschaftskammer zu einer fast flächendeckenden Tarifbindung. Des Weiteren gelten Allgemeinverbindlicherklärungen als Stabilisatoren des Flächentarifsystems. Außerhalb Skandinaviens ist die Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen insgesamt der wichtigste Erklärungsfaktor für eine hohe Tarifbindung. Der Grund für ein stabileres Flächentarifsystem europäischer Nachbarländer offenbart sich in einer deutlich stärkeren politischen Unterstützung des Tarifvertragssystems durch eine hohe Verbreitung von Allgemeinverbindlicherklärungen. Abschließend wirkt in Italien ein gemäß Verfassung einklagbarer Tariflohn wie eine indirekte Allgemeinverbindlicherklärung und hat zur Folge, dass 80 Prozent aller Beschäftigten tarifgebunden sind.

**946.** Das deutsche Tarifsystem ist durch zwei gegenläufige Entwicklungslinien gekennzeichnet. Auf der einen Seite kann ein Aufbrechen des Flächentarifsystems konstatiert werden. Am deutlichsten wird dies durch die in der Praxis aufkeimende Tarifpluralität. Aktuell hat sich der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts mit Beschlüssen vom 23. Juni 2010<sup>72</sup> der vom Vierten Senat im Anfragebeschluss vom 27. Januar 2010<sup>73</sup> dargelegten Rechtsauffassung angeschlossen und den Grundsatz „ein Betrieb – ein Tarifvertrag“ aufgegeben. Danach können nunmehr auch nach höchstrichterlicher Rechtsprechung in einem Betrieb mehrere Tarifverträge für unterschiedliche Berufsgruppen anwendbar sein. Des Weiteren wurde gezeigt, dass mit Öffnungsklauseln tariflich geregelte Arbeitsbedingungen flexibilisiert werden können. Dies bedingt zwar einerseits eine Stabilisierung der „äußeren“ Struktur des Flächentarifsystems, ist aber andererseits

eine weit verbreitete Flexibilisierungsoption zur individuelleren Ausformung des Flächentarifsystems.

**947.** Auf der anderen Seite finden sich Maßnahmen, die einer Stabilisierung und Restabilisierung des klassischen Flächentarifsystems dienlich sind. Hierzu zählen Allgemeinverbindlicherklärungen gemäß TVG und AEntG, Mindestlöhne gemäß MiArbG, die Fortgeltung und Nachwirkung von Tarifverträgen, die strikten, von den Arbeitsgerichten entwickelten Anforderungen an die Tariffähigkeit, der vom Bundesarbeitsgericht vormals entwickelte Grundsatz der Tarifeinheit oder das einstige kategorische Verbot tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln durch das Bundesarbeitsgericht. Auch versucht der Gesetzgeber in jüngerer Zeit verstärkt, der zunehmenden Erosion des deutschen Flächentarifsystems mit neuen bzw. neu gefassten Gesetzen als Reaktion hierauf entgegenzuwirken (AEntG, MiArbG). Damit erreicht er zwar höhere Tarifbindungen, begibt sich aber in direkte Regelungskonkurrenz zu den Tarifvertragsparteien und schwächt insofern die Tarifautonomie.

## 5. Volkswirtschaftliche Analyse und wettbewerbliche Problemfelder

**948.** Der fünfte Teil dieser Untersuchung ist der volkswirtschaftlichen Analyse sowie drei wettbewerblichen Problemfeldern gewidmet. Es soll gezeigt werden, inwieweit sich die Ausgestaltung des Arbeitsmarktes auf die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs auf Produktmärkten auswirken kann.

### 5.1 Volkswirtschaftliche Analyse: Auswirkungen von Tarifkartellen auf nachgelagerte Produktmärkte

#### 5.1.1 Historie: Produktmarktkartellierung über das Vehikel „Tarifvertrag“ bei fehlendem oder mangelndem Wettbewerb auf dem inländischen Produktmarkt bei geringer Nachfrageelastizität

**949.** Aus historischer Sicht lassen sich Kartellierungswirkungen des Flächentarifsystems in Deutschland in bestimmten handwerksnahen Wirtschaftszweigen bereits im 19. Jahrhundert nachweisen, indem reichsweite Flächentarifverträge zu einer Kartellierung des Arbeits- und darauf aufbauend des Produktmarktes führten.<sup>74</sup> Dieses Einvernehmen der Tarifvertragsparteien reichte allerdings bis zum Ersten Weltkrieg nicht wesentlich über den Hand-

<sup>71</sup> Vgl. die Abschnitte 3.3 und 3.4.

<sup>72</sup> Vgl. BAG, Beschlüsse vom 23. Juni 2010, 10 AS 2/10 und 10 AS 3/10.

<sup>73</sup> Vgl. BAG, Beschluss vom 27. Januar 2010, 4 AZR 549/08 (A).

<sup>74</sup> Vgl. zu den historischen Ausführungen Pauly, U., Der Flächentarifvertrag als Kartellierungsinstrument, Frankfurt a. M. 2005. Modelltheoretisch zeigen Kirstein und Kirstein in einem einfachen Verhandlungsmodell, dass Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände die gegebenen rechtlichen Rahmenbedingungen nutzen können, um hiermit Kartelle auf Produktmärkten zu stabilisieren. Verbindliche zweistufige Lohnuntergrenzen können so gewählt werden, dass der Produktmarkt Wettbewerb reduziert wird. Es wird daher vorgeschlagen, dass Wettbewerbshüter Tarifverträge hinsichtlich möglicher Kollisions-effekte bezüglich betroffener Produktmärkte überwachen sollten. Vgl. Kirstein, A., Kirstein, R., Collective Wage Agreements on Fixed Wages and Piece Rates May Cartelize Product Markets, Journal of Institutional and Theoretical Economics 165, 2009, S. 250–259.

werksbereich hinaus. Als entscheidendes Kriterium für die Kooperation der Unternehmen mit den Gewerkschaften wird gesehen, dass eine Kartellierung des Marktes wegen der klein- und mittelständischen Struktur auf diesem Markt lediglich mit Rückgriff auf eine mächtige Arbeitnehmervertretung gelingen konnte. Der Wunsch nach Kartellierung wurde so über das Vehikel des Tarifvertrags realisiert. Nachweisbar ist dies anhand von Tarifverträgen außerhalb der Großindustrie, deren erklärtes Ziel auch Preisvereinbarungen waren.<sup>75</sup>

**950.** Oligopolistisch strukturierte und bereits kartellierte Wirtschaftszweige wie etwa die Schwerindustrie brauchten dieses Instrument nicht; ein solcher Umweg über eine Arbeitsmarktkartellierung war nicht vonnöten. Rechtliche Sanktionen gegen Unternehmen, die sich tarif- und kartellbrüchig verhielten, gab es nicht. Die Institution „Tarifvertrag“ stand nicht unter staatlichem Schutz und es existierte Außenseiterkonkurrenz in Form nicht tariflich gebundener Arbeitnehmer. Erst mit den politischen Umwälzungen Ende des Ersten Weltkrieges wurde die Unabdingbarkeit von Tarifverträgen durch gesetzgeberische Maßnahmen garantiert und das Tarifkartell damit stabilisiert. Dies geschah mittels der verfassungsrechtlichen Verankerung der Tarifautonomie, der Schaffung eines einheitlichen Tarifrechts, der Etablierung einer Arbeitsgerichtsbarkeit, der Entwicklung des Instruments der Allgemeinverbindlicherklärung und der aktiven Förderung des Tarifvertragsgedankens durch staatliche Stellen, sodass sich die vorher nur als Randerscheinung in hauptsächlich handwerklich geprägten Wirtschaftszweigen entwickelte tarifvertragliche Regelung der Arbeitsbedingungen nach dem Ersten Weltkrieg in der gesamten Wirtschaft durchsetzen konnte. Auch vorher abseitsstehende Unternehmenskreise erkannten die Vorteile flächendeckender Tarifverträge. Anfänglicher Widerstand verebbte – zumindest, wenn die Kartellwirkungen nicht gravierende Wettbewerbsnachteile gegenüber der Auslandskonkurrenz bedeuteten. Die Wahrscheinlichkeit für den Abschluss freiwilliger Vereinbarungen zwischen den Tarifvertragsparteien war umso größer, je weniger es auf anderem Wege gelang, Kartellstrukturen zu etablieren. Dies galt jedoch nicht für Unternehmen mit starker Auslandskonkurrenz, beispielsweise der Großindustrie, was die hohe Anzahl von Zwangstarifen in exportorientierten Wirtschaftszweigen erklärt.

**951.** Ob ein Flächentarifvertrag für die Koalitionspartner in Deutschland sinnvoll als Vehikel für eine Produktmarktkartellierung nutzbar gemacht werden kann, hängt letztlich damals wie heute entscheidend von der Frage ab, ob die betroffenen Unternehmen Konkurrenz aus dem Ausland haben, da höhere Produktpreise insofern einen Wettbewerbsnachteil gegenüber der ausländischen Konkurrenz bedeuten würden. Folglich sind insbesondere Dienstleistungen auf regionaler oder nationaler Ebene angesprochen, die keiner oder nur unbedeutender Auslandskonkurrenz ausgesetzt sind.

**952.** Eine Produktmarktkartellierung wird durch eine wenig preiselastische Nachfrage auf dem Produktmarkt begünstigt. Wäre die Nachfrageelastizität hoch, dann

würden die Konsumenten auf den Produktmärkten mit deutlicher Kaufzurückhaltung reagieren, d. h. die Nachfragemenge würde deutlich zurückgehen. Wenn Kunden auf dem Produktmarkt allerdings keine oder zumindest wenig Ausweichmöglichkeiten haben, man denke etwa an nationale Produktmärkte im Bereich der Daseinsvorsorge, dann bewirkt eine Preiserhöhung auf dem Produktmarkt demgemäß auch nur eine geringe Änderung des Nachfragerverhaltens.

### **5.1.2 Tariflicher Branchenmindestlohn im Falle differierender Produktivitätsniveaus der Unternehmen eines Marktes**

**953.** Weitere wichtige Erkenntnisse hinsichtlich der Auswirkungen tariflicher Vereinbarungen auf den Produktmarkt liefert Williamson. Er zeigt in einem Aufsatz aus dem Jahr 1968<sup>76</sup>, dass tarifliche Mindestlöhne als effektive Markteintrittsbarriere für den Produktmarkt missbraucht werden können, sofern sich die betroffenen Unternehmen in ihrer Produktivität hinreichend unterscheiden. Produktivere Unternehmen auf dem Markt sind bereit, höhere Tariflöhne zu zahlen, um damit den Wettbewerb auf dem nachgelagerten Produktmarkt zu be- oder verhindern. Während produktive Unternehmen auch bei hohen Löhnen profitabel arbeiten können, gilt dies nicht für weniger produktive Unternehmen, also in der Regel Newcomer. Williamson knüpft mit seiner empirischen und theoretischen Analyse des sog. „Pennington Case“ an den 1965 vor dem Supreme Court in den USA entschiedenen Fall „United Mine Workers vs. Pennington“ an. 1950 war die amerikanische Gewerkschaft der United Mine Workers mit den großen amerikanischen Kohleproduzenten übereingekommen, per Tarifvertrag eine für alle Unternehmen verbindliche Lohnuntergrenze zu implementieren. Damit sollten die kleinen, weniger produktiven Unternehmen, wie das von James M. Pennington, über das Vehikel der Verteuerung des Produktionsfaktors „Arbeit“ aus dem Markt gedrängt werden und die vorhandene Marktstruktur zugunsten der etablierten Großunternehmen gefestigt werden. Der Oberste Gerichtshof der USA entschied, dass die Ausnahme der Tarifautonomie vom allg und emeinen Wettbewerbsrecht nicht unbegrenzt sei.<sup>77</sup> Sie stelle dann eine Verletzung des Kartellrechts (Sherman Act) dar, wenn sich eine Gewerkschaft mit einem Teil der Arbeiterschaft bewusst mit dem Ziel abspreche, mittels eines standardisierten Lohntarifs Markteintrittsbarrieren zu errichten, d. h. wenn wettbewerbsfeindliche Einflüsse auf den Produktmarkt das Ziel der Vereinbarungen seien. Die von Williamson vorgebrachte Notwendigkeit der ökonomischen Analyse als Hilfestellung für die Rechtsprechung ist auch heute noch, besonders vor dem Hintergrund des „more economic approach“ als wettbewerbspolitischem Leitbild, aktuell.<sup>78</sup>

<sup>76</sup> Vgl. Williamson, O.E., Wage rates as a barrier to entry: The Pennington case in perspective, Quarterly Journal of Economics 82, 1968, S. 85–116.

<sup>77</sup> United Mine Workers v. Pennington, 381 U. S. 657, 662 ff. (1965).

<sup>78</sup> Vgl. nachfolgend zu dem ähnlichen gelagerten „Postmindestlohn-Fall“ in Deutschland Tz. 975.

<sup>75</sup> Vgl. explizit Pauly, U., a. a. O., S. 53 ff.

**954.** Auch Haucap, Pauly und Wey konstatieren anhand ihres Modells<sup>79</sup>, dass ein allgemeinverbindlicher Mindestlohn auf dem nachgelagerten Produktmarkt eine größere Marktkonzentration bewirken kann und überdies Arbeitsplätze verloren gehen können, wenn Gewerkschaften und Arbeitgeber den später allgemeinverbindlichen Tariflohn über dem markträumenden Gleichgewicht festlegen. Dieser Kartellierungseffekt ist unabhängig von der jeweiligen Verhandlungsmacht der beteiligten Akteure. Angesprochen sind hier vor allem Märkte mit nicht oder kaum handelbaren Gütern und Dienstleistungen, die oftmals besonders arbeitskostenintensiv sind. Ebenfalls auf theoretischer Ebene kommen Shilov und Tourovsky<sup>80</sup> für eine arbeitsintensive Industrie (wie man sie beispielsweise auf dem Postmarkt vorfindet), die von einem Großunternehmen dominiert wird, zu dem Ergebnis, dass die Einführung eines Mindestlohns unter Zuhilfenahme des „Dominant-Firm“-Modells kurzfristig negative Folgen für den Markteintritt neuer Unternehmen hat und langfristig zu höherer Arbeitslosigkeit in der Branche führen kann.

### 5.1.3 Hump-shape-Hypothese

**955.** Bei der viel beachteten Studie von Calmfors und Driffill (1988)<sup>81</sup> spielt der sog. Zentralisationsgrad der Lohnverhandlungen zunächst eine wichtige Rolle – und zwar hinsichtlich der Beschäftigungshöhe. Man spricht hierbei, in Anlehnung an die grafische Gestalt der Kurve, also dem Zusammenhang zwischen Reallohn und Zentralisationsgrad, von der Hump-shape-Hypothese (vgl. Abbildung V.3).

**956.** Der Zentralisationsgrad gibt Auskunft über die vorherrschende Lohnfindungsebene. Hohe Zentralisationsgrade finden sich traditionell in skandinavischen Staaten, wo Verhandlungen meist auf nationaler Ebene, d. h. flächendeckend für eine ganze Volkswirtschaft geführt werden. Mittlere Zentralisationsgrade finden sich in den meisten kontinentaleuropäischen Staaten. Verhandlungen finden dort vorwiegend für Branchen auf regionaler Ebene statt. Im Falle dezentraler Systeme verhandeln Gewerkschaften und Arbeitgeber auf Firmenebene. Diese Verhandlungsebene ist typisch für die USA, Kanada und Großbritannien; auch in Japan und Neuseeland finden Verhandlungen üblicherweise dezentral auf Firmenebene statt.<sup>82</sup> Damit ist Großbritannien das einzige Land der Europäischen Union mit einem dezentralen, überwiegend unkoordinierten Tarifsystem. Nachfolgend wird zunächst die allgemeine

Frage nach der Wirkung des Zentralisationsgrades aus empirischer und theoretischer Sicht beantwortet.

**957.** Die Hump-shape-Hypothese trifft (und das ist aufgrund des Arguments eines Antizipierens der Wettbewerbswirkung auf den Produktmarkt seitens der Tarifvertragsparteien im Rahmen dieses Themas interessant) auch Aussagen hinsichtlich des Einflusses des Zentralisierungsgrades von Lohnverhandlungen auf das allgemeine Preisniveau sowie die Wettbewerbsfolgen auf dem nachgelagerten Produktmarkt. Calmfors und Driffill gelangen für 17 OECD-Staaten<sup>83</sup> mit Durchschnitts-Arbeitslosenquoten im Zeitraum 1974 bis 1985 im Vergleich zu durchschnittlichen Arbeitslosenquoten im Zeitraum 1963 bis 1974 zu dem Ergebnis, dass die beiden Extreme „völlige Zentralisierung“ und „völlige Zentralisierung“ aus makroökonomischer Sicht die für die Reallohnhöhe und – das ist entscheidend – damit für die Beschäftigung besten Resultate erbringen und demgemäß die optimalen Zentralisierungs- bzw. Koordinationsgrade der Lohnverhandlungen darstellen. Es wird der übliche neoklassische Zusammenhang angenommen, dass niedrigere Löhne einen höheren Beschäftigungsstand bedingen. Ein geringer Zentralisierungsgrad sowie ein sehr hoher Zentralisierungsgrad bewirken nach diesem Modell eine hohe Beschäftigungsquote.

**958.** Es wird für geschlossene Volkswirtschaften argumentiert, dass die Tarifpartner umfangreiche Negativauswirkungen der Lohnsetzung auf das Preisniveau umso eher berücksichtigen, je zentraler die Lohnverhandlungen geführt werden. Gewerkschaften antizipieren in dieser Situation eher die mit der Teuerung einhergehenden Reallohneinbußen, kalkulieren die Inflationswirkungen der Lohnerhöhungen ein und tendieren zu moderaten Lohnabschlüssen. Daher könnte auf einen negativen (positiven) Zusammenhang zwischen Zentralisierungsgrad und Lohnhöhe (Beschäftigung) geschlossen werden. Im Falle völlig dezentraler Lohnverhandlungen auf der Unternehmens- oder Betriebsebene fallen die Reallohnergebnisse ebenfalls zurückhaltend aus, allerdings aufgrund des Arguments, dass Lohnerhöhungen nur bedingt möglich sind, da die Firma mit anderen Unternehmen um den Absatz ihrer Produkte konkurrieren muss. Ein einzelnes Unternehmen, welches die Kosten einer Lohnerhöhung auf die Güterpreise abwälzen möchte, sieht sich dem Problem gegenüber, dass seine teuren Güter nun den Konkurrenzprodukten seiner Wettbewerber nicht mehr standhalten könnten. Handelt eine Betriebsgewerkschaft mit einem Unternehmen direkt Löhne aus, dann verhindert im Extremfall eine unendlich preiselastische Nachfrage für das Produkt dieses Unternehmens im vollkommenen Markt jegliche Preiserhöhung. Die Gewerkschaftsmacht wird so limitiert. Eine branchenweite Lohnerhöhung schmälert die Wettbewerbssituation eines Unternehmens dagegen kaum, sofern die Nachfrageelastizität der Konsumenten gering ist.

<sup>79</sup> Das Modell besteht aus einem einfachen zweistufigen Spiel, bei dem zunächst ein allgemeinverbindlicher Tariflohn festgelegt wird (Stufe 1), bevor Unternehmen auf dem Produktmarkt miteinander in Wettbewerb treten (Stufe 2). Auf dem Produktmarkt herrscht Cournot-Wettbewerb mit bereits vorhandenen Unternehmen (k) und potenziellen, weniger produktiven Wettbewerbern (n). Arbeit ist der einzige Produktionsfaktor. Vgl. Haucap, J., Pauly, U., Wey, C., Collective wage setting when wages are generally binding: An antitrust perspective, *International Review of Law and Economics* 21, 2001, S. 287–307.

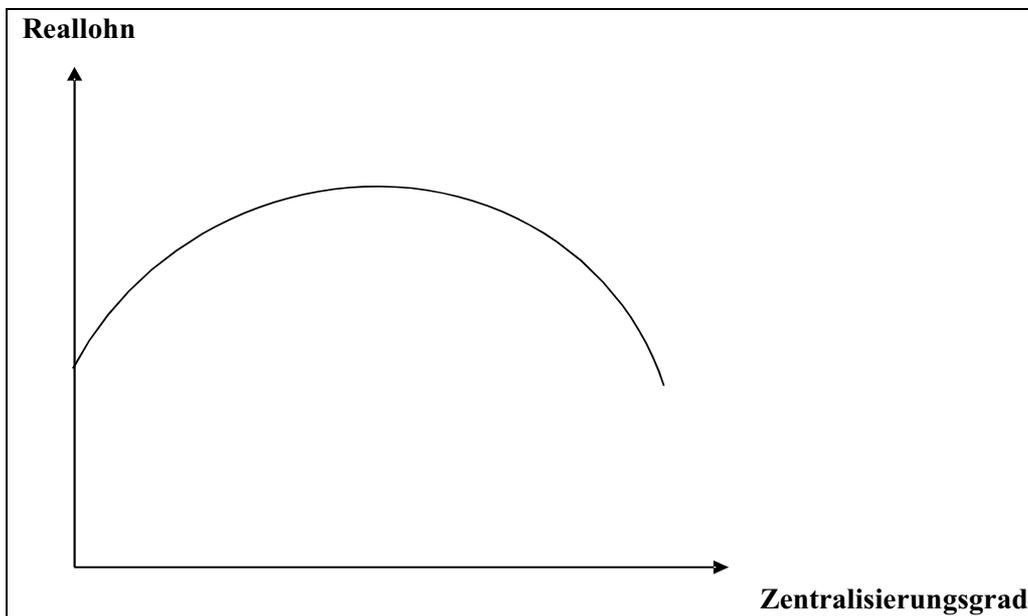
<sup>80</sup> Vgl. Shilov, A./Tourovsky, B., The Minimum Wage in the Dominant Firm Model, IAB-Discussion Paper 23/2008, <http://doku.iab.de/discussionpapers/2008/dp2308.pdf> [Stand: 29. März 2010].

<sup>81</sup> Vgl. Calmfors, L., Driffill, J., Bargaining structure, corporatism and macroeconomic performance, *Economic Policy* 6, 1988, S. 14–61.

<sup>82</sup> Vgl. Dittrich, M., Kollektive Verhandlungen in Arbeitsmärkten, *Marburg* 2008, S. 21 m. w. N.

<sup>83</sup> Österreich, Norwegen, Schweden, Dänemark, Finnland mit hohem Zentralisationsgrad des Lohnverhandlungssystems; Deutschland, die Niederlande, Belgien, Neuseeland und Australien als Ökonomien mit mittlerem Zentralisationsgrad und Frankreich, Großbritannien, Italien, Japan, die Schweiz, die USA und Kanada mit geringem Zentralisationsgrad.

Abbildung V.3

**Hump-shape-Hypothese**

Quelle: Calmfors, L., Driffill, J., Bargaining structure, corporatism and macroeconomic performance, *Economic Policy* 6, 1988, S. 15

**959.** Positiv an der Studie sind die Ideen, die Erklärungsansätze für den Zusammenhang zwischen Zentralisierungsgrad und Reallohn liefern. Allerdings entziehen sich die aufgestellten Zusammenhänge einer empirischen Überprüfung, die nicht von den Autoren beobachtete Charakteristika auf der Ebene der betrachteten Länder kontrolliert. Die empirische Erhebung bildet weitere existierende Einflussfaktoren auf den Reallohn nicht ab und verkürzt die Untersuchung auf einen eindimensionalen Zusammenhang zwischen Zentralisationsgrad und Reallohn.

**960.** Nimmt man überdies realistischerweise über das verwendete Modell hinaus eine offene Volkswirtschaft an, dann muss in die Überlegungen zusätzlich die Konkurrenz aus dem Ausland einbezogen werden. Unter der Annahme, dass teure inländische Produkte in Konkurrenz zu günstigeren Substituten aus dem Ausland treten müssen, ist unabhängig von dem Zentralisierungsgrad in jedem Fall eine disziplinierende Wirkung auf die Tarifvertragsparteien hinsichtlich Lohn- und Preiserhöhungen zu erwarten – und das selbst bei einem mittleren Zentralisierungsgrad, der in der Studie von Calmfors und Driffill eigentlich hohe Reallöhne bedingt. Insofern nimmt mit zunehmender internationaler ökonomischer Integration die Bedeutung des nationalen Zentralisierungsgrades für Lohnhöhe und Preisgestaltung ab. Der von Calmfors und Driffill unterstellte Zusammenhang konnte überdies für Mehrjahresdurchschnitte nicht bestätigt werden und war möglicherweise nur ein Periodenphänomen.<sup>84</sup> Zumindest

mit Blick auf die Lohn- und Arbeitsmarktentwicklung fand man bei ökonometrischen Überprüfungen kaum eindeutige und zeitlich stabile Anzeichen dafür, dass eine bestimmte Verhandlungsebene die makroökonomische Performance generell verbessert.<sup>85</sup>

#### 5.1.4 Ökonomische Theorien zu Sparten-gewerkschaften

**961.** Olson<sup>86</sup> liefert eine Erklärung für die Organisationsschwierigkeiten großer heterogener Gewerkschaften im Vergleich zu kleinen, homogen zusammengesetzten Sparten-gewerkschaften. So problematisiert er in seiner Theorie die ungleiche Durchsetzungsfähigkeit von Organisationen bzw. Interessenverbänden und diese Idee lässt sich auch auf die Gewerkschaften übertragen. Hiernach sind kleine homogene Interessengruppen bei der Durchsetzung ihrer Spezialinteressen erfolgreicher als große heterogene Gruppen. Im Gegensatz zu großen heterogenen Gruppen haben kleine homogene Konstellationen einen Impuls zur Bildung eines Interessenverbandes aufgrund einer überschaubaren Größe, gemeinsamer Interessen sowie Interdependenzen der Beteiligten. Ein Vermeiden des Trittbrettfahrens ist durch eine interne Kontrolle besser möglich als in großen Organisationen. Wenn ein Verband dann im Laufe der Zeit an Größe gewonnen hat, ergeben sich eben jene Probleme, die bei großen heterogenen und anonymen Gruppen eine Verbandsbildung bereits im Vorfeld unmöglich machen. Die Koordination vieler Interes-

<sup>84</sup> Vgl. hierzu Schettkat, R., Koordination von Lohnverhandlungen, *Mitteilungen aus der Arbeitsmarkt- und Berufsforschung* 36, 2003, S. 634–648.

<sup>85</sup> Vgl. Schnabel, C., *Verbetrieblichung der Lohnfindung und der Festlegung von Arbeitsbedingungen*, Düsseldorf 2008, S. 36 m. w. N.

<sup>86</sup> Vgl. Olson, M., *Die Logik des kollektiven Handelns. Kollektivgüter und die Theorie der Gruppe*, Tübingen 1968.

sen wird schwieriger, das herzustellende öffentliche Gut allgemeiner. Eine Bereitstellung positiver und negativer selektiver Anreize verhindert, dass das öffentliche Gut nun gar nicht mehr hergestellt wird. Gleichwohl ergeben sich aus großen heterogenen Verbänden neue, kleinere, homogenere Interessenverbände, wenn sich die entsprechenden Verbandsmitglieder nicht mehr ausreichend und spezifisch genug von ihrem Verband vertreten fühlen.

**962.** Das in Deutschland zu beobachtende verstärkte Wirken von Spartengewerkschaften ist aufbauend auf der Theorie Olsons folglich auf eine erfolgreichere, speziell auf Bedürfnisse einzelner Berufsgruppen zugeschnittene Interessenvertretung gegenüber großen heterogenen Einheitsgewerkschaften zurückzuführen. Einheitsgewerkschaften, die viele Berufsgruppen integrieren, organisieren den Interessenausgleich zwischen diesen Gruppen durch eine solidarische Lohnpolitik. Spartengewerkschaften dienen indes einer stärkeren Einkommensdifferenzierung zugunsten bestimmter Berufsgruppen. Diese Berufsgruppen fühlen sich durch die solidarische Lohnpolitik benachteiligt und zeichnen sich außerdem dadurch aus, dass sie ein besonderes Drohpotenzial besitzen, da sie sich in Schlüsselfunktionen im Wirtschaftsprozess befinden. Hierdurch sind sie in der Lage, besonders hohe Entgeltforderungen durchzusetzen, was sich in Abhängigkeit von der Wettbewerbsintensität auf dem jeweiligen Produktmarkt deutlich zulasten anderer Sparten auswirken kann. Die Durchsetzungsstärke einzelner Gewerkschaften differiert dabei in Abhängigkeit von einem unterschiedlichen Drohpotenzial.

**963.** Die Literaturmeinung scheint einhellig, dass im Falle komplementärer Arbeitnehmergruppen getrennte Lohnverhandlungen höhere Löhne implizieren als im Falle eines gemeinsamen Verhandeln.<sup>87</sup> Auch Upmann<sup>88</sup> kommt bei Anwendung der Nash-Verhandlungslösung zu diesem Ergebnis. Er untersucht auf theoretischer Ebene zwei zu beobachtende gegenläufige Trends des letzten Jahrzehnts: einerseits die Erstarkung von Spartengewerkschaften und andererseits die vermehrten Zusammenschlüsse zu großen Einheitsgewerkschaften wie den Zusammenschluss der von fünf Einzelgewerkschaften zu der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di. Upmann zeigt, dass es im Falle zweier komplementärer Berufsgruppen im Gleichgewicht wahrscheinlich ist, dass sich diese in zwei (kleinen) separaten Gewerkschaften organisieren, da diese beiden unabhängigen Gewerkschaften getrennt voneinander höhere Löhne erkämpfen als gemeinsam. Göddeke<sup>89</sup> kommt bei der Modellierung der Tarifverhandlungen unter Zuhilfenahme der Nash-Verhandlungslösung zu dem Ergebnis, dass Einzelverhandlungen nicht zu hö-

heren Lohnabschlüssen gegenüber einem gemeinsamen Verhandeln nur einer Gewerkschaft führen – zumindest solange die relative Verhandlungsmacht der Einzelgewerkschaften in der Summe der einer Gesamtgewerkschaft entspricht.

### 5.1.5 Fazit

**964.** Betrachtet man Arbeits- und Produktmärkte aus wettbewerblicher Sicht, dann erscheinen als Ergebnis der Ausführungen vor allem folgende Faktoren problematisch, welche oftmals auch in Kombination auftreten.

#### **Fehlender oder mangelnder Wettbewerb auf dem inländischen Produktmarkt durch In- und/oder Auslandskonkurrenz bei geringer Nachfrageelastizität**

Wie im historischen Kontext und im Zusammenhang mit der Hump-shape-Hypothese gesehen, begünstigen fehlender oder mangelnder Wettbewerb sowie eine geringe Preiselastizität der Nachfrage auf dem Produktmarkt die Absprache von Unternehmen über Produktpreise. Unternehmen, die auf monopolistisch geprägten Absatzmärkten agieren, realisieren überdies nicht nur höhere Kapitalerträge, sondern zahlen in der Regel auch Löhne über dem markträumenden Niveau. Wie weit die Löhne über dem markträumenden Niveau liegen, ist abhängig von der Höhe der Monopolverrenten und der relativen Verhandlungsmacht der Tarifvertragsparteien.

#### **Missbrauchsmöglichkeit eines tariflichen Branchenmindestlohns im Falle differierender Produktionsniveaus der Unternehmen eines Marktes**

Handelt es sich um einen Markt, auf dem zwischen den Unternehmen große Produktivitätsunterschiede bestehen, dann kann ein von produktiveren Unternehmen mit der Arbeitnehmerschaft ausgehandelter tariflicher Mindestlohn als effektive Markteintrittsbarriere missbraucht werden. Weniger produktive Unternehmen, also in der Regel Newcomer, sind nicht in der Lage, den tariflich ausgehandelten Mindestlohn zu zahlen. Sie werden so durch die Verteuerung des Produktionsfaktors Arbeit in ihrer Wettbewerbsfähigkeit geschwächt oder müssen den Markt verlassen.

#### **Auftreten verhandlungsstarker Spartengewerkschaften**

Das Auftreten von Spartengewerkschaften kann im Zusammenhang mit den bereits genannten zwei Aspekten betrachtet werden. So scheint es kein Zufall zu sein, dass sich das Phänomen der Spartengewerkschaften in Deutschland vornehmlich auf Märkten konzentriert, auf denen lange Zeit monopolartige Strukturen herrschten. Spartengewerkschaften treten vornehmlich im Verkehrs- und Gesundheitssektor auf.<sup>90</sup> Inwieweit die Löhne über dem markträumenden Niveau liegen, ist auch im Falle des Auftretens von Spartengewerkschaften abhängig von der Wettbewerbsintensität auf dem Produktmarkt und der

<sup>87</sup> Vgl. Horn, H., Wolinsky, A., Worker substitutability and patterns of unionisation, *Economic Journal* 98, 1988, S. 484–497; Dowrick, S., Enterprise bargaining, union structure and wages, *Economic Record* 69, 1993, S. 393–404.

<sup>88</sup> Vgl. Upmann, T., Labour Unions – To Unite or to Separate?, CESifo Working Paper No. 2413, München 2008.

<sup>89</sup> Vgl. Göddeke, A.K., Models of Unionized Oligopolies, Nürnberg 2008, S. 154 ff., <http://www.opus.ub.uni-erlangen.de/opus/volltexte/2008/1200/pdf/ModelsofUnionizedOligopoliesAnnaGoeddeke.pdf> [Stand: 6. April 2010].

<sup>90</sup> Vgl. bereits Abschnitt 3.2.2.

relativen Verhandlungsmacht der Tarifvertragsparteien. Erfolgreiche Spartengewerkschaften haben den Vorteil, dass sich ihre Mitglieder im Wirtschaftsprozess oftmals an strategisch wichtigen Knotenpunkten befinden und sie dadurch im Streikfall große wirtschaftliche Schäden anrichten können; man denke etwa an die Streiks der Lokführer- oder Ärztegewerkschaften.

**965.** Als problematisch erachtet die Monopolkommission den Verteilungskonflikt zugunsten der Spartengewerkschaften und zulasten verhandlungsschwacher Arbeitnehmergruppen. Kleine Schlüsselgruppen, deren Streiks ganze Unternehmen stilllegen können, nutzen ihre Stärke, um eigene Interessen durchzusetzen. Angesichts der zu beobachtenden Erfolge ist überdies für andere Berufsgruppen ein Nachahmungseffekt gegeben, sodass ein Ansteigen der Streikbereitschaft zu befürchten ist. Insofern zeigt sich hierbei kein gleichberechtigter Wettbewerb von Gewerkschaften mit gleicher Klientel, sondern vielmehr eine Übertragung gestörter Vertragsparität zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf nunmehr kollektiver Ebene. Dies erscheint nicht wünschenswert.

**966.** Die Monopolkommission stellt die grundrechtlich verbürgte Koalitionsfreiheit nicht in Zweifel. Sie weist aber auf wettbewerbliche Probleme hin, die sich durch Interventionen der Politik sowie strukturelle Veränderungen des Marktes ergeben haben und über die eigentliche Funktion kollektiver Lohnverhandlungen hinausgehen. Interessant für die Betrachtung erscheint insofern zunächst die Frage, inwieweit Interventionen auf dem Arbeitsmarkt strategisch von den Akteuren genutzt werden können, um den Wettbewerb auf Produktmärkten auszubremsen bzw. höhere Löhne über Produktmärkte zu externalisieren, und weiterführend die Frage nach der Lösung derartiger Probleme. Die gemachten Ausführungen zeigen allerdings die Komplexität dieses Themas. Daher sollen insbesondere folgende Problemfelder an dieser Stelle näher betrachtet werden, die aus wettbewerbsspolitischer Sicht besondere Relevanz haben:

- Allgemeinverbindlicherklärungen gemäß TVG und AEntG,
- Mindestlöhne gemäß MiArbG,
- Spartengewerkschaften.

Die beiden ersten Instrumente stellen Eingriffe in die Koalitionsfreiheit dar. Bei den Allgemeinverbindlicherklärungen handelt es sich um tarifvertragliche Regelungen, die auf ganze Branchen erstreckt werden, im Falle des MiArbG um staatliche Mindestlöhne. Wettbewerbliche Probleme ergeben sich hierbei in Form der Schaffung bzw. Ausweitung branchenweiter Lohnkartelle, wodurch etablierten Unternehmen eines Marktes die Möglichkeit eröffnet wird, Wettbewerber, insbesondere Newcomer, mittels Steigerung derer Personalkosten aus dem Markt zu drängen. Das Phänomen der Spartengewerkschaften ist wettbewerbsspolitisch von Bedeutung, da mächtige Spartengewerkschaften höhere Löhne zulasten Dritter externalisieren können.

## 5.2 Wettbewerbliche Problemfelder: Allgemeinverbindlicherklärungen, Mindestlöhne und Spartengewerkschaften

**967.** Ob Institutionen des Arbeitsmarktes reformbedürftig sind, ist zunächst abhängig von der eigentlichen Funktion, die sie erfüllen sollen. Überdies sind aber auch alle übrigen Wirkungen fernab des primär beabsichtigten Zweckes zu beachten. Angesprochen sind auch veränderte Rahmenbedingungen von Arbeits- und Produktmärkten, welche das Arbeitsrecht vor neue Herausforderungen stellen können.

### 5.2.1 Allgemeinverbindlicherklärungen gemäß Tarifvertragsgesetz und Arbeitnehmer-Entsendegesetz

**968.** Um die Wirkungen des Tarifvertrags auf weitere Arbeitsverhältnisse auszudehnen und somit die Flächentarifbindung zu erhöhen, gibt es, wie in Abschnitt 4.1 dargelegt, die Möglichkeit einer Allgemeinverbindlicherklärung gemäß TVG oder AEntG.

**969.** Gemäß § 5 Absatz 4 TVG erfassen die Rechtsnormen des Tarifvertrags in seinem Geltungsbereich ausdrücklich „die bisher nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer“. Ob die Erstreckung eines Tarifvertrags durch Allgemeinverbindlicherklärungen neben den nicht tarifgebundenen ebenfalls die anderweitig tarifgebundenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber mit einbezieht, ist aus juristischer Sicht ungeklärt.<sup>91</sup> Die Monopolkommission verweist bei dieser Frage auf den eindeutigen Wortlaut des Gesetzes, wonach ausschließlich die „bisher nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer“ (§ 5 Absatz 4 TVG) erfasst werden, was eindeutig anderweitig tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht einschließt. Ferner weist die Monopolkommission darauf hin, dass die Verdrängung anderer bestehender Tarifverträge durch einen für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag einen erheblichen Eingriff in die grundrechtlich garantierte positive Koalitionsfreiheit der anderweitig Tarifgebundenen darstellen würde. Dieses Argument gilt in der Literatur übrigens auch als Hauptkritikpunkt an dem Grundsatz der Tarifeinheit.<sup>92</sup> Jedem Tarifvertrag kommt eine Angemessenheitsvermutung zu; eine Recht-

<sup>91</sup> Gegen die Erstreckung eines für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags auf anderweitig tarifgebundene Arbeitnehmer und Arbeitgeber spricht sich – zu dem damals mit dem des § 5 Absatz 4 TVG identischen Wortlaut des § 1 Absatz 3a AEntG a.F. – das Verwaltungsgericht Berlin aus. Die Verordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales hatte die Tarifverträge der Postkonkurrenten im Ergebnis für unbeachtlich erklärt, weil der zwischen dem Arbeitgeberverband Postdienste und ver.di geschlossene Tarifvertrag für alle Arbeitsverhältnisse im Geltungsbereich gleichermaßen Anwendung finde. Nach Auffassung des Verwaltungsgerichts hat das Ministerium damit die gesetzliche Ermächtigung überschritten, die nur Verordnungen erlaube, die überhaupt nicht Tarifgebundenen zu erfassen. Die Erstreckung eines Mindestlohns auf die gesamte Branche Briefdienstleistungen sei rechtswidrig. Vgl. VG Berlin, Beschluss vom 7. März 2008, VG 4 A 439.07. Anderer Auffassung ohne weitere Begründung etwa: Franzen, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 9. Aufl., München 2009, § 5 TVG Rn. 5.

<sup>92</sup> Vgl. z. B. Franzen, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 9. Aufl., München 2009, § 4 TVG Rn. 71 f. m. w. N.

fertigung für eine Verdrängung können daher nur verfassungsrechtlich geschützte Gemeinwohlbelange sein, die aber für eine derart pauschale Regelung nicht ersichtlich sind.

**970.** Die Monopolkommission verweist in diesem Zusammenhang auf die möglichen gravierenden wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen eines allgemeinverbindlich erklärten Mindestlohns als Markteintrittsschranke auf den nachfolgend betroffenen Produktmarkt.<sup>93</sup> Allgemeinverbindlicherklärungen stellen ihrer Natur nach durch Missachtung des Tarifvorrangs aufgrund des Eingriffs in den Zuständigkeitsbereich der Koalitionspartner eine beträchtliche staatliche Regelungskonkurrenz für die Koalitionen dar. Die Monopolkommission sieht mithin neben den erheblichen verfassungsrechtlichen Problemen einer solchen Regelung auch keine Rechtfertigung dafür, bestehende Tarifverträge durch Rechtsverordnung zu verdrängen.

**971.** Seit Inkrafttreten des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes 1996 können Tarifverträge, wie bereits in Abschnitt 4.1 gezeigt, in den nun explizit in § 4 AEntG n. F. aufgeführten Branchen nicht nur über das Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung gemäß Tarifvertragsgesetz auf Außenseiter erstreckt werden, sondern darüber hinaus auch durch eine Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales nach § 7 AEntG n. F. Für andere Branchen mit einer Tarifbindung von mindestens 50 Prozent besteht die Möglichkeit, in das AEntG aufgenommen zu werden und tarifliche Mindestlöhne zu vereinbaren.<sup>94</sup> Das Gesetz regelt nach seiner Neufassung 2009 rein innerstaatliche wie grenzüberschreitende Sachverhalte gleichermaßen.<sup>95</sup> Die ursprüngliche Intention des Gesetzes war, der Gefahr der Unterbietung durch entsandte Arbeitnehmer und den damit verbundenen Wettbewerbsvorteilen von Unternehmen aus Ländern mit niedrigeren Lohn- und Sozialstandards entgegenzutreten. Angesichts der aufgrund des Herkunftslandprinzips drohenden Wettbewerbsnachteile für den deutschen Arbeitsmarkt hatten sich der deutsche und auch der europäische Gesetzgeber mit AEntG und Entsenderichtlinie 96/71/EG<sup>96</sup> entschlossen, im Bereich der Arbeitnehmerentsendung spezialgesetzlich tätig zu werden und dem Arbeitsortprinzip einen höheren Stellenwert einzuräumen.<sup>97</sup> So bestimmt § 7 Absatz 1 AEntG n.F. explizit, dass die Rechtsnormen des allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags „auf alle unter seinen Geltungsbereich fallenden und nicht an ihn gebundenen Arbeitgeber sowie Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen Anwendung finden“. Die (ausdrückliche) Erstreckung auf anderweitig tarifgebundene Arbeitnehmer („nicht an ihn gebundenen“ statt früher

„nicht tarifgebundenen“) wurde im Rahmen der Neufassung des AEntG 2009 zusammen mit den Regelungen zur Ermittlung des vorrangig zugrunde zu legenden Tarifvertrags in § 7 Absatz 2 und 3 AEntG n. F. mit aufgenommen, um einer (Wortlaut-)Argumentation wie etwa der des Verwaltungsgerichts Berlin im Fall Postmindestlohn<sup>98</sup> den Grund zu entziehen. So wurde zumindest dem Wortlaut nach die Verdrängung von Tarifverträgen durch die Allgemeinverbindlicherklärung ermöglicht. Ob damit allerdings die bereits oben aufgeführten verfassungsrechtlichen Bedenken ausgeräumt werden können, ist trotz der die Verfassungsproblematik aufschlüsselnden Gesetzesbegründung<sup>99</sup> zweifelhaft und wird letztlich vom Bundesverfassungsgericht entschieden werden müssen.

**972.** In Deutschland gibt es (Stand: 1. April 2010) neun gültige und durch Rechtsverordnung verbindliche Mindestlohn-Tarifverträge auf Grundlage des AEntG.<sup>100</sup> Für die Gebäudereinigung trat zum 10. März 2010 und für das Dachdeckergerwerbe zum 19. März 2010 ein neuer Mindestlohn in Kraft. Die nachfolgende Tabelle V.2 zeigt, dass die Mindestlöhne in Deutschland zwischen 6,36 Euro pro Stunde (Wäschereidienstleistungen im Objektkundengeschäft in den neuen Ländern und Berlin) und 12,90 Euro (Baugewerbe in den alten Bundesländern) lagen. Der Mindestlohn für die Abfallwirtschaft liegt deutschlandweit bei 8,02 Euro pro Stunde und im Dachdeckerhandwerk bei 10,60 Euro. Bei Bergbauspezialarbeiten auf Steinkohlebergwerken liegt der Mindestlohn für Hauer und Facharbeiter mit Spezialkenntnissen bundesweit bei 12,41 Euro und damit über dem für Werker und Hauer (11,17 Euro). Im Bauhauptgewerbe, im Elektrohandwerk, bei den Gebäudereinigern, bei den gelernten Arbeitern und Gesellen des Maler- und Lackierhandwerks sowie bei den Wäschereidienstleistungen im Objektkundengeschäft gelten im früheren Bundesgebiet höhere Mindestlöhne als in den in den neuen Ländern. Im Bauhauptgewerbe sowie im Maler- und Lackierergewerbe im früheren Bundesgebiet wird zusätzlich noch zwischen Ungelernten und Facharbeitern unterschieden: So erhalten beispielsweise ungelernete Arbeitnehmer im Maler- und Lackiererhandwerk in den alten Bundesländern 9,50 Euro pro Stunde, gelernte Arbeiter und Gesellen 11,25 Euro. Für die Fachwerker, Maschinisten und Kraftfahrer des Bauhauptgewerbes gibt es in den neuen Ländern (ohne Berlin) keine Mindestlöhne. Wenngleich der Mindestlohn für Briefdienstleister bei der Mindestlohnabbildung des Statistischen Bundesamtes und auch im Verzeichnis der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales aufgeführt wird, so ist er bereits vom Bundesverwaltungsgericht in einem

<sup>93</sup> Vgl. hierzu die Abschnitte 5.1 und 5.2.1.

<sup>94</sup> Vgl. Gesetzesbegründung, Bundestagsdrucksache 16/10486 vom 7. Oktober 2008, S. 10 ff.

<sup>95</sup> Vgl. Thüsing, in: Thüsing, G. (Hrsg.), Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) und Erläuterungen zum Mindestarbeitsbedingungengesetz, München 2010, § 1 AEntG, Rn. 2.

<sup>96</sup> Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. EG Nr. L 18 vom 21. Januar 1997, S. 1.

<sup>97</sup> Vgl. Thüsing, in: G. Thüsing, G. (Hrsg.), Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) und Erläuterungen zum Mindestarbeitsbedingungengesetz, München 2010, Vor § 1 AEntG, Rn. 4, 5.

<sup>98</sup> Vgl. VG Berlin, Beschluss vom 7. März 2008, AZ 4 A 439.97, inhaltlich bestätigt durch BVerwG, Urteil vom 28. Januar 2010, 8 C 19.09, dort allerdings schon wegen formeller Verletzung von Beteiligungsrechten.

<sup>99</sup> Vgl. Bundestagsdrucksache 16/10486, S. 12 f.

<sup>100</sup> Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Verzeichnis der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge, Stand: 1. April 2010, S. 5, [http://www.bmas.de/portal/38140/property=pdf/arbeitsrecht\\_verzeichnis\\_allgemeinverbindlicher\\_tarifvertraege.pdf](http://www.bmas.de/portal/38140/property=pdf/arbeitsrecht_verzeichnis_allgemeinverbindlicher_tarifvertraege.pdf) [Stand: 8. April 2010].

Urteil vom 28. Januar 2010 für unwirksam erklärt worden.<sup>101</sup>

**973.** Der in Abschnitt 3.4 aufgezeigte geringe Organisationsgrad der Gewerkschaften mag eine Antwort auf Flexibilisierungserfordernisse der Arbeitswelt sein, was im Rahmen der Tarifautonomie zunächst unproblematisch erscheint. Durch die negative Koalitionsfreiheit sind die Arbeitnehmer und Arbeitgeber auch vor der Koalition geschützt: Aus Artikel 9 Absatz 3 GG folgt unmittelbar auch das Recht des einzelnen Arbeitnehmers oder Arbeitgebers, keine Koalitionen zu gründen, sich nicht zu Koalitionen zusammenzuschließen, bestehenden Koalitionen fernzubleiben sowie aus diesen auszutreten.<sup>102</sup> Eine Allgemeinverbindlicherklärung hat indes eine hohe Tarifbindung zum Ziel. Sie verstärkt die Kartellwirkung des Tarifvertrags, da sie den Lohnwettbewerb auf dem Arbeitsmarkt nun vollständig unterbindet und die Lohnhöhe für eine ganze Wirtschaftsgruppe bzw. für die Wirtschaftsgruppe einer bestimmten Region vollständig von dem Wettbewerbsprozess abkoppelt. Die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen wird seit ihrer Einführung im Jahr 1918 einerseits als Instrument zum Schutz der Tarifgebundenen vor Lohnunterbietung durch Außenseiter, andererseits zum Schutz der Außenseiter vor unangemessenen Arbeitsbedingungen gesehen. Nun ist dieses Instrument aber auch in die Kritik geraten, da es gleichwohl Außenseitern den Zugang zur Arbeitswelt erschwert.<sup>103</sup> Dieses Problem soll hier indes nicht thematisiert werden.

**974.** Von Bedeutung sind an dieser Stelle vielmehr die unmittelbaren wettbewerbsbehindernden Einflüsse von Allgemeinverbindlicherklärungen auf den Produktmarkt. Besondere Vorsicht ist dort geboten,<sup>104</sup> wo eine geringe Wettbewerbsintensität auf dem Produktmarkt herrscht, große Produktivitätsunterschiede bestehen und Kunden kaum auf andere Produkte ausweichen können. So schützen die Allgemeinverbindlicherklärungen die organisierten Arbeitgeber, indem sie verhindern, dass Wettbewerber geringere Löhne zahlen und dadurch einen Kostenvorteil genießen. Branchenweite tarifliche Mindestlöhne auf der Basis von Allgemeinverbindlicherklärungen dienen als Markteintrittsbarriere für weniger produktive Unternehmen, während relativ produktivere Unternehmen in der Lage sind, höhere Löhne zu zahlen. Allgemeinverbindlicherklärungen können so eine größere Unternehmenskonzentration auf dem Produktmarkt bedingen.<sup>105</sup> Die man-

nigfaltigen Gesetzesziele gemäß § 1 AEntG reichen von der Schaffung und Durchsetzung angemessener Mindestarbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer bis hin zur Gewährleistung fairer und funktionierender Wettbewerbsbedingungen; es soll zugleich sozialversicherungspflichtige Beschäftigung erhalten und die Ordnungs- und Befriedungsfunktion der Tarifautonomie gewahrt werden. Das Ziel der Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen irritiert, denn der Gesetzgeber schafft mit dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz stattdessen eine Beschränkung des Wettbewerbs, indem die Lohnsetzung der Unternehmen dem Wettbewerb entzogen wird und Märkte damit abgeschottet werden. Diese wettbewerbsreduzierende Wirkung der Allgemeinverbindlicherklärung ist aus volkswirtschaftlicher Sicht problematisch.

**975.** Wie Williamson anhand des Pennington Case gezeigt hat<sup>106</sup>, können Mindestlöhne als effektive Markteintrittsbarriere für den Produktmarkt missbraucht werden, wenn sich die betroffenen Unternehmen in ihrer Produktivität hinreichend unterscheiden. Ein aktuelles Beispiel hierfür aus Deutschland ist der Verdrängungskampf der Deutschen Post AG mittels eines allgemeinverbindlichen Mindestlohns.<sup>107</sup> Mithilfe des Mindestlohns für die Branche „Briefdienstleistungen“ konnte die Deutsche Post AG die Kosten ihrer Wettbewerber deutlich erhöhen, ohne selbst stark betroffen zu sein, da die Beschäftigten der Deutschen Post AG und ihrer Konzerntöchter fast durchgehend höhere Löhne nach dem Haustarifvertrag der Deutschen Post AG erhalten. Die Deutsche Post AG zahlt Löhne, die weit über der bei Wettbewerbern üblichen Entlohnung für vergleichbare Tätigkeiten liegen. Dies ist mit der Weitergabe eines Teils der Monopolrenten an die Beschäftigten der Deutschen Post AG zu begründen. Unternehmen, die auf monopolistisch geprägten Absatzmärkten agieren, realisieren nicht nur höhere Kapitalerträge, sondern zahlen in der Regel auch Löhne über dem markträumenden Niveau. Wie weit die Löhne über dem markträumenden Niveau liegen, ist abhängig von der Höhe der Monopolrenten und der relativen Verhandlungsmacht der Tarifvertragsparteien. Bei der Deutschen Post AG haben die Deutsche Postgewerkschaft und später ver.di große Verhandlungsmacht bewiesen und einen Lohnsatz über dem marktüblichen Niveau der Wettbewerber der Deutschen Post AG verhandelt. Selbst zwei Jahre nach Wegfall der Exklusivlizenz für Briefe bis 50 g für die Deutsche Post am 1. Januar 2008 lag der Marktanteil des ehemaligen Staatsmonopolisten Deutsche Post AG 2009 im lizenzierten Briefbereich bei 88,2 Prozent<sup>108</sup>; die Umsatzrendite im Briefbereich war deutlich höher als die in anderen, wettbewerblich organisierten Bereichen üblicherweise erzielten Renditen.<sup>109</sup> Wettbewerbliche Be-

<sup>101</sup> Vgl. Statistisches Bundesamt, Mindestlöhne in Deutschland nur für einzelne Branchen, Wiesbaden 2010, <http://www.destatis.de/jet-speed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Statistiken/VerdiensteArbeitskosten/Tarifverdienste/Mindestloehne/AktuellD.psm1> [Stand: 6. April 2010], sowie Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Verzeichnis der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge, Stand: 1. April 2010, S. 5, [http://www.bmas.de/portal/38140/property=pdf/arbeitsrecht\\_verzeichnis\\_allgemeinverbindlicher\\_tarifvertraege.pdf](http://www.bmas.de/portal/38140/property=pdf/arbeitsrecht_verzeichnis_allgemeinverbindlicher_tarifvertraege.pdf) [Stand: 8. April 2010], und BVerwG, Urteil vom 28. Januar 2010, 8 C 19.09.

<sup>102</sup> Vgl. BVerfGE 50, 290 (367); 55, 7 (21); 57, 220 (245); 64, 208 (213); BAGE 20, 175 (214 f.).

<sup>103</sup> Vgl. Lesch, H., Die Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen, Köln 2003.

<sup>104</sup> Vgl. Abschnitt 5.1.1.

<sup>105</sup> Vgl. hierzu erneut die explizit auf Allgemeinverbindlicherklärungen zugeschnittene, modelltheoretische Analyse von Haucap, J., Pauly, U., Wey, C. a. a. O., S. 287–307, sowie Abschnitt 5.1.

<sup>106</sup> Vgl. Abschnitt 5.1.2.

<sup>107</sup> Vgl. dazu eingehend Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2007: Monopolkampf mit allen Mitteln, Sondergutachten 51, Baden-Baden, 2007, Tz. 51 ff., sowie Monopolkommission, Post 2009: Auf Wettbewerbskurs gehen, Sondergutachten 57, Baden-Baden 2009, Tz. 55 ff.

<sup>108</sup> Vgl. BNetzA, Jahresbericht 2009, S. 142.

<sup>109</sup> Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 51, a. a. O., 2007, Tz. 58–60, sowie Monopolkommission, Sondergutachten 57, a. a. O., 2009, Tz. 55 ff. m. w. N.

Tabelle V.2

**Verbindliche branchenspezifische Mindestlöhne in Deutschland gemäß Arbeitnehmer-Entsendegesetz  
(Stand: 19. März 2010)**

Mindestlöhne	Alte Bundesländer mit Berlin	Neue Bundesländer ohne Berlin
	Euro/Std.	
<b>1) Abfallwirtschaft</b>	8,02	8,02
<b>2) Bauhauptgewerbe</b>		
Werker, Maschinenwerker	10,80	9,25
Fachwerker, Maschinisten, Kraftfahrer	12,90 Berlin: 12,75	– <sup>1</sup>
<b>3) Bergbauspezialarbeiten auf Steinkohlebergwerken</b>		
Hauer/Facharbeiter mit Spezialkenntnissen	12,41	12,41
Werker/Hauer	11,17	11,17
<b>4) Briefdienstleister<sup>2</sup></b>		
Briefzusteller	9,80	9,80
Sonstige Tätigkeiten	8,40	8,40
<b>5) Dachdecker</b>	10,60	10,60
<b>6) Elektrohandwerk</b>	9,60 <sup>3</sup>	8,20 <sup>4</sup>
<b>7) Gebäudereinigung</b>		
Innen- und Unterhaltungsreinigungsarbeiten	8,40	6,83
Glas- und Fassadenreinigungsarbeiten	11,13	8,66
<b>8) Maler und Lackierer</b>		
Ungelernte Arbeitnehmer	9,50	9,50
Gelernte Arbeiter, Gesellen	11,25	9,50
<b>9) Wäschereidienstleistungen im Objektkundengeschäft</b>	7,51	6,36 <sup>5</sup>

<sup>1</sup> Nicht vorhanden.

<sup>2</sup> Vom Bundesverwaltungsgericht für unwirksam erklärt.

<sup>3</sup> Ohne Berlin.

<sup>4</sup> Berlin.

<sup>5</sup> Neue Bundesländer mit Berlin.

Quelle: Darstellung in Anlehnung an: Statistisches Bundesamt Deutschland, Mindestlöhne – Mindestlöhne in Deutschland am 19. März 2010, <http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Statistiken/VerdiensteArbeitskosten/Tarifverdienste/Mindestloehne/Tabellen/Content75/MindestlohnDeutschland,templateId=renderPrint.psm1> [Stand: 6. April 2010], sowie für Fn 2: BVerwG, Urteil vom 28. Januar 2010, 8 C 19/09

denken ergeben sich, da Wettbewerber mit geringer Produktivität von dem Marktmächtigen über das Vehikel der höheren Löhne aus dem Markt gedrängt werden.<sup>110</sup> Insbe-

sondere im Falle geringer Nachfrageelastizitäten seitens der Briefkunden (man denke z. B. an Behördenpost) sowie angesichts des hohen Marktanteils der Deutschen Post AG im Briefmarkt verhindern Mindestlöhne hier wirksam einen aufkeimenden Wettbewerb. Es werden von den Akteuren ganz andere Ziele verfolgt, als diese Maßnahme der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen auf den ersten Blick vermuten lässt. Das Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung wird insofern strategisch für wettbewerbsfeindliche Ziele missbraucht.

<sup>110</sup> Die zunächst geringere Produktivität der Wettbewerber zeigt sich an folgendem Beispiel: Während die Briefträger der Deutschen Post AG und der Konkurrenz beinahe denselben Weg zurücklegen, kann der Briefträger der Deutschen Post AG, im Vergleich zu den Briefträgern der Konkurrenz, in jeden Briefkasten eines Hochhauses mehrere Briefe einwerfen. Der Mindestlohn führt dazu, dass die Kosten des Produktionsfaktors „Arbeit“ bei der Konkurrenz pro Brief trotz der höheren Löhne bei der Deutschen Post AG wesentlich höher sind. Vgl. Haucap, J., Inderst, R., Der Post-Skandal, Handelsblatt vom 6. November 2007, <http://www.handelsblatt.com/politik/nachrichten/der-post-skandal%3B1347649> [Stand: 29. März 2010].

**976.** Ein weiteres Beispiel für einen wettbewerbsfeindlichen Missbrauch der Allgemeinverbindlicherklärung ist der durch Verordnung vom 1. Januar 2010 in Kraft getretene

Mindestlohn in der Abfallwirtschaft.<sup>111</sup> Die von den kommunalen Interessenvertretern der Abfallwirtschaft und Stadtreinigung geforderte verbindliche Lohnuntergrenze für die gesamte Branche weist Parallelen zu den Entwicklungen auf dem Postmarkt auf. Auch auf diesem Markt liegen bei kommunalen Entsorgungsbetrieben nach eigenen Angaben die Löhne bereits jetzt über dem angestrebten Mindestlohn von 8,02 Euro.<sup>112</sup> Wenn kommunale Interessenvertreter Lohnuntergrenzen für Wettbewerbsunternehmen fordern, welche sie bereits selbst überschreiten, dann liegt die Vermutung nahe, dass hier weniger der Wunsch nach einer besseren Entlohnung für die Arbeitnehmer der Wettbewerber ausschlaggebend sein dürfte, sondern vielmehr über den Umweg einheitlicher Löhne die Kosten privater Wettbewerber erhöht werden sollen, um diese im Wettbewerb zu schwächen.<sup>113</sup>

**977.** Ebenso wie in ihrem Sondergutachten Bahn aus dem letzten Jahr<sup>114</sup> kritisiert die Monopolkommission auch an dieser Stelle erneut die Bestrebungen<sup>115</sup> verschiedener Gewerkschaften im Bahnsektor, einen einheitlichen Branchentarifvertrag für die Unternehmen im Schienenpersonennahverkehr (SPNV) zu verabschieden und im Anschluss gemäß TVG durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales für allgemeinverbindlich erklären zu lassen. Die Folge hieraus wäre, dass das Lohnniveau im SPNV einer Kontrolle des Wettbewerbs vollkommen entzogen würde. Eine systematische Erhöhung aller Löhne könnte somit an die öffentlichen Aufgabenträger durchgereicht werden, ohne dass diesem Vorgehen Auswirkungen auf ihre Konkurrenzfähigkeit im Wettbewerb auf dem Verkehrsmarkt gegenüberstünden. Eine solche Lohnerhöhung bedeutet insofern lediglich erhöhte Subventionsforderungen der SPNV-Unternehmen. Langfristig bedingen höhere Subventionsausgaben, dass weniger Strecken an SPNV-Unternehmen ausgeschrieben werden können bzw. die Regionalisierungsmittel für die Länder erhöht werden müssen. Auch wenn nur wenige Wettbewerber der Deutschen Bahn AG ohne Tarifvertrag operieren, würde für diese Unternehmen eine Allgemeinverbindlicherklärung

eine Schwächung ihrer Wettbewerbsfähigkeit bedeuten. Eine vollständige Abkopplung der wettbewerblichen Kontrolle über die Lohnhöhe ist nach Auffassung der Monopolkommission ein falscher Weg. Aufgrund seiner massiven Eingriffsintensität auf den Produktmarktwettbewerb lehnt die Monopolkommission das Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung aus ordnungspolitischer Sicht in Gänze ab.

## 5.2.2 Mindestlöhne gemäß Mindestarbeitsbedingungengesetz

**978.** Bei der Frage nach den Auswirkungen von Mindestlöhnen gemäß MiArbG auf den Wettbewerb soll an dieser Stelle nicht diskutiert werden, ob ein Mindestlohn sozial wünschenswert ist, welche Höhe er haben muss und wie er sich auf die Arbeitslosenzahlen und die Arbeitslosenstruktur auswirkt. Es soll lediglich um die Möglichkeiten eines Missbrauchs der Festlegung von Mindestlöhnen gehen, durch die der Wettbewerb auf dem Produktmarkt massiv unterbunden wird.

**979.** Einen allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn hat es in Deutschland bisher nicht gegeben.<sup>116</sup> Das Thema „Mindestlohn“ spielt indes in der öffentlichen Diskussion eine wichtige Rolle und wird emotional diskutiert. Das MiArbG findet auf Wirtschaftszweige Anwendung, in denen entweder keine Tarifverträge bestehen oder nur solche für eine Minderheit der Arbeitnehmer und Arbeitgeber.<sup>117</sup> Dem Gesetzgeber soll nun gemäß MiArbG die Möglichkeit eröffnet werden, in diesen Wirtschaftszweigen Mindestarbeitsentgelte festzulegen. Das MiArbG ist seit seiner Neufassung 2009 nur noch auf Mindestarbeitsentgelte anwendbar, sein sachlicher Anwendungsbereich erstreckt sich nicht mehr auf Mindestarbeitsbedingungen generell.<sup>118</sup> § 8 Absatz 1 MiArbG bestimmt, dass Arbeitgeber mit Sitz im In- und Ausland, die unter den Geltungsbereich einer Rechtsverordnung nach § 4 Absatz 3 MiArbG fallen, verpflichtet sind, „ihren Arbeitnehmern mindestens die in der Rechtsverordnung für den Beschäftigungsort vorgeschriebenen Mindestarbeitsentgelte zu gewähren.“ Die Regelungen einer Rechtsverordnung über Mindestarbeitsentgelte gehen nach § 8 Absatz 2 Satz 1 MiArbG grundsätzlich tarifvertraglichen Regelungen vor, die zuungunsten des Arbeitnehmers von der Rechtsverordnung abweichen. Dies gilt nicht für abweichende Entgeltregelungen in einem Tarifvertrag nach dem Tarifvertragsgesetz, der vor dem 16. Juli 2008 (Zeitpunkt des Kabinettsbeschlusses über das novellierte Gesetz) abgeschlossen worden ist.

**980.** Juristisch bedenklich ist auch dieser Eingriff dadurch, dass die Politik mit den Koalitionen in erhebliche Regelungskonkurrenz tritt und mit diesem Instrument

<sup>111</sup> Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Neue Mindestlohnverordnung, [http://www.bmas.de/portal/41506/2010\\_01\\_06\\_mindestlohn\\_abfall.html](http://www.bmas.de/portal/41506/2010_01_06_mindestlohn_abfall.html) [Stand: 7. Januar 2010].

<sup>112</sup> Vgl. VKA – Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände, Kommunale Entsorgungsbetriebe fordern weiter den Mindestlohn, Presseinformation vom 30. November 2009, [http://www.vka.de/site/1211245798844440/april\\_2008/presse/presseinformationen/news-132.htm](http://www.vka.de/site/1211245798844440/april_2008/presse/presseinformationen/news-132.htm) [Stand: 01.07.2010].

<sup>113</sup> Die Entsorgungsbranche hat mit der Streichung von Arbeitsplätzen auf die Einführung des Mindestlohns reagiert. So seien nach Angaben des Bundesverbandes Sekundärrohstoffe und Entsorgung (BVSE) im Jahr 2009 in der Entsorgungswirtschaft zwischen 8 000 und 10 000 Arbeitsplätze verloren gegangen; dies sei ein Minus von rund 4 Prozent. Wegen der höheren Löhne würden vor allem einfache Dienstleistungen, wie die Sortierung von Alttextilien oder Reinigungsarbeiten für große Unternehmen, vielfach gar nicht mehr angeboten. Vgl. o. V., Mindestlohn kostet Stellen in der Müllbranche, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 30. März 2010, S. 11.

<sup>114</sup> Vgl. Monopolkommission, Bahn 2009: Wettbewerb erfordert Weichenstellung, Sondergutachten 55, Baden-Baden 2009, insbesondere Tz. 79 ff.

<sup>115</sup> Vgl. Wettbewerb im SPNV braucht einen Branchentarifvertrag, GDBA-magazin, Juni 2009, S. 16 ff.

<sup>116</sup> Vgl. Thüsing, in: Thüsing, G. (Hrsg.), Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) und Erläuterungen zum Mindestarbeitsbedingungengesetz, München 2010, Einleitung Rn. 43.

<sup>117</sup> Vgl. Abschnitt 4.2.

<sup>118</sup> Vgl. Jousen, in: Thüsing, G. (Hrsg.), Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) und Erläuterungen zum Mindestarbeitsbedingungengesetz, München 2010, Vor § 1 MiArbG Rn. 25.

eine Unzufriedenheit gegenüber den Ergebnissen aus der Tarifautonomie offenbart. Die Tarifautonomie gemäß Artikel 9 Absatz 3 GG garantiert jedoch den Arbeitsvertragsparteien, dass sie ihre Interessengegensätze in eigener Verantwortung austragen können. Wo ein angemessenes Arbeitsentgelt indes schon durch den Staat gewährleistet wird, erscheint der Abschluss von Tarifverträgen letztlich überflüssig; höhere als die staatlich festgelegten, angemessenen Arbeitslöhne können schon begrifflich fast nur noch unangemessen sein.

**981.** Der Eingriff in einen Kernbereich tarifvertraglicher Regelungsautonomie wird zusätzlich dadurch intensiviert, dass auf der Grundlage des MiArbG nicht nur die unterste Grenze der Entgelte in einem Wirtschaftszweig für den Beschäftigungsort festgelegt werden kann, sondern dabei nach Art der Tätigkeit, Qualifikation der Arbeitnehmer und Regionen differenziert werden kann.

**982.** Für einen Wirtschaftszweig kann damit nicht nur eine absolute staatliche Lohnuntergrenze festgesetzt werden, vielmehr könnte er unter Umständen mit einem staatlichen Lohngitter überzogen werden, d. h. der Mindestlohn fungiert nicht im Sinne einer generellen, einheitlichen Existenzsicherung, sondern insofern als angemessener Lohn für die entsprechende Tätigkeit. Darüber hinaus muss bedacht werden, dass staatliche Regelungen zugunsten des Arbeitnehmers nur dort begründet sind, wo das Verhandlungsgleichgewicht zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite gestört ist. Dies nun jedem Tarifvertrag zu unterstellen, der von den Festsetzungen des MiArbG abweicht, entbehrt jedoch einer hinreichenden Grundlage. Überdies erscheint die Begrifflichkeit der „sozialen Verwerfungen“ inhaltlich unscharf und unbestimmt. Funktionell ist die Koalitionsfreiheit vor allem soziales Schutzrecht: Sie bedingt den Schutz der (organisierten) Arbeitnehmerschaft. Jedoch folgen aus ihr keine sozialen Leistungsansprüche gegen den Staat. Im Gegenteil: Gerade dem liberalen Freiheitsrechtscharakter der Koalitionsfreiheit entspricht die verfassungsrechtliche Zielsetzung eines der organisierten Arbeitnehmer- und Arbeitgeberschaft zustehenden Rechts auf freiheitlich-autonome Interessenausgleich und -befriedigung.<sup>119</sup>

**983.** Das Mindestarbeitsbedingungengesetz soll eine staatliche Mindestlohnfestsetzung in den Branchen ermöglichen, in denen Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände nicht bestehen oder nur eine Minderheit der Arbeitnehmer und Arbeitgeber umfassen. Eine Festsetzung von Mindestarbeitsentgelten für einen Wirtschaftszweig, in dem die tarifliche Bindungsquote unter 50 Prozent liegt, bewirkt dieselben Missbrauchsgefahren wie das Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung.<sup>120</sup> Zunächst befindet der Hauptausschuss (dessen Mitglieder gemäß § 2 Absatz 2 Satz 3 MiArbG in der Lage sein müssen, die sozialen und ökonomischen Auswirkungen von Mindestarbeitsentgelten einzuschätzen, derzeit unter dem Vorsitz

des früheren Hamburger Bürgermeisters und SPD-Politikers Klaus von Dohnanyi) darüber, ob in einem Wirtschaftszweig Mindestarbeitsentgelte festgesetzt werden sollen. Anschließend ist es Aufgabe von Fachausschüssen (welche nach § 4 Absatz 1 MiArbG vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales für den konkreten Wirtschaftszweig anlassbezogen errichtet werden und gemäß § 5 Absatz 1 Satz 1 MiArbG aus je einem Vorsitzenden und je drei Beisitzern aus Kreisen der beteiligten Arbeitnehmer und Arbeitgeber bestehen), die konkrete Lohnuntergrenze festzulegen. Den immer stärker werdenden politischen Einfluss auf die Lohnfestlegung sieht die Monopolkommission vor dem Hintergrund des Tarifvorrangs generell mit Sorge. Vorgegebene Mindestlöhne sind ein starres Konstrukt, wodurch eine Lohnabweichung nach unten nicht zugelassen wird und die Ausbreitung der Mindestlöhne zudem stark abhängig von dem jeweiligen politischen Willen sind. Die Tatsache, dass es in einem Wirtschaftszweig eine geringe tarifliche Bindungsquote gibt und damit das Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung nicht greift, ist eine Ausprägung der Koalitionsfreiheit und nicht zwangsläufig reformbedürftig. Hier zeigt sich beispielsweise, dass an dieser Stelle der Markt einzelvertragliche Flexibilitäten benötigt. Eine dadurch bedingte Erhöhung der Personalkosten bewirkt, insbesondere für Newcomer, eine wettbewerbliche Schwächung. Dieses Instrument zielt insofern auf eine Beschränkung des Lohn- und Produktwettbewerbs und bewirkt dieselben angesprochenen Probleme wie eine Allgemeinverbindlicherklärung. Es ist aus wettbewerblicher Perspektive abzulehnen.

### 5.2.3 Spartengewerkschaften

**984.** Besondere Aufmerksamkeit ist hinsichtlich wettbewerblicher Probleme bei Spartengewerkschaften geboten. Die aktuelle Frage, ob an dem Konzept der Tarifeinheit<sup>121</sup> festgehalten werden soll oder nicht, basiert ebenfalls auf dieser Thematik: So entzog der Marburger Bund als Ärztegwerkschaft auf seiner 108. Hauptversammlung 2005 der Gewerkschaft ver.di die Verhandlungsvollmacht. Die bis dato bereits 55 Jahre alte Verhandlungsgemeinschaft mit der damaligen Deutschen Angestellten-Gewerkschaft und nachfolgend mit der heutigen Gewerkschaft ver.di wurde damit beendet. Grund war die Unzufriedenheit des Marburger Bundes mit den damaligen Verhandlungsergebnissen im Rahmen der Umstellung des Bundes-Angestelltentarifvertrags (BAT) durch den Tarifvertrag öffentlicher Dienst (TVöD). Der Marburger Bund wollte eigenständig mit Bund, Ländern und Kommunen verhandeln und so die spezifischen ärztlichen Interessen besser vertreten.<sup>122</sup> Aktuell hat sich der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts mit Beschlüssen vom

<sup>121</sup> Vgl. Abschnitt 4.3.

<sup>122</sup> Vgl. Marburger Bund, Beschlüsse der 108. Hauptversammlung, 10. September 2005, [http://www.marburger-bund.de/site/bundesverband/aktuelles/mbintern/hv\\_beschluesse/108hv/108-HV-Beschluesse.pdf](http://www.marburger-bund.de/site/bundesverband/aktuelles/mbintern/hv_beschluesse/108hv/108-HV-Beschluesse.pdf) [Stand: 16. Februar 2010] sowie Marburger Bund, Pressekonferenz, 12. September 2005, [http://www.marburger-bund.de/site/bundesverband/aktuelles/mbintern/hv\\_beschluesse/108hv/index.htm](http://www.marburger-bund.de/site/bundesverband/aktuelles/mbintern/hv_beschluesse/108hv/index.htm) [Stand: 16. Februar 2010].

<sup>119</sup> Vgl. Scholz, in: Isensee, J., (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Heidelberg 2001, Bd. 6: Freiheitsrechte, § 151 „Koalitionsfreiheit“ m. w. N.

<sup>120</sup> Vgl. Abschnitt 5.2.1.

23. Juni 2010<sup>123</sup> der vom Vierten Senat im Anfragebeschluss vom 27. Januar 2010<sup>124</sup> dargelegten Rechtsauffassung angeschlossen und den Grundsatz „ein Betrieb – ein Tarifvertrag“ aufgegeben. Danach können nunmehr auch nach höchstrichterlicher Rechtsprechung in einem Betrieb mehrere Tarifverträge für unterschiedliche Berufsgruppen anwendbar sein.

**985.** Das Auftreten von Spartengewerkschaften ist eine Konsequenz aus der Tarifautonomie und insofern auf den ersten Blick unbedenklich, denn in welcher Form sich Arbeitnehmer und Arbeitgeber organisieren, bleibt gemäß Koalitionsfreiheit den Akteuren selbst überlassen. Verhandlungsstarke Spartengewerkschaften ziehen einen Nutzen daraus, Lohnverhandlungen separat von einer Einheitsgewerkschaft zu führen. Aus wettbewerblicher Perspektive besteht das Problem darin, dass das gegenwärtige Institutionengefüge Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden erlaubt, ihre Verteilungskonflikte auf dem Rücken Dritter auszutragen. Der Tausch von Tarifleistungen durch komplementären Gewerkschaftswettbewerb wird aus ökonomischen Überlegungen heraus dadurch unmöglich gemacht, dass Spartengewerkschaften es ausnutzen können, wenn beispielsweise Branchengewerkschaften aufgrund wirtschaftlicher Krisenzeiten auf Lohn(-zuwächse) verzichten und diese gegen Arbeitsplatzsicherheit eintauschen. „Arbeitsplatzsicherheit“ hat insofern die Eigenschaften eines Kollektivgutes, von dessen Nutzung eine gesamte Berufsgruppe nicht ausgenommen werden kann. So erscheint es personalpolitisch nicht praktikabel, dass beispielsweise die Deutsche Bahn allen Mitarbeitern – mit Ausnahme der Lokomotivführer – für eine bestimmte Zeitspanne Arbeitsplatzsicherheit garantiert und ausschließlich den Lokomotivführern betriebsbedingt kündigen darf. Spartengewerkschaften können infolgedessen von dem Personalbudget noch mehr für sich einfordern; sie können aufgrund ihrer Schlüsselposition im Wirtschaftsprozess leicht auf die Renten ihres Unternehmens zugreifen. Dies ist insbesondere auf Märkten mit Marktzutrittsbarrieren und Monopolrenten eine attraktive Option. Es zeigt sich ein ungleicher Gewerkschaftswettbewerb zugunsten der Spartengewerkschaften mit hohem Drohpotenzial. Zugeständnisse der Branchengewerkschaft führen nicht dazu, dass die Spartengewerkschaften ebenfalls diese Zugeständnisse machen. Für jede ausdifferenzierte Gruppe der Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist es naheliegend, nicht mit den anderen Gruppen zu kooperieren, sich tarifpolitisch zulasten der jeweils anderen Tarifakteure zu einigen und diesen die Kosten der Internalisierung der tarifpolitischen Externalitäten zu überlassen. Auf monopolisierten Produktmärkten mit geringer Nachfrageelastizität heißt dies, dass sich durch die höheren Arbeitskosten die Preise immer weiter erhöhen.<sup>125</sup> Die Tauschoption „Arbeitsplatzsicherheit“ anstelle von „Lohnhöhung“ muss allerdings nach Meinung der Monopolkommission aus Flexibilitätsgründen möglich sein. Das

Missbrauchspotenzial aufgrund der Macht der Spartengewerkschaften muss reduziert werden.

**986.** Zu befürchten ist darüber hinaus ein möglicher Überbietungswettbewerb diverser Konkurrenzgewerkschaften in den Verhandlungen sowie ein Dominoeffekt auf andere gewerkschaftlich vertretene Berufsgruppen – insbesondere dann, wenn sich höhere Löhne auf den Produktmärkten leicht externalisieren lassen. Hinzuweisen ist auch auf eine mögliche Zunahme der Streiks. Gewerkschaften einzelner Berufsgruppen drohen immer öfter, die Friedensfunktion von Tarifverträgen auszuhebeln: Ein Arbeitgeber schließt mit einer Branchengewerkschaft einen Kompromiss, doch konkurrierende Gewerkschaften erstreiken anschließend für ihre Klientel bessere Konditionen.

**987.** Allerdings kann es unter Umständen auch öffentlichen Druck durch die öffentliche Meinung geben. So kapitulierte die Gewerkschaft Cockpit als Verband der Verkehrsflugzeugführer und Ingenieure im Februar 2010 vor der Unternehmensleitung, den Medien und der Bundesregierung. Cockpit verpflichtete sich vor dem Frankfurter Arbeitsgericht, ohne Vorbedingungen an den Verhandlungstisch zurückzukehren und den Streik bis zum 8. März 2010 auszusetzen.<sup>126</sup>

**988.** Abschließend soll auf eine Besonderheit hingewiesen werden. Auf Märkten mit subventionierten Unternehmen (etwa SPNV-Unternehmen) oder einer generellen Versicherungspflicht, wie der Krankenversicherungspflicht im Gesundheitssektor, taucht überdies ein Problem auf, das aus dem Bereich des öffentlichen Dienstes bekannt ist. Während überzogene Tarifabschlüsse auf Wettbewerbsmärkten in der Privatwirtschaft durch entstehende Wettbewerbsnachteile die Existenz der Unternehmen (und damit Arbeitsplätze) gefährden, besteht im öffentlichen Dienst die Möglichkeit, die nach zu hohen Tarifabschlüssen leeren Kassen durch eine Erhöhung von Steuern, Gebühren und Tarifen zu füllen. Arbeitnehmer in der Privatwirtschaft haben insofern ein eigenes Interesse an der Angemessenheit ihrer Tarifabschlüsse, das in gleicher Weise für den öffentlichen Dienst nicht besteht. Es herrscht eine besondere Betroffenheit der Allgemeinheit, da diese aufgrund eines oft unvollständigen Wettbewerbs im öffentlichen Dienst häufig nicht auf andere Anbieter ausweichen kann. Die Schäden von nicht direkt an der Tarifaueinandersetzung beteiligten Dritten sind daher beträchtlich: So wird die Bevölkerung nicht nur durch den Ausfall der Dienstleistungen geschädigt, sondern überdies unmittelbar als Steuerzahler von dem Ergebnis der Tarifverhandlungen tangiert, denn letztlich ist es der Steuerzahler, der seinen Anteil zur Finanzierung der Personalkosten des öffentlichen Dienstes zu leisten hat.<sup>127</sup> Dass höhere Personalkosten bei der Bahn an den öffent-

<sup>123</sup> Vgl. BAG, Beschlüsse vom 23. Juni 2010, 10 AS 2/10 und 10 AS 3/10.

<sup>124</sup> Vgl. BAG, Beschluss vom 27. Januar 2010, 4 AZR 549/08 (A).

<sup>125</sup> Vgl. insbesondere Tz. 988.

<sup>126</sup> Vgl. o. V., Bundesregierung schaltet sich in den Arbeitskampf der Lufthansa ein, FAZ vom 22. Februar 2010, S. 11; o. V., Streik bei Lufthansa bis zum 8. März ausgesetzt, FAZ vom 23. Februar 2010, S. 1; o. V., Wir sind an Lösungen interessiert, FAZ vom 24. Februar 2010, S. 14.

<sup>127</sup> Vgl. hierzu Pusch, T., Alternativen zum Arbeitskampfrecht im öffentlichen Dienst, Berlin 2002.

lichen Aufgabenträger in Form höherer Subventionen weitgereicht werden, wurde bereits erläutert. Ein ähnliches Problem zeigt sich beispielsweise auch im Gesundheitssektor: Die generelle Krankenversicherungspflicht, eine geringe Nachfrageelastizität, stark bürokratische Strukturen und administrative Preise wirken als Anreiz, höhere Löhne über höhere Krankenkassenbeiträge oder höhere Subventionsforderungen zu externalisieren. Es zeigt sich insofern das Problem, dass in derartigen Bereichen der Daseinsvorsorge in Form eines Automatismus höhere Löhne einfach externalisiert werden können.

#### 5.2.4 Fazit

**989.** Die deutsche Tariflandschaft wird durch zwei gegensätzliche Entwicklungen gekennzeichnet. Einerseits versuchen Sparten Gewerkschaften vermehrt, unabhängig von großen heterogenen Einheitsgewerkschaften höhere Tariflöhne für ihre Mitglieder auszuhandeln. Es kann insofern eine vermehrte Tarifpluralität, ein Aufbrechen des Flächentarifsystems konstatiert werden. Aktuell hat sich der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts mit Beschlüssen vom 23. Juni 2010<sup>128</sup> der vom Vierten Senat im Anfragebeschluss vom 27. Januar 2010<sup>129</sup> dargelegten Rechtsauffassung angeschlossen und den Grundsatz „ein Betrieb – ein Tarifvertrag“ aufgegeben. Danach können nunmehr auch nach höchstrichterlicher Rechtsprechung in einem Betrieb mehrere Tarifverträge für unterschiedliche Berufsgruppen anwendbar sein. Auch vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlich garantierten positiven und negativen Koalitionsfreiheit war eine Aufgabe des durch Richterrecht ausgeformten Prinzips der Tarifeinheit fast unvermeidlich.

**990.** Andererseits wurde und wird durch Gesetzgebung und Rechtsprechung das deutsche Flächentarifsystem stabilisiert (beispielsweise durch die Fortgeltung und Nachwirkung von Tarifverträgen (§ 3 Absatz 3 TVG und § 4 Absatz 5 TVG) oder die von den Arbeitsgerichten entwickelten strengen Anforderungen an die Tariffähigkeit). Der Gesetzgeber versucht aktuell vermehrt, der zunehmenden Erosion des deutschen Flächentarifsystems durch das neu gefasste MiArbG und das AEntG entgegenzuwirken. Im Falle der Allgemeinverbindlicherklärung und des möglichen staatlichen Mindestlohns gemäß MiArbG begibt sich der Staat allerdings in eine erhebliche Regelungskonkurrenz zu den Gewerkschaften. Denn wo für eine Branche bzw. die Branche in einer Region ein angemessenes Arbeitsentgelt bereits auf politischem Wege gewährleistet wird, erscheint der Abschluss von Tarifverträgen letztlich überflüssig. Höhere als die staatlich festgelegten, angemessenen Arbeitslöhne können schon begrifflich fast nur noch unangemessen sein. Zudem sinkt hierdurch der Anreiz, Mitglied einer Tarifkoalition zu werden.

**991.** Nun sind mit beiden Entwicklungslinien (Tarifeinheit vs. Tarifpluralität) der Tariflandschaft jedoch die auf-

gezeigten Probleme verbunden: So können auf der einen Seite Allgemeinverbindlicherklärungen gemäß TVG und AEntG sowie staatliche Mindestlöhne gemäß MiArbG zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen auf den nachgelagerten Produktmärkten führen. Auf der anderen Seite erlaubt das derzeitige Institutionengefüge des Arbeitsmarktes, dass Sparten Gewerkschaften ihre Verteilungskonflikte zulasten Dritter, also beispielsweise weniger verhandlungsstarker Arbeitnehmergruppen, austragen können.

## 6. Handlungsempfehlungen

**992.** Aufbauend auf einer kurzen Zusammenfassung der in Abschnitt 5 herausgearbeiteten Probleme werden im Folgenden Handlungsempfehlungen bzw. Lösungsmöglichkeiten aufgezeigt.

### 6.1 Allgemeinverbindlicherklärung gemäß Tarifvertragsgesetz und Arbeitnehmer-Entsendegesetz

**993.** Den immer stärker werdenden politischen Einfluss auf die Lohnfestlegung sieht die Monopolkommission vor dem Hintergrund des Tarifvorrangs generell mit Sorge. Sie weist darauf hin, dass die Allgemeinverbindlicherklärung eine erhebliche staatliche Regelungskonkurrenz für die Koalitionen darstellt und somit zu einer Schwächung der Tarifautonomie führen kann.

**994.** Die Monopolkommission spricht sich insbesondere aufgrund der Möglichkeit einer erheblichen Beschränkung des Produktmarkt Wettbewerbs sowie verfassungsrechtlicher Bedenken dagegen aus, dass bestehende Tarifverträge durch Rechtsverordnung verdrängt werden dürfen.

**995.** Es ist kein Zufall, dass das AEntG und das MiArbG zeitgleich novelliert wurden, denn beide Gesetze standen von Beginn an im Zentrum der gesetzgeberischen Debatte, wenn es um das politische Ziel der Einführung von Mindestlöhnen ging.<sup>130</sup> Mindestlöhne sind indes ökonomisch auch deshalb nicht unproblematisch, weil sie erhebliche negative Auswirkungen auf den nachgelagerten Produktmarkt haben können. Die Monopolkommission erachtet die Anwendung der Allgemeinverbindlicherklärung für besonders problematisch bei eingeschränktem oder nicht vorhandenem Wettbewerb auf betroffenen Produktmärkten, bei geringer Nachfrageelastizität sowie differierenden Produktivitätsniveaus der Unternehmen eines betroffenen Produktmarktes. Die Allgemeinverbindlicherklärung ist dazu geeignet, dass produktivere Unternehmen hohe Tarifabschlüsse strategisch dazu nutzen, weniger produktive Unternehmen mittels eines Branchenmindestlohns wettbewerbsfähig zu behindern. Allgemeinverbindlicherklärungen können so eine größere Unternehmenskonzentration auf dem betroffenen Produktmarkt bedingen.

<sup>128</sup> Vgl. BAG, Beschlüsse vom 23. Juni 2010, 10 AS 2/10 und 10 AS 3/10.

<sup>129</sup> Vgl. BAG, Beschluss vom 27. Januar 2010, 4 AZR 549/08 (A).

<sup>130</sup> Vgl. Joussen, in: G. Thüsing, G. (Hrsg.), Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) und Erläuterungen zum Mindestarbeitsbedingungen-gesetz, München, Vor § 1 MiArbG Rn. 1.

**996.** Aufgrund der erheblichen wettbewerblichen Missbrauchsgefahr dieses Instruments befürwortet die Monopolkommission aus ordnungspolitischer Sicht eine starke Einschränkung der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen. Auf jeden Fall sollte eine Untersuchung absehbarer wettbewerblicher Folgen von Allgemeinverbindlicherklärungen vor deren Anordnung stattfinden. Insofern begrüßt die Monopolkommission, wie auch bereits in ihrem Sondergutachten zur Unternehmensentflechtung, die geplante Implementierung eines generellen Stellungnahmerechts des Bundeskartellamtes im Gesetzgebungsverfahren.<sup>131</sup> Die Ausübung eines solchen Rechts durch eine fachlich unabhängige und ausschließlich dem Wettbewerbsschutz verpflichtete Behörde würde die möglichen Auswirkungen auf den Produktmarkt transparenter machen und die Entscheidungsgrundlage erheblich verbessern. Die Monopolkommission geht davon aus, dass sich die Berücksichtigung wettbewerblicher Aspekte im Gesetzgebungsprozess positiv auswirken wird. Sie weist in diesem Zusammenhang darauf, dass derzeit bereits einer ganzen Reihe nationaler Wettbewerbsbehörden (z. B. in Frankreich, Großbritannien, Italien und Spanien) die Aufgabe einer wettbewerblichen Folgenabschätzung gesetzlich übertragen ist.

## **6.2 Mindestlöhne gemäß Mindestarbeitsbedingungengesetz**

**997.** Problematisch vor dem Hintergrund der Tarifautonomie ist auch bei diesem Instrument die Regelungskonkurrenz für die Tarifvertragsparteien. Die Tatsache, dass es in einem Wirtschaftszweig eine geringe tarifliche Bindungsquote gibt und damit das Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung nicht greifen kann, ist eine Ausprägung der Koalitionsfreiheit und nicht zwangsläufig reformbedürftig. Hier zeigt sich beispielsweise, dass an dieser Stelle der Markt einzelvertragliche Flexibilitäten benötigt. Die Monopolkommission sieht keinerlei Notwendigkeit für ein solches Konkurrenzkonstrukt zu der Regelungsautonomie der Tarifvertragsparteien. Der Eingriff wird dadurch intensiviert, dass auf der Grundlage des MiArbG nicht nur die unterste Grenze der Entgelte in einem Wirtschaftszweig festgelegt wird, sondern dabei nach Art der Tätigkeit, Qualifikation der Arbeitnehmer und Regionen differenziert werden kann.

**998.** Insbesondere ist die Verdrängung bereits bestehender Tarifverträge vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlich gewährten positiven und negativen Koalitionsfreiheit abzulehnen.

**999.** Mittels eines Mindestlohns auf der Basis des MiArbG wird eine Erhöhung der Arbeitskosten in dem jeweiligen Wirtschaftszweig bewirkt. Dies hat insbesondere für

<sup>131</sup> Vgl. Monopolkommission, Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, Sondergutachten 58, Baden-Baden 2010, Tz. 133 ff. Die Monopolkommission hat sich bereits in ihren beiden Post-Sondergutachten für ein Anhörungsrecht des Bundeskartellamtes bei jeder Form der Allgemeinverbindlicherklärung durch den Bundesarbeitsminister ausgesprochen. Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 51, a. a. O., Tz. 79, 141, sowie Monopolkommission, Sondergutachten 57, a. a. O., Tz. 73, 194.

Newcomer eine Schwächung ihrer Wettbewerbsfähigkeit auf dem Produktmarkt zur Folge. Dieses Instrument zielt insofern auch auf eine Beschränkung des Lohn- und Produktwettbewerbs und ist aus wettbewerblicher Perspektive abzulehnen.

**1000.** Die Monopolkommission befürwortet daher eine Abschaffung der Möglichkeit, Mindestarbeitsentgelte nach dem Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen festzusetzen.

## **6.3 Spartengewerkschaften**

**1001.** Berufs- oder auch Spartengewerkschaften zeichnen sich durch eine homogene Mitgliederstruktur aus. Erfolgreiche Spartengewerkschaften befinden sich an strategisch wichtigen Knotenpunkten des Wirtschaftsprozesses. Dieses Drohpotenzial ermöglicht ihnen eine größere Verhandlungsmacht gegenüber einer großen heterogenen Einheitsgewerkschaft. Insofern ist es für verhandlungsstarke Berufsgruppen rational, separate Lohnverhandlungen mit dem Arbeitgeber bzw. dem Arbeitgeberverband zu führen. Das zu beobachtende vermehrte Aktivwerden von Spartengewerkschaften ist indes mit einer ganzen Reihe von Problemen verbunden.

**1002.** Angesprochen sei zunächst der komplementäre Tarifwettbewerb zulasten verhandlungsschwächerer Arbeitnehmergruppen. Der Sinn kollektiver Lohnverhandlungen liegt jedoch gerade darin, Verhandlungsschwächen bestimmter Arbeitnehmergruppen im Vergleich zur Arbeitgeberseite zu kompensieren.

**1003.** Überdies scheint es kein Zufall zu sein, dass sich Spartengewerkschaften vornehmlich auf Märkten des Verkehrs- und Gesundheitssektors konzentrieren, also auf Märkten, auf denen lange Zeit monopolartige Strukturen herrschten. Auf Märkten mit subventionierten Unternehmen (etwa SPNV-Unternehmen) oder einer generellen Versicherungspflicht, wie der Krankenversicherungspflicht im Gesundheitssektor, taucht überdies das Problem auf, dass sich höhere Löhne über höhere Subventionsforderungen oder höhere Krankenkassenbeiträge leicht überwälzen lassen. In derartigen Bereichen der Daseinsvorsorge können also höhere Löhne gleichsam automatisch einfach an schutzlose Dritte weitergereicht werden.

**1004.** Zu befürchten sind darüber hinaus als Ergebnisse von Tarifpluralität Überbietungswettbewerbe diverser Konkurrenzgewerkschaften in den Verhandlungen sowie ein Dominoeffekt auf andere gewerkschaftlich vertretene Berufsgruppen. Hinzuweisen ist im Falle eines stärkeren Gewerkschaftswettbewerbs auch auf eine mögliche Zunahme von Streiks.

**1005.** Wenngleich Tarifpluralität mit Problemen verbunden ist, stellt aus verfassungsrechtlicher Perspektive die Anwendung des Grundsatzes der Tarifeinheit allerdings einen höchst problematischen Eingriff in die durch Artikel 9 Absatz 3 GG geschützte Koalitionsfreiheit dar. Nach der Aufgabe des Grundsatzes „ein Betrieb – ein Tarifvertrag“ durch das Bundesarbeitsgericht<sup>132</sup> besteht die

<sup>132</sup> Vgl. BAG, Beschlüsse vom 23. Juni 2010, 10 AS 2/10 und 10 AS 3/10.

dringliche Aufgabe des Gesetzgebers und der Arbeitsgerichtsbarkeit in der Entwicklung von Instrumenten zur Einhegung der faktisch bereits wirksamen Tarifpluralität.

**1006.** Dahingehende gesetzliche und richterrechtliche Bestimmungen haben dem grundgesetzlichen Rahmen zu folgen. Artikel 9 Absatz 3 Satz 1 GG gewährleistet „das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeit- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden.“ Diese im Grundgesetz verbürgte Koalitionsfreiheit kann jedoch nicht uneingeschränkt gelten.<sup>133</sup> Neben der Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers müssen gegenläufige Verfassungsgehalte aufgrund des Gebots der praktischen Konkordanz zum Ausgleich gebracht werden. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung kommt es wesentlich auf den Gegenstand der gesetzlichen Regelung an. Der Grundrechtsschutz ist nicht für alle koalitionsmäßigen Betätigungen gleich intensiv. Die Wirkkraft des Grundrechts nimmt vielmehr in dem Maße zu, in dem eine Materie aus Sachgründen am besten von den Tarifvertragsparteien geregelt werden kann, weil sie nach dem Artikel 9 Absatz 3 GG zugrunde liegenden Vorstellungen des Verfassungsgebers die gegenseitigen Interessen angemessener ausgleichen können als der Staat. Das gilt grundsätzlich vor allem für die Festsetzung der Löhne und der anderen materiellen Arbeitsbedingungen.<sup>134</sup>

**1007.** Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit muss mit den verfassungsrechtlich geschützten Interessen Dritter in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden.<sup>135</sup> Man denke hierbei etwa an die Gruppe der Arbeitslosen, denen der Zugang zum Arbeitsmarkt erschwert wird (Artikel 12 Absatz 1 GG). Ebenfalls betroffen sind weniger leistungsfähige Beschäftigte, da hohe Löhne deren Arbeitsplätze im Besonderen gefährden (Artikel 12 Absatz 1 GG). Angesprochen seien überdies Arbeitgeber, deren Betrieb im Streikfall lahmgelegt wird und die insoweit in ihrer Gewerbefreiheit eingeschränkt werden (Artikel 2 Absatz 1 GG). Schließlich sind durch die Überwälzung höherer Löhne auf den Produktmarkt sowie aufgrund von Streikaktivitäten regelmäßig die Konsumenten negativ betroffen (Artikel 2 Absatz 1 GG).

**1008.** Die Monopolkommission kann nicht voraussehen, inwieweit sich – auch vor dem Hintergrund der Aufgabe der Tarifeinheit – die Problematik des Auftretens von Spartengewerkschaften zukünftig vermehrt zuspitzen wird. Sie äußert sich daher hinsichtlich möglicher Handlungsempfehlungen vorsichtig und erörtert fünf verschiedene Lösungsmöglichkeiten.

<sup>133</sup> Vgl. hierzu BVerfG, Beschluss vom 26. Mai 1970, 2 BvR 664/65; BVerfG, Beschluss vom 26. Juni 1991, 1 BvR 779/85.

<sup>134</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. April 1996, 1 BvR 712/86.

<sup>135</sup> BVerfG, Beschluss vom 2. März 1993, 1 BvR 1213/85, BVerfGE 88, 103, 115: „Zum anderen macht die Möglichkeit des Einsatzes von Kampfmitteln rechtliche Rahmenbedingungen erforderlich, die sichern, dass Sinn und Zweck dieses Freiheitsrechts sowie seine Einbettung in die verfassungsrechtliche Ordnung gewahrt bleiben.“ Vgl. zum Ganzen auch Engel, C., Arbeitsmarkt und staatliche Lenkung, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 59, 2000, S. 56–98, 71 ff.

### 6.3.1 Zeitliche Koordination

**1009.** Um die aus den ungleichen gewerkschaftlichen Machtverhältnissen resultierenden Nachteile zu verringern, besteht eine Option in verbindlichen, zeitlich synchronisierten Tarifverhandlungen. Diese Lösung belässt den Tarifparteien ihre inhaltliche Unabhängigkeit und fordert eine zeitliche Koordination. Somit wird das Verhandeln einer starken Spartengewerkschaft zulasten einer anderen Gewerkschaft erschwert und Streikaktivitäten werden gebündelt, sodass zeitlich versetzte fortlaufende Streikaktivitäten verschiedener Gewerkschaften unterbunden werden. Die Tarifparteien müssen also nicht gemeinsam – wie nachfolgend bei dem Instrument der Kooperationspflichten – verhandeln, wohl aber zeitgleich. Hierfür müssten auch die Laufzeiten der Tarifverträge einheitlich bzw. zumindest das Ende der Tarifverträge identisch sein. Zumindest müsste solange eine Friedenspflicht für die eine Gewerkschaft gelten, wie der Tarifvertrag der anderen Gewerkschaft noch Gültigkeit hat.

Positiv an diesem Instrument ist, dass die Eingriffsintensität in die Tarifautonomie nicht sehr stark ist, sodass man vielmehr von einer Ausgestaltung des Tarifrechts sprechen kann. Allerdings ist der Erfolg einer zeitlichen Koordination von Tarifverhandlungen einzelner Gewerkschaften letztlich ungewiss. Überdies besteht die Gefahr, dass es zu strategischen Streiks kommt, im Zuge derer beispielsweise große Einheitsgewerkschaften kleine Spartengewerkschaften zum Streik aufrufen.

### 6.3.2 Kooperationspflichten

**1010.** Kooperationspflichten bedeuten einen stärkeren Eingriff in die Tarifautonomie als die zeitliche Koordination von Tarifverhandlungen. Im Falle verbindlicher Kooperationspflichten müssten sich alle beteiligten Gewerkschaften bereits im Vorfeld der Tarifverhandlungen bzw. während der Tarifverhandlungen untereinander auf gemeinsame Forderungen verständigen und sich am Ende auch einigen. Damit kann ebenfalls das Verhandeln einer starken Spartengewerkschaft zulasten einer anderen Gewerkschaft erschwert und Streikaktivitäten können gebündelt werden.

Bei dem Instrument der Kooperationspflichten kommen die Vorteile der Einheitsgewerkschaft, d. h. eine gegenseitige Disziplinierung gewerkschaftlicher Forderungen sowie das Solidaritätsprinzip, zum Tragen. Allerdings handelt es sich bei diesem Instrument um ein „Zwangskartell“, eine „Zwangstarifgemeinschaft“, sodass ein Verstoß gegen Artikel 9 Absatz 3 GG wahrscheinlich ist. Auch bei diesem Instrument ist das Ergebnis ungewiss. Fraglich ist auch, welche Folgen an den Fall geknüpft werden sollten, dass es zu keiner Einigung zwischen den Tarifpartnern kommt.

### 6.3.3 Umfassendes Aussperrungsrecht

**1011.** Eine andere Lösungsmöglichkeit ist ein umfassendes Aussperrungsrecht. Hierbei wird dem Arbeitgeber die Möglichkeit gegeben, neben der Aussperrung von Mitgliedern der streikenden Gewerkschaft und Außenseitern

auch in anderen Gewerkschaften organisierte Arbeitnehmer aussperren zu dürfen. Dies ermöglicht einen großen Druck derjenigen auf die streikende Gewerkschaft, die aufgrund der Aussperrung keinen Lohnanspruch haben, von dem Arbeitskampf in keiner Weise profitieren und von ihrer Gewerkschaft keine Streikunterstützung erhalten.

Positiv erscheint an diesem Instrument der deutliche Druck durch anders oder nicht organisierte Gewerkschaftsmitglieder auf die streikende Gewerkschaft. Es handelt sich um ein Instrument, bei dem es dem Arbeitgeber freisteht, ob er hiervon Gebrauch macht. Grundsätzlich ist eine umfassende Aussperrung nach der – wenngleich umstrittenen – Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts<sup>136</sup> bereits möglich: So steht es dem Arbeitgeber unabhängig von der wirtschaftlichen Zumutbarkeit frei, ob er einen bestreikten Betrieb oder Betriebsteil vorübergehend stilllegt oder nicht. Kritisch einzuwenden ist indes, dass das Mittel der Aussperrung in der Praxis schon seit Längerem nicht mehr verwendet worden ist, da hiermit erhebliche Risiken für den Arbeitgeber verbunden sind. Zunächst hätte der Arbeitgeber hierdurch einen Wettbewerbsnachteil gegenüber Konkurrenzunternehmen zu erleiden. Hält die Aussperrung nachträglich einer gerichtlichen Prüfung nicht stand, so drohen dem Arbeitgeber zudem Lohnnachzahlungen. Außerdem wollen Arbeitgeber eine mögliche Solidarisierung verschiedener Gewerkschaften vermeiden. Ungeklärt ist überdies, ob eine über den Kreis der Streikenden hinausgehende Aussperrung mit der arbeitsrechtlichen Friedenspflicht konfligiert.

### 6.3.4 Schlichtungsverfahren

**1012.** Ein weiterer Vorschlag ist ein für die Gewerkschaften im Falle eines drohenden Streiks zwingend vorzuschaltendes Schlichtungsverfahren. Das mindert insbesondere die angesprochenen Probleme auf den Verkehrs- und Gesundheitsmärkten, auf denen nicht nur erhebliche Streikschäden auftreten (z. B. Streiks im Personennahverkehr, streikende Ärzte), sondern Lohnzuwächse wie ein Automatismus durch höhere Subventionen und/oder Krankenkassenbeiträge aufgefangen werden können. Gestreikt werden darf gemäß dieser Option erst dann, wenn der Schlichtungsspruch gefallen und abgelehnt worden ist. Durch Tarifvertrag ist eine solche Lösung bereits auf freiwilliger Basis möglich.

Ein solches Schlichtungsverfahren erscheint besonders in Bereichen der Daseinsvorsorge überaus sinnvoll, da hier eine besondere Betroffenheit der Allgemeinheit herrscht, die aufgrund eines oft unvollständigen Wettbewerbs im öffentlichen Dienst häufig nicht auf andere Anbieter ausweichen kann (Nachteile für die Gesellschaft durch geschlossene Kindergärten etc.). Umstritten ist allerdings, ob eine solche Änderung des Arbeitskampfrechts umsetzbar ist. Überdies dürfte auch die Beantwortung der Frage

<sup>136</sup> Vgl. BAG, Urteil vom 22. März 1994, NZA 1994, S. 1097; BAG, Urteil vom 31. Januar 1995, DB 1995, S. 1817.

einer adäquaten Lohnforderung eine schwierige Aufgabe darstellen.

### 6.3.5 Missbrauchsaufsicht

**1013.** Die Einhegung der durch Tarifpluralität entstandenen und entstehenden Machtpotenziale ist ferner durch eine Missbrauchsaufsicht denkbar. So gebietet schon die verfassungsrechtlich zwingende praktische Konkordanz zwischen widerstreitenden Grundrechten jedenfalls die Einschränkung grob unverhältnismäßiger Streikforderungen und Tarifabschlüsse.<sup>137</sup>

**1014.** Ansätze zu einer arbeitsrechtlichen Missbrauchsaufsicht haben keine größere praktische Bedeutung erlangt. So hatten zwar mehrere Arbeitsgerichte in einstweiligen Entscheidungen 2007 Streiks der GdL vorläufig untersagt mit der Begründung, der zu erwartende volkswirtschaftliche Schaden sei unverhältnismäßig.<sup>138</sup> Diese Entscheidungen trafen aber auf wenig Resonanz bei den übrigen Arbeitsgerichten und sind Einzelfallentscheidungen geblieben. Exemplarisch zeigt die Aufhebung des Urteils des Arbeitsgerichts Chemnitz durch das Landesarbeitsgericht Sachsen, dass die Moderationsmittel des Arbeitsrechts zu einer effektiven Einhegung der Probleme einer sich auflösenden Tarifeinheit kaum geeignet erscheinen.<sup>139</sup> Denn danach sind faktisch allein solche Streiks untersagungsfähig, die offensichtlich rechtswidrige Ziele verfolgen, was kaum je der Fall sein dürfte. Die Verschiebung der sich unter Geltung der Tarifeinheit ergebenden Gleichgewichte wird zwar teilweise unter dem Begriff einer Störung oder Veränderung der Arbeitskampf- oder Verhandlungsparität diskutiert,<sup>140</sup> dies hat aber bislang – soweit ersichtlich – keinerlei praktische Auswirkungen gehabt hat. Vielleicht nicht zuletzt deshalb, weil die Konstellationen der entschiedenen Rechtsstreitigkeiten dies entbehrlich machten.

**1015.** Die sonst von den Schadensersatzvorschriften der §§ 823, 826 BGB ausgehende Moderationswirkung ist faktisch wenig funktional, da für einen Schadensersatzanspruch der Streik rechtswidrig gewesen sein muss, was nur selten der Fall ist.

**1016.** Normen, die eine Beschränkung der missbräuchlichen Ausnutzung der Verhandlungsmacht von Sparten- oder Gewerkschaften auch unter Berücksichtigung des besonderen Grundrechtsschutzes des Artikel 9 Absatz 3 GG ermöglichen würden, finden sich allerdings in dem eigens auf die Einhegung von Verhandlungsmacht ausgelegten GWB.

<sup>137</sup> BVerfG, Beschluss vom 26. Juni 1991, 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212 „Abwehraussperrung“.

<sup>138</sup> Vgl. etwa ArbG Düsseldorf, Beschluss vom 9. Juli 2007, 11 Ga 64/07 „Streikverbot Regionalverkehr NRW“; ArbG Nürnberg, Beschluss vom 8. August 2007, 13 Ga 65/07 „Lokführerstreik“; ArbG Chemnitz, Urteil vom 5. Oktober 2007, 7 Ga 26/07 „Lokführerstreik“.

<sup>139</sup> Sächsisches LAG, Urteil vom 2. November 2007, 7 SaGa 19/07 „Lokführerstreik“.

<sup>140</sup> Vgl. z. B. ebenda, S. 42 f.; zu diesem Prinzip grundlegend etwa BVerfG, Beschluss vom 26. Juni 1991, 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212 „Abwehraussperrung“, Rn. 47 ff.

**1017.** Allerdings soll dieses nach bislang überwiegender Meinung in seiner Gänze überhaupt nicht auf auch dem Tarifrrecht unterliegende Sachverhalte anwendbar sein. Dafür wird von Vertretern dieser Meinung teilweise ein ungeschriebener Ausnahmereich angenommen; teilweise soll die Nichtanwendbarkeit des GWB aus der Koalitionsfreiheit des Artikel 9 Absatz 3 GG folgen.<sup>141</sup>

**1018.** Die Annahme einer solchen Globalausnahme ist jedoch in ihrer undifferenzierten Breite weder geboten noch sinnvoll: Zwar bewirkt jeder Tarifvertrag eine Beschränkung des Wettbewerbs sowohl zwischen tarifgebundenen Arbeitnehmern als auch zwischen tarifgebundenen Arbeitgebern. Für diesen – dem Tarifvertragssystem und der Tarifautonomie immanenten – Wettbewerbsausschluss kann das Kartellverbot des § 1 GWB angesichts der Grundrechtsgarantie des Artikel 9 Absatz 3 GG nicht gelten. Anders ist jedoch die Geltung der Missbrauchsvorschriften der §§ 19, 20 GWB zu beurteilen. Denn nicht jede Ausübung der Tarifautonomie beinhaltet notwendig eine missbräuchliche Ausnutzung von wirtschaftlicher Macht; diese stellt vielmehr den seltenen Ausnahmefall dar. Das verfassungsrechtliche Gebot der praktischen Konkordanz verpflichtet schließlich den Rechtsanwender dazu, die wechselseitig betroffenen Grundrechtsgüter in Einklang zu bringen. Ein bereits in anderen Bereichen bewährtes Instrument für solche Abwägungen ist die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht. Ob und wie weit das Missbrauchsverbot des GWB auch auf Tarif- und Streikforderungen anwendbar ist, wird im Folgenden eingehender erörtert.

**1019.** Höchstgerichtlich noch immer ungeklärt ist, wo die Grenzen der Tarifautonomie liegen. Laut Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 27. Juni 1989<sup>142</sup>, die einen vorgeschlagenen und dann umkämpften „Tarifvertrag zur Sicherung humaner Arbeitszeiten im Berliner Einzelhandel“ betraf, der die Ladenschlusszeiten regeln sollte, sollte § 1 GWB in seiner damaligen Fassung auf Tarifverträge grundsätzlich nicht anwendbar sein. Allerdings wies auch das Bundesarbeitsgericht ausdrücklich darauf hin, dass ein allein in wettverbsregelnder Absicht geschlossener Tarifvertrag wie andere rechtsmissbräuchliche Tarifverträge ungültig sein könnte. Demgegenüber kam das Kammergericht zu dem identischen Sachverhalt wenig später zu dem Schluss, dass aufgrund des Vorrangs von Artikel 9 Absatz 3 GG lediglich dessen Kernbereich von der Geltung des GWB ausgenommen wäre. Tarifvereinbarungen mit überschießendem Inhalt außerhalb des Kernbereichs der Koalitionsfreiheit seien dagegen nicht

generell dem Anwendungsbereich des § 1 GWB entzogen<sup>143</sup>. Sind nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts also nur rechtsmissbräuchliche Tarifverträge dem GWB unterworfen, so wollte das Kammergericht lediglich den Kernbereich tarifvertraglicher Regelungen von einer kartellrechtlichen Kontrolle ausnehmen.

**1020.** Produktangebot und -nachfrage, Preise, Mengen und Vertriebsgebiete können auch unter dem Schutzmantel der Tarifautonomie nicht abgesprochen werden. Allerdings verhält es sich mit den oben genannten Betriebs- und Ladenöffnungszeiten ein wenig anders: Hier kann nicht auf den ersten Blick den Tarifparteien jede Zuständigkeit abgesprochen werden; Tarifverträge können insoweit Doppelwirkung entfalten.

**1021.** Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs hat für das Kartellverbot des damaligen Artikel 85 EGV (jetzt Artikel 101 AEUV) eine begrenzte Bereichsausnahme angenommen, nach der „die im Rahmen von Tarifverhandlungen zwischen den Sozialpartnern zur Verbesserung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen geschlossenen Verträge aufgrund ihrer Art und ihres Gegenstands nicht unter Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag fallen“.<sup>144</sup> Aus der Zusammenschau der (damaligen) sozialpolitischen Regelungen des EG-Vertrags wurde dort die allgemeine objektiv-rechtliche Wertung gewonnen, dass Kollektivverhandlungen und kollektive Interessenwahrnehmung als Instrumente zur Verfolgung sozialpolitischer Zwecke europarechtlich gebilligt, ja erwünscht seien und dass das Kartellrecht diese Wertung zu respektieren habe.<sup>145</sup> Diese Wertung dürfte sich mit Inkrafttreten der Grundrechte-Charta weiter verstärkt haben, gilt aber ausdrücklich nicht für kollektivvertragliche Regelungen im Bereich selbstständiger Tätigkeit.<sup>146</sup>

Entscheidend für die Betrachtung an dieser Stelle ist jedoch, dass die Urteile des Europäischen Gerichtshofs ausschließlich die Anwendung des Artikel 85 EGV bzw. 81 EG (jetzt Artikel 101 AEUV), also des Kartellverbots, betreffen. Für die hier interessierende Missbrauchsaufsicht lässt sich insoweit keine Analogie ziehen. Denn einerseits hat der Europäische Gerichtshof seine Aussprüche ausdrücklich auf das Kartellverbot beschränkt. Andererseits folgt aus der Anwendbarkeit der Missbrauchsaufsicht nach Artikel 102 AEUV eben noch nicht das Unwerturteil, das bei Kartellen durch die Wettbewerbsbeschränkung indiziert wird. Die beim Kartellverbot im Wesentlichen erst in der Rechtfertigungsstufe geprüften Effizienzgründe fließen beim Missbrauchsverbot schon in die erste Stufe der Beurteilung darüber ein, ob überhaupt ein Missbrauch vorliegt. Zudem stellen wettbewerbsbeschränkende Absprachen den Kerngehalt einer

<sup>141</sup> Anders als in anderen Rechtsordnungen besteht in Deutschland keine ausdrückliche Ausnahme vom Anwendungsbereich des GWB für Tarif- oder Arbeitsverträge. Die früher in § 1 GWB ausweislich der Gesetzesbegründung von 1954 ausdrücklich für die Ausnahme dieser Verträge vom Kartellverbot vorgesehene Beschränkung auf den Waren- oder Handelsverkehr wurde 1998 aufgehoben. Teilweise wird § 4 TVG auch als spezialgesetzlich vorrangige Norm (*lex specialis*) aufgefasst. Allerdings ist das GWB jünger als das TVG (*lex posterior*) und enthielt früher die genannte inzwischen entfallene Beschränkung: Der historische Gesetzgeber jedenfalls ging insoweit nicht von einem Geltungs- oder Anwendungsvorrang des TVG aus.

<sup>142</sup> Vgl. BAG, Urteil vom 27. Januar 1989, 1 AZR 404/88.

<sup>143</sup> Vgl. KG, Urteil vom 21. Februar 1990, Kart U 4357/89.

<sup>144</sup> So zusammenfassend zuletzt EuGH, Urteil vom 21. September 2000, C-222/98, Slg. 2000, I-7111 „van der Woude“, Rn. 22.

<sup>145</sup> Vgl. dazu etwa Ackermann, T., Kartellrecht und Arbeitsmarkt: Der Geltungsanspruch der §§ 1 f. GWB, in: Rieble, V., Junker, A., Giesen, R. (Hrsg.), Kartellrecht und Arbeitsmarkt, München 2010 (erscheint demnächst), S. 18, 32.

<sup>146</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 12. September 2000, C-180-184/98, Slg. 2000, I-6451 „Pavlov“.

Tarifvereinbarung dar, während damit nicht notwendigerweise ein Missbrauch von Machtpositionen verbunden ist. Bemerkenswert ist insoweit weitergehend, dass der Europäische Gerichtshof in neuerer Rechtsprechung die unionsgrundrechtlich geschützte Tarifautonomie mit den unionsrechtlichen Grundfreiheiten in Abwägung bringt.<sup>147</sup>

Unabhängig davon dürfte die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs über die Geltung der Wettbewerbsvorschriften im Bereich von Kollektivverträgen ohne entscheidenden Einfluss auf die deutsche Rechtslage sein, da einerseits die einer europäischen Bereichsausnahme zugrunde liegenden Wertungen und Normen der Wirtschafts- und Sozialordnung keinesfalls hinreichend harmonisiert sind, um eine einheitliche Rechtsanwendung zu gebieten. Andererseits sind gegenüber den europäischen Normen strengere nationale Missbrauchsvorschriften ausdrücklich zulässig.<sup>148</sup> Vor diesem Hintergrund kann konstatiert werden, dass die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs einer kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle von Tarifverträgen weder inhaltlich noch formell entgegensteht, sondern Kollektivmaßnahmen vielmehr einer Abwägung mit anderen beeinträchtigten Rechtsgütern unterzieht.

**1022.** Hinsichtlich der deutschen Rechtslage weist die Monopolkommission darauf hin, dass eine wie auch immer geartete (beschränkte) Bereichsausnahme von der Anwendung des GWB nicht weiter reichen kann als ihre Begründung. Eine solche Ausnahme ist nicht Selbstzweck, sondern muss sich an ihrem Grund orientieren und dessen Einbettung in die verfassungsrechtliche Ordnung wahren.<sup>149</sup> Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit aus Artikel 9 Absatz 3 GG kann Tarifvereinbarungen nur soweit vor kartellrechtlichen Beschränkungen bewahren, wie der Schutzbereich dieses Grundrechts unter Berücksichtigung verfassungsimmanenter Schranken reicht. Die Erstreckung der Missbrauchsvorschriften des GWB auf Tarifverträge ist insoweit Ausdruck dieser Schranken. So hat bereits in den 1980er Jahren der Bundesgerichtshof ausdrücklich darauf hingewiesen, dass nicht schon allein die besondere Form des Vertrags oder der Vertragspartei von der Anwendung des GWB befreit.<sup>150</sup> Soweit Sparten-gewerkschaften missbräuchlich überhöhte Tarifforderungen aufstellen, die zulasten der übrigen, weniger machtvollen Berufsgruppen in einem Unternehmen oder einer Branche gehen, wird vor allem für die Letzteren eine effektive Ausübung von Koalitionsfreiheit und Berufsfreiheit erschwert.<sup>151</sup> Eine praktische Konkordanz oder – einfacher – ein angemessener Ausgleich zwischen den betroffenen Verfassungsgütern wird notwendig. Allein

aus dem Tarifvertragsgesetz lässt sich dieser Konflikt nicht lösen. Die klassische arbeitsrechtliche Lösung, die Annahme der Tarifeinheit, hat bereits erheblich an Problemlösungsmacht verloren. Dadurch ist einzelnen Sparten-gewerkschaften teilweise erhebliche, auch wirtschaftliche, Verhandlungsmacht erwachsen. Grundnorm für die Einhegung wirtschaftlicher Macht (um solche handelt es sich hier unzweifelhaft) ist im deutschen Recht das GWB.

**1023.** Die historisch überwiegend angenommene globale Nichtanwendbarkeit des GWB auf den Kernbereich von Tarifverträgen kann unter diesem Gesichtspunkt nicht unkritisch weiter gelten. Denn zum einen wurde damals von einer Bilateralität der Tarifverhandlungen ausgegangen, während nach Aufgabe des Prinzips der betrieblichen Tarifeinheit heute einem betroffenen Arbeitgeberverband mehrere Berufsgruppen und unter Umständen eine noch größere Anzahl von Gewerkschaften gegenüberstehen. Eine missbräuchliche Ausübung von Arbeitskampf- und Verhandlungsmacht von Arbeitnehmerverbänden zulasten anderer Arbeitnehmerverbände war unter den früheren strukturellen Bedingungen kaum möglich. Dennoch hat das Bundeskartellamt schon früher eine Abwägung der beteiligten Interessen für möglich gehalten.<sup>152</sup> Unter Berücksichtigung der heute in den zugrunde liegenden Struktur- und Machtverhältnissen wesentlich veränderten relevanten Umstände stellt sich die Frage einer praktischen Konkordanz der durch Kollektivabschlüsse berührten Verfassungsgüter auf eine völlig neue Art. Die Beantwortung dieser Frage mit dem Hinweis auf arbeitsrechtliche Traditionen respektiert die Monopolkommission für die Vergangenheit. Für den zukunftsfähigen Umgang mit diesem Spannungsfeld zwischen Tarifautonomie und Wettbewerbschutz gibt die Monopolkommission Folgendes zu bedenken:

**1024.** Das Bundesarbeitsgericht ist bereits 1989 von einer prinzipiellen Anwendbarkeit der Wertungen des Kartellrechts auf missbräuchliche Kollektivvereinbarungen ausgegangen.<sup>153</sup> Eine undifferenzierte Bereichsausnahme für Tarifverträge findet im gegenwärtigen Recht noch weniger Anhalt als im damals geltenden. Die verfassungsrechtlichen Vorgaben gebieten einen angemessenen Ausgleich der betroffenen Interessen. Wie oben dargelegt, gilt es, eine praktische Konkordanz sowohl zwischen konkurrierenden Rechten unterschiedlicher Berufsgruppen einer betroffenen Branche aus Artikel 9 Absatz 3 GG als auch zwischen anderen betroffenen Grundrechten Dritter herzustellen. Die früher im Prinzip der Tarifeinheit typisierte Regelung bricht immer mehr auf und hat insoweit ihren Kern schon verloren: Aus der früher zwingenden Tarifeinheit folgte Wettbewerbslosigkeit bei Tarifvereinbarungen. Die bislang aus dieser Wettbewerbslosigkeit teilweise implizit abgeleitete, nahezu uneingeschränkte Bereichsausnahme vom GWB für jedweden Tarifvertrag ist nach der Durchbrechung der Tarifeinheit weder verfassungsrechtlich noch gesellschaftspolitisch mehr zu recht-

<sup>147</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 11. Dezember 2007, C-438/05 „Viking“, Rn. 77 ff.; ebenso EuGH, Urteil vom 18. Dezember 2007, C-341/05 „Laval“, Rn. 95 ff.

<sup>148</sup> Vgl. Artikel 3 Absatz 2 Satz 2 VO 1/2003 (EG).

<sup>149</sup> BVerfG, Beschluss vom 2. März 1993, 1 BvR 1213/85, BVerfGE 88, 103, 115.

<sup>150</sup> Vgl. schon BGH, Beschlüsse vom 15. April 1986, KVR 1/85 „Taxi-genossenschaft“ und KVR 3/85 „EH-Partner-Vertrag“.

<sup>151</sup> Die Eigentums- und Berufsfreiheit der betroffenen Unternehmer kann so auch betroffen sein, wird hier aber zur Vereinfachung vernachlässigt.

<sup>152</sup> Vgl. etwa BKartA, Stellungnahme vom 3. April 1989, WuW 1989, 563 f.; BKartA, Brief vom 31. Januar 1961, WuW/E BKartA 339.

<sup>153</sup> Vgl. BAG, Urteil vom 27. Juni 1989, 1 AZR 404/88.

fertigen, insbesondere nicht für die bislang in der Diskussion nicht unterschiedene Missbrauchsaufsicht.

**1025.** Eine Anwendung der Missbrauchsvorschriften des GWB auf von der grundrechtlichen Koalitionsfreiheit erfasste Vorgänge wie Tarifverhandlungen und Streiks muss den Wertungen des Grundgesetzes durch eine vorrangige Berücksichtigung des geschützten Kernbereichs Rechnung tragen. Eine solche Rücksichtnahme auf vorrangige Interessen ist nach der Konzeption und Praxis des Wettbewerbsgesetzes jeder Anwendung der Missbrauchsvorschriften des GWB immanent und findet regelmäßig auch ausdrücklich statt.

**1026.** Die Missbrauchsverbote des GWB erfassen den Missbrauch von struktureller Verhandlungsmacht auf Märkten. Ein solcher Missbrauch kann auch bei Tarifverhandlungen vorkommen. Die bisher überwiegend aus der beschriebenen dogmatisch-unkritischen Annahme einer globalen Bereichsausnahme heraus vertretenen Auslegungen der Rechtsbegriffe des GWB stehen allerdings einer Anwendung von dessen Vorschriften auf Kollektivmaßnahmen entgegen. Nach überkommener Auffassung als problematisch anzusehen sind in diesem Zusammenhang insbesondere die Begriffe des Unternehmens und der Gewerblichkeit (§ 19 GWB).

**1027.** Nach weitverbreiteter, aber selten und nicht ersichtlich überzeugend begründeter Auffassung stellen Gewerkschaften keine Unternehmen dar, sodass sie tatbestandlich von den Normen des GWB nicht erfasst würden. Diese Meinung dürfte regelmäßig von der angenommenen Bereichsausnahme des Tarifrechts ausgegangen sein, ohne im Einzelnen auf einer eigenständigen Prüfung der Unternehmenseigenschaft von Gewerkschaften aufzubauen. Demgegenüber sind die Voraussetzungen des funktionalen Unternehmensbegriffs bei genauer Betrachtung erfüllt: Gewerkschaften erbringen für ihre Mitglieder gegen die Zahlung von Mitgliedsbeiträgen<sup>154</sup> eine Vertretungsleistung gegenüber den Arbeitgebern und stehen hierbei vielfach im Wettbewerb.<sup>155</sup> Strukturell entspricht diese Konstellation derjenigen von privaten Sammelbestellern, die gleichfalls als Unternehmen zu qualifizieren sind. Diese treten ebenfalls nach außen selbständig am Markt auf und decken nicht allein einen eigenen privaten Verbrauch. Sie treten privaten Unternehmen (den Lieferanten) unter Bündelung der Interessen der anderen Marktseite (der Besteller) am Markt gegenüber (wie eine Gewerkschaft den Arbeitgebern) und sind jedenfalls insoweit als Unternehmen zu behandeln.<sup>156</sup>

<sup>154</sup> Ein Teil dieser Mitgliedsbeiträge fließt wie bei anderen Unternehmen in die Infrastruktur und das Personal der Gewerkschaften; eine Gewinnorientierung ist für eine Unternehmenseigenschaft nicht erforderlich.

<sup>155</sup> Ähnlich bereits etwa BKartA, Stellungnahme vom 3. April 1989, WuW 1989, 563; Immenga, U., Grenzen des kartellrechtlichen Ausnahmebereichs Arbeitsmarkt, München 1989, S. 46 ff.; Emmerich, V., Kartellrecht, 9. Aufl., München 2001, S. 16.

<sup>156</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 29. Oktober 1970, KZR 3/70, WUW/E BGH 1142 „Volksbühne II“; Müller-Henneberg, in: Gemeinschaftskommentar, 4. Aufl., Köln 1980, § 1 Rn. 7; Immenga, in: Immenga/Mestmäcker, 2. Aufl. 1992, § 1 Rn. 100; Bunte, in: Langen/Bunte, 10. Aufl., München 2006, § 1 Rn. 18.

**1028.** In Betracht kommt vor allem ein Ausbeutungsmissbrauch gemäß § 19 Absätze 1, 2, 4 Nummer 2 GWB. Der relevante Markt ist der für die Arbeitsleistung an Schlüsselpositionen in dem zu bestreikenden Unternehmen. Aufgrund der arbeitsrechtlichen Restriktionen, aber auch aufgrund der unternehmensspezifischen Arbeitnehmerqualifikationen ist eine Austauschbarkeit der Leistungen der von der Gewerkschaft organisierten Arbeitskräfte nicht gegeben. Auf diesem Markt ist die als Unternehmen auftretende Spartengewerkschaft per definitionem marktbeherrschend, da sie bei einem Streik Schlüsselpositionen des zu bestreikenden Unternehmens lahmlegen kann. Die nach dem Prinzip der Arbeitskämpfparität vermutete gegengewichtige Nachfragemacht ist aufgrund der Vormachtstellung der Spartengewerkschaften nicht vorhanden; das historisch bedeutsame Instrument der Aussperrung, das früher die Arbeitskämpfparität sicherte, ist heute ohne praktische Bedeutung. Die Gewerkschaft handelt als Anbieterin gewerblicher Leistungen, denn sie bietet gerade nicht eine Gewerblichkeit ausschließende individuelle Arbeitsleistung an, sondern die gebündelte Arbeitsleistung aller Streikwilligen, um sich am Markt für gewerkschaftliche Vertretung besser zu positionieren. Die vermittels dieser Machtposition aufgestellten Forderungen sind schließlich am Maßstab des § 19 Absatz 4 Nummer 2 GWB zu messen. Entscheidend ist demnach, ob Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen gefordert werden, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden. Hierbei sind insbesondere die Verhaltensweisen von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb zu berücksichtigen.

**1029.** Die genaue Prüfung einer Missbräuchlichkeit der aufgestellten Forderungen muss zuoberst dem auch in diesem Bereich wirkenden Grundrechtsschutz des Artikel 9 Absatz 3 GG Rechnung tragen, was vor allem durch die Berücksichtigung eines besonderen Erheblichkeitszuschlags auf vergleichsweise herangezogene Tarifforderungen geschehen kann.

In erster Linie kommt es für die Einschätzung der Legitimität der Forderungen der Spartengewerkschaft auf in vergleichbaren Situationen erlangte Lohn- oder Konditionenverbesserungen an, etwa im Falle von Piloten die Tarifverträge vergleichbar belasteter Piloten in konkurrierenden Unternehmen, bei Lokführern die in vergleichbar verantwortlicher und qualifizierter Situation beschäftigten Arbeitnehmer (etwa Überland-Busfahrer). Dabei ist Abweichungen der betreffenden Berufsgruppe von der Vergleichsgruppe durch angemessene Zu- oder Abschläge Rechnung zu tragen.

Von besonderer Bedeutung werden in solchen Fällen stets objektive Rechtfertigungsgründe für eine Abweichung von eigentlich vergleichbaren Berufsgruppen sein, wie etwa Verschiebungen im Belastungs-, Qualifikations-, Marktgefüge der streikbereiten Berufsgruppe gegenüber der als Vergleichsmaßstab herangezogenen. Solche besonderen Umstände können weitere Zu- und Abschläge gegenüber dem Vergleichsmaßstab notwendig machen.

Die Unwägbarkeiten der Vergleichbarkeit, der Berechnung von Zu- und Abschlägen sowie die Einbeziehung des gebotenen Erheblichkeitszuschlags reduzieren die vollständige Anwendbarkeit dieser Vorschrift in Streikfällen auf eklatant missbräuchliche Forderungen. Das allerdings entspricht nach dem oben Ausgeführten der Wertung des Artikel 9 Absatz 3 GG.

**1030.** Von besonderer Bedeutung ist die Frage nach der – für eine Durchsetzung auf Kartellrecht gestützter einseitiger Maßnahmen – zuständigen Gerichtsbarkeit. Denn diese könnte jedenfalls von einer Seite her den materiellen Ausgang eines Rechtsstreits auf der Grundlage der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht bestimmen: So findet sich etwa in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung nur sehr vereinzelt eine Nennung der Vorschriften des GWB, die darüber hinaus – soweit ersichtlich – regelmäßig eine Anwendung des GWB ohne Begründung ablehnt. Auch die Zusammensetzung der Arbeitsgerichte zum überwiegenden Teil aus Vertretern von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden<sup>157</sup> könnte der unvoreingenommenen Würdigung einer Kartellrechtsanwendung auf die hier diskutierten Fälle entgegenwirken.

Für diese Verfahren kartellrechtlicher Missbrauchsaufsicht können gemäß § 87 Satz 1 GWB nach bestrittener, aber überzeugender Auffassung ausschließlich die Landgerichte zuständig sein.<sup>158</sup> Denn ein Antrag auf einseitige Verfügung zur Durchsetzung des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots ist keine den Arbeitsgerichten nach § 2 Absatz 1 Nummer 2 ArbGG ausschließlich zugewiesene Rechtsstreitigkeit, sondern eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit, die die Anwendung des § 87 Satz 1 GWB betrifft. Zwar handelt es sich dabei um bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen tariffähigen Parteien oder zwischen diesen und Dritten aus unerlaubten Handlungen, denen Maßnahmen zum Zwecke des Arbeitskampfes zugrunde liegen, die grundsätzlich ausschließlich den Arbeitsgerichten zugewiesen sind. Die Konkurrenz dieser beiden ausschließlichen Rechtswegzuweisungen kann jedoch nicht nach dem äußeren Anlass (etwa einer Streikdrohung und damit dem äußeren Zusammenhang mit einem Arbeitskampf) beurteilt werden; vielmehr ist nach überzeugender Auffassung die sachliche Nähe zur kartellrechtlichen Regelungsmaterie ausschlaggebend.

**1031.** Erfahrungsgemäß ist insoweit – wegen der Problembehauptung der zugrunde liegenden Preismissbrauchs-

vorschriften und der dafür notwendigen Vergleichsmerktermittlung, aber auch angesichts der hohen Eingriffsschwellen des § 32a GWB – zwar ein Einschreiten des Bundeskartellamtes kaum zu erwarten. Das kartellrechtliche Verbot missbräuchlich überhöhter Tarifforderungen marktmächtiger Sparten-Gewerkschaften könnte jedoch größere praktische Bedeutung erlangen in von streikbedrohten Unternehmen (oder Unternehmensverbänden) angestregten einseitigen Rechtsschutzverfahren nach §§ 19, 33 Absatz 1, 2 GWB i. V. m. § 940 ZPO (gegebenenfalls i. V. m. Artikel 102 AEUV).

Auf diese Rechtsschutzmöglichkeit für streikbedrohte Unternehmen und für konkurrierende Gewerkschaften weist die Monopolkommission ausdrücklich hin. Ungeachtet ihrer nur vorläufigen Natur könnte diese in den seltenen Problemfällen jedenfalls eine Rückkehr der streikwilligen Sparten-Gewerkschaft an den Verhandlungstisch sowie vor allem eine breitere Reflexion über die angemessene Tarifforderung unterstützen.

**1032.** Eine gesetzliche Klarstellung der Anwendbarkeit der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht auch auf Marktmachtmisbrauch durch Tarifvertragsparteien ist nach dem oben Dargelegten nicht notwendig, könnte aber auch interessen- wie dogmengeleiteten abweichenden Auffassungen entgegenwirken.

Weitergehend erscheint auch der Monopolkommission wünschenswert, dass der Bundesgesetzgeber seine Ausgestaltungsbefugnis in Bezug auf das Arbeitskampfrecht ausfüllt und die Ausübung der Koalitionsfreiheit zusammenhängend regelt.<sup>159</sup> Denn die Anwendung der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht auf Tarif- und Streikforderungen kann nur in extremen Einzelfällen Linderung eklatanter Probleme verschaffen. Angesichts der Umbrüche in der Tariflandschaft scheint auch die Leistungsfähigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit als Ersatzgesetzgeber an ihre Grenzen zu stoßen. Eine umfassende kohärente Ausgestaltung der Koalitionsfreiheitsausübung kann allein auf gesetzgeberischem Wege erfolgen. Vor diesem Hintergrund fordert die Monopolkommission den Gesetzgeber auf, sich ungeachtet politischer Widerstände auf seine Pflicht zur zukunftsfähigen Regelung des Arbeitskampfrechts zu besinnen.

**1033.** Das Kommissionsmitglied Peter-Michael Preusker kann sich nicht allen Ausführungen des vorliegenden Kapitels anschließen.

<sup>157</sup> Vgl. oben Fn. 54.

<sup>158</sup> Anderer Auffassung zu § 96 Absatz 2 GWB a. F. etwa BAG, Urteil vom 27. Juni 1989, 1 AZR 404/88 „Berliner Ladenschlusszeiten“.

<sup>159</sup> Vgl. zur Ausgestaltungsbedürftigkeit der Koalitionsfreiheit BVerfG, Beschluss vom 26. Juni 1991, 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212 „Abwehraussperrung“.

## **Bisherige Gutachten der Monopolkommission**

---

Alle Veröffentlichungen sind im Nomos-Verlag, Baden-Baden, erschienen.

### **Hauptgutachten**

- |                       |              |  |
|-----------------------|--------------|--|
| Hauptgutachten I:     | (1973/1975): | Mehr Wettbewerb ist möglich. 1976, 2. Aufl. 1977.                              |
| Hauptgutachten II:    | (1976/1977): | Fortschreitende Konzentration bei Großunternehmen. 1978.                       |
| Hauptgutachten III:   | (1978/1979): | Fusionskontrolle bleibt vorrangig. 1980.                                       |
| Hauptgutachten IV:    | (1980/1981): | Fortschritte bei der Konzentrationserfassung. 1982.                            |
| Hauptgutachten V:     | (1982/1983): | Ökonomische Kriterien für die Rechtsanwendung. 1984.                           |
| Hauptgutachten VI:    | (1984/1985): | Gesamtwirtschaftliche Chancen und Risiken wachsender Unternehmensgrößen. 1986. |
| Hauptgutachten VII:   | (1986/1987): | Die Wettbewerbsordnung erweitern. 1988.  |
| Hauptgutachten VIII:  | (1988/1989): | Wettbewerbspolitik vor neuen Herausforderungen. 1990.                          |
| Hauptgutachten IX:    | (1990/1991): | Wettbewerbspolitik oder Industriepolitik. 1992.                                |
| Hauptgutachten X:     | (1992/1993): | Mehr Wettbewerb auf allen Märkten. 1994.                                       |
| Hauptgutachten XI:    | (1994/1995): | Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs. 1996.                               |
| Hauptgutachten XII:   | (1996/1997): | Marktöffnung umfassend verwirklichen. 1998.                                    |
| Hauptgutachten XIII:  | (1998/1999): | Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen. 2000.                                    |
| Hauptgutachten XIV:   | (2000/2001): | Netzwettbewerb durch Regulierung. 2003.  |
| Hauptgutachten XV:    | (2002/2003): | Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“. 2005.                   |
| Hauptgutachten XVI:   | (2004/2005): | Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor! 2006.                           |
| Hauptgutachten XVII:  | (2006/2007): | Weniger Staat, mehr Wettbewerb. 2008.  |
| Hauptgutachten XVIII: | (2008/2009): | Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen. 2010.  |
| Hauptgutachten XIX:   | (2010/2011): | Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen. 2012.                |

## Sondergutachten

- Sondergutachten 1: Anwendung und Möglichkeiten der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen seit Inkrafttreten der Kartellgesetznovelle. 1975, 2. Aufl. 1977.
- Sondergutachten 2: Wettbewerbliche und strukturelle Aspekte einer Zusammenfassung von Unternehmen im Energiebereich (VEBA/Gelsenberg). 1975.
- Sondergutachten 3: Zusammenschlußvorhaben der Kaiser Aluminium & Chemical Corporation, der Preussag AG und der Vereinigte Industrie-Unternehmungen AG. 1975.
- Sondergutachten 4: Zusammenschluß der Deutsche Babcock AG mit der Artos-Gruppe. 1977.
- Sondergutachten 5: Zur Entwicklung der Fusionskontrolle. 1977.
- Sondergutachten 6: Zusammenschluß der Thyssen Industrie AG mit der Hüller Hille GmbH. 1977.
- Sondergutachten 7: Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. 1977.
- Sondergutachten 8: Zusammenschlußvorhaben der Deutschen BP AG und der VEBA AG. 1979.
- Sondergutachten 9: Die Rolle der Deutschen Bundespost im Fernmeldewesen. 1981.
- Sondergutachten 10: Zusammenschluß der IBH Holding AG mit der WIBAU AG. 1982.
- Sondergutachten 11: Wettbewerbsprobleme bei der Einführung von privatem Hörfunk und Fernsehen. 1981.
- Sondergutachten 12: Zusammenschluß der Burda Verwaltungs KG mit der Axel Springer GmbH/Axel Springer Gesellschaft für Publizistik GmbH & Co. 1982.
- Sondergutachten 13: Zur Neuordnung der Stahlindustrie. 1983.
- Sondergutachten 14: Die Konzentration im Lebensmittelhandel. 1985.
- Sondergutachten 15: Zusammenschluß der Klöckner-Werke AG mit der Seitz Enzinger Noll Maschinenbau AG. 1986.
- Sondergutachten 16: Zusammenschlußvorhaben der Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG mit der Société Sidéchar S.A. (Ruhrkohle AG). 1986.
- Sondergutachten 17: Konzeption einer europäischen Fusionskontrolle. 1989.
- Sondergutachten 18: Zusammenschlußvorhaben der Daimler-Benz AG mit der Messerschmitt-Bölkow-Blohm GmbH. 1989.
- Sondergutachten 19: Zusammenschlußvorhaben der MAN Aktiengesellschaft und der Gebrüder Sulzer Aktiengesellschaft. 1990.
- Sondergutachten 20: Zur Neuordnung der Telekommunikation. 1991.
- Sondergutachten 21: Die Mißbrauchsaufsicht über Gas- und Fernwärmeunternehmen. 1991.

- Sondergutachten 22: Zusammenschlußvorhaben der BayWa Aktiengesellschaft und der WLZ Raiffeisen Aktiengesellschaft. 1992.
- Sondergutachten 23: Marktstruktur und Wettbewerb im Handel. 1994.
- Sondergutachten 24: Die Telekommunikation im Wettbewerb. 1996.
- Sondergutachten 25: Zusammenschlußvorhaben der Potash Corporation of Saskatchewan Inc. und der Kali und Salz Beteiligungs Aktiengesellschaft. 1997.
- Sondergutachten 26: Ordnungspolitische Leitlinien für ein funktionsfähiges Finanzsystem. 1998.
- Sondergutachten 27: Systemwettbewerb. 1998.
- Sondergutachten 28: Kartellpolitische Wende in der Europäischen Union? 1999.
- Sondergutachten 29: Wettbewerb auf Telekommunikations- und Postmärkten? 2000.
- Sondergutachten 30: Wettbewerb als Leitbild für die Hochschulpolitik. 2000.
- Sondergutachten 31: Reform der Handwerksordnung. 2002.
- Sondergutachten 32: Folgeprobleme der europäischen Kartellverfahrensreform. 2002.
- Sondergutachten 33: Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand. 2002
- Sondergutachten 34: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. 2002.
- Sondergutachten 35: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. Ergänzendes Sondergutachten. 2002.
- Sondergutachten 36: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. 2003.
- Sondergutachten 37: Wettbewerbsfragen der Kreislauf- und Abfallwirtschaft. 2003.
- Sondergutachten 38: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. Ergänzendes Sondergutachten. 2003.
- Sondergutachten 39: Telekommunikation und Post 2003: Wettbewerbsintensivierung in der Telekommunikation – Zementierung des Postmonopols. 2004.
- Sondergutachten 40: Zur Reform des Telekommunikationsgesetzes. 2004.
- Sondergutachten 41: Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle. 2004.
- Sondergutachten 42: Die Pressefusionskontrolle in der Siebten GWB-Novelle. 2004.
- Sondergutachten 43: Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen. 2006.
- Sondergutachten 44: Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2005: Beharren auf alten Privilegien. 2006.
- Sondergutachten 45: Zusammenschlussvorhaben der Rhön-Klinikum AG mit den Kreiskrankenhäusern des Landkreises Rhön-Grabfeld (Kreis Krankenhaus Bad Neustadt/Saale sowie Kreis Krankenhaus Mellrichstadt). 2006.

- Sondergutachten 46: Die Privatisierung der Deutschen Bahn AG. 2007.
- Sondergutachten 47: Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB. 2007.
- Sondergutachten 48: Wettbewerbs- und Regulierungsversuche im Eisenbahnverkehr. 2007.
- Sondergutachten 49: Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung. 2008.
- Sondergutachten 50: Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2007: Wendepunkt der Regulierung. 2008.
- Sondergutachten 51: Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2007: Monopolkampf mit allen Mitteln. 2008.
- Sondergutachten 52: Zusammenschlussvorhaben der Asklepios Kliniken Hamburg GmbH mit der Krankenhaus Mariahilf gGmbH. 2008.
- Sondergutachten 53: Zusammenschlussvorhaben des Universitätsklinikums Greifswald mit der Kreiskrankenhaus Wolgast gGmbH. 2008.
- Sondergutachten 54: Strom und Gas 2009: Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb. 2009.
- Sondergutachten 55: Bahn 2009: Wettbewerb erfordert Weichenstellung. 2010.
- Sondergutachten 56: Telekommunikation 2009: Klaren Wettbewerbskurs halten. 2010.
- Sondergutachten 57: Post 2009: Auf Wettbewerbskurs gehen. 2010.
- Sondergutachten 58: Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung. 2010.
- Sondergutachten 59: Energie 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten. 2012.
- Sondergutachten 60: Bahn 2011: Wettbewerbspolitik unter Zugzwang. 2011.
- Sondergutachten 61: Telekommunikation 2011: Investitionsanreize stärken, Wettbewerb sichern. 2012.
- Sondergutachten 62: Post 2011: Dem Wettbewerb Chancen eröffnen. 2012.
- Sondergutachten 63: Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht. 2012.
- Sondergutachten 64: Bahn 2013: Reform zügig umsetzen. 2013.
- Sondergutachten 65: Energie 2013: Wettbewerb in Zeiten der Energiewende. 2014.
- Sondergutachten 66: Telekommunikation 2013: Vielfalt auf den Märkten erhalten. 2014.
- Sondergutachten 67: Post 2013: Wettbewerbsschutz effektivieren. 2014.