

„Mit einer funktionierenden Tarifautonomie wären gesetzliche Mindestlöhne nicht nötig“

ein Gespräch mit Professor Dr. *Raimund Waltermann**
 Direktor des Instituts für Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherheit an der
 Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn



BRJ-Redakteur *Stefan Kunz* neben dem Institutsdirektor Prof. Dr. *Raimund Waltermann* und BRJ-Herausgeberin *Thea Schenk-Busch*.

Professor Dr. Raimund Waltermann wurde 1956 in Münster geboren. Dort absolvierte er auch das Studium der Rechtswissenschaft und promovierte 1989 über verfassungs- und arbeitsrechtliche Schranken tarifvertraglicher Altersgrenzenregelungen. Nach Stationen als Repetitor und Rechtsanwalt schloss sich 1994 die Habilitation an der Universität Münster an, von wo aus Rufe an die Universitäten Berlin, Leipzig und Gießen folgten. Seit 2001 ist Prof. Dr. Raimund Waltermann nun Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Sozialrecht in Bonn.

BRJ: *Herr Prof. Dr. Waltermann, wenn Sie auf die erste Hälfte der Regierungszeit der Großen Koalition zurückblicken, welche Erwartungen hatten Sie an den Koalitionsvertrag im Bereich des Arbeitsrechts, welche wurden erfüllt oder enttäuscht?*

Waltermann: *Drei Gesichtspunkte möchte ich ansprechen: Das Mindestlohngesetz ist in Kraft und wird sich bewähren. Die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen ist, wie im Koalitionsvertrag verabredet, erleichtert worden. Durch Allgemeinverbindlicherklärung kann das Arbeitsministerium unter bestimmten Voraussetzungen Tarifverträge auf Außenseiter erstrecken. Durch die Erleichterung der Allgemeinverbindlicherklärung sollen Funktionsschwächen der Tarifautonomie aufgefangen werden. Allerdings ist hier eine wesentliche Klippe zurückgeblieben, denn im Tarifausschuss können die Gewerkschaften oder die Arbeitgeberverbände die Allgemeinverbindlicherklärung blockieren. Das Arbeitsministerium kann die Allgemeinverbindlicherklärung nur im Einvernehmen mit dem Tarifausschuss erlassen. Das Problem hat sich kürzlich bei Tarifverträgen über die Ausbildungsvergütung in der Pflegebranche in den Bundes-*

* Das Interview wurde vorbereitet von *Henriette Boecken* und *Stefan Kunz* und am 10. Februar 2016 von *Thea Schenk-Busch* und *Stefan Kunz* am Institut für Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherheit geführt.

ländern Bremen und Niedersachsen gezeigt. Im Koalitionsvertrag heißt es: „Wir wollen, dass die den Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung stellenden Tarifvertragsparteien an den Beratungen und Entscheidungen des Tarifausschusses beteiligt werden können und werden prüfen, wie dies umgesetzt werden kann.“¹ Das Problem hat man also gesehen, aber sich in diesem Punkt nicht einigen können. Ich erwarte, dass deshalb die Praxisbedeutung der Allgemeinverbindlicherklärung trotz der Reform gering bleiben wird. Der dritte Punkt: Die Bundesregierung wendet sich, wie im Koalitionsvertrag vorgesehen, nun dem Vorhaben zu, Fehlentwicklungen in der Leiharbeit und vorkommendem Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen entgegen zu treten. Das soll in der zweiten Hälfte der Legislatur umgesetzt werden. Der vom Arbeitsministerium vorgelegte Referentenentwurf wird bis zu einem Regierungsentwurf noch Änderungen erfahren. Diesbezüglich hat die Bundeskanzlerin Abstimmungsbedarf angemerkt.

BRJ: *Und wie würden diese Änderungen inhaltlich aussehen?*

Waltermann: Ich gehe davon aus, dass der die Arbeitnehmerüberlassung betreffende Teil des Referentenentwurfs auf der Linie des Koalitionsvertrags liegt. In diesem Teil geht es zum einen um die Einführung einer Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten bei einem Entleiher, wobei in tarifgebundenen Unternehmen auf der Grundlage von Tarifverträgen längere Einsatzzeiten möglich sein sollen. Zum anderen geht es um *Equal Pay*. Im Grundsatz soll Leiharbeitnehmern die gleiche Vergütung wie bei Stammkräften spätestens nach neun, allerspätestens nach zwölf Monaten geschuldet sein. Die Leiharbeit soll nicht reguläre Arbeit substituieren, sondern zu einem wirklichen Flexibilisierungsinstrument werden. Der Koalitionsvertrag formuliert, man wolle die Leiharbeit an ihren Kernfunktionen orientieren. Das ist richtig, denn nur dann vereint die Leiharbeit Flexibilität und Sicherheit.

Der zweite Teil betrifft den Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen. Wie man diesem entgegenzutreten will, wird innerhalb der Regierungskoalition noch zu verhandeln sein. Das gilt vor allem für die rechtlichen Bedingungen der Auftragsvergabe an Fremdunternehmen als Werkunternehmer, die nicht verdeckte Arbeitnehmerüberlassung sein darf. Die in dem Entwurf neben anderem vorgesehene gesetzliche Beschreibung wesentlicher Merkmale des Arbeitsverhältnisses – eine geplante Ergänzung im BGB – bringt in meiner Bewertung keine Vorteile, sondern zeichnet im Grunde nur das nach, was die ständige Rechtsprechung praktiziert. Im Kern geht es um die Abgrenzung von Selbständigkeit und Arbeitsverhältnis. Es wäre in dieser Hinsicht besser, wenn alle Kleinen Selbständigen in der Rentenversicherung pflichtversichert wären. Aber das steht für die laufende Legislaturperiode nicht einmal im Koalitionsvertrag. Dies ist ein Punkt, der mich enttäuscht hat. In der 17. Legislaturperiode hat das die damalige Ministerin *Ursula von der Leyen* verwirklichen wollen, aber am Ende wurde das nicht umgesetzt.

Worin liegt der Zusammenhang mit Ihrer Frage: Die Pflichtversicherung aller Kleinen Selbständigen in der Rentenversicherung ist nötig, weil viele Kleine Selbständige keine Altersvorsorge betreiben und – angesichts geringer Einkünfte – diese auch nicht betreiben können. Das wird Ihre Generation auffangen müssen, da viele dieser Selbständigen später in der Grundsicherung landen werden. Was unseren Zusammenhang betrifft, hätte die Pflichtversicherung der Kleinen Selbständigen in der Rentenversicherung eine zielführende ökonomische Wirkung mit möglicher Rückwirkung auf die Attraktivität des Arbeitsverhältnisses für Arbeitgeber. Sie würde nämlich bei denjenigen Kleinen Selbständigen, die nicht wie selbständige Taxifahrer am Markt tätig sind, sondern sich ständig für einen oder zwei Auftraggeber zur Verfügung halten, die Preise verändern, zu denen Kleine Selbständige einem Unternehmen ihre Arbeitskraft anbieten können, da diese dann mit den Kosten ihrer Altersvorsorge kalkulieren müssten. Und es ist außerdem nicht einzusehen, dass die versicherungspflichtigen Arbeitnehmer während ihres gesamten Arbeitslebens entgeltabhängige Beiträge entrichten, während nicht versicherte Kleine Selbständige bei Bedürftigkeit eine steuerfinanzierte Mindestsicherung (heute: „Hartz IV“) ohne Eigenleistung erhalten.

BRJ: *Eines der umstrittensten Gesetze ist das seit dem 10. Juli 2015 geltende Tarifeinheitsgesetz im Bereich des kollektiven Arbeitsrechts, gegen welches auch bereits mehrere Verfassungsbeschwerden anhängig sind. Sehen auch Sie die Tarifautonomie aus Art. 9 Abs. 3 GG verletzt und gleichzeitig das Ende der Tarifpluralität in Deutschland?*

Waltermann: Das Ende der Tarifpluralität sehe ich nicht, denn Tarifkonkurrenzen wird es auch weiterhin geben. Ob man das Gesetz verfassungskonform interpretieren kann, wird uns das Bundesverfassungsgericht in wahrscheinlich einem Jahr sagen. Ich habe daran Zweifel und hätte das Gesetz, auch politisch, so nicht verabschiedet, sondern die Entwicklung abgewartet und gesetzliche Grenzen für den Arbeitskampf in der Daseinsvorsorge – also etwa in Krankenhäusern – angestrebt. Es geht ja eigentlich darum, durch die beschlossenen Änderungen des Tarifrechts Rückwirkungen auf den Arbeitskampf zu erzielen.

¹ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD in der 18. Legislaturperiode, S. 67.

BRJ: *Herr Prof. Dr. Waltermann, Sie selbst haben sich ausführlich mit der Einführung eines Mindestlohngesetzes auseinandergesetzt. Inwieweit beeinflusst das MiLoG unseren Arbeitsmarkt und wo muss aus Ihrer Sicht noch nachgebessert werden?*

Waltermann: Die vom Mainstream der Volkswirtschaftslehre immer wieder vorgebrachten düsteren Prophezeiungen für den Arbeitsmarkt sind nicht eingetreten. Auch in anderen Ländern haben sich problematische Wirkungen an den Arbeitsmärkten nicht gezeigt. Vielleicht müsste man den Wirklichkeitsbezug der diesen Prophezeiungen zugrundeliegenden wissenschaftlichen Methoden in den Blick nehmen.

Viel wichtiger sind andere Gesichtspunkte: Der Mindestlohn hat nicht nur eine politische und ökonomische, sondern auch eine rechtliche Perspektive. Sie zeigt sich, wenn man Arbeitsrecht und Sozialrecht zusammenbringt. Aus der Perspektive der Rechtsordnung wird deutlich, dass die Struktur des Arbeitsmarkts – welcher wegen sozialrechtlicher Einflüsse übrigens kein freier Markt ist – Zukunftsrelevanz hat. Das Niveau von Löhnen spiegelt sich im Niveau der Altersvorsorge wider. Niedriger Lohn führt zu niedrigen Beiträgen zur Altersvorsorge und damit zu niedriger Rente. Hinzu kommt das Problem einer alternden Gesellschaft. Längst wird im Niedriglohnsektor die gesetzliche Rente als wertlos wahrgenommen. Das soll nach der Konzeption unseres Arbeitsrechts eigentlich die Tarifautonomie verhindern. Die Tarifautonomie hat jedoch an Bedeutung verloren und kann die Lohnuntergrenze nicht sichern. Mit einer funktionierenden Tarifautonomie wären gesetzliche Mindestlöhne nicht nötig. Die Tarifverträge würden eine angemessene Lohnuntergrenze gestalten. Die Tarifautonomie hat aber in vielen Bereichen des Niedriglohnsektors, der in Deutschland fast 25 % der Arbeitsverhältnisse erfasst, keine Gestaltungskraft. Mit den in diesen Bereichen erzielten Löhnen erreicht man als Alleinstehender keinen Rentenanspruch in Höhe der Grundsicherung im Alter. Man muss gegenwärtig etwa 9,50 € brutto in einer 40-Stunden-Woche über 45 lückenlose Versicherungsjahre verdienen, um dahin zu kommen.

Wir flexibilisieren also seit Jahren den Arbeitsmarkt zulasten Ihrer Generation. Sie werden in der alternden Gesellschaft viele nicht existenzsichernde Renten aufstocken müssen. Dass aber Ihre Generation demnächst in der alternden Gesellschaft unter besseren Bedingungen wirtschaften kann als wir heute, glaube ich nicht. Wir müssen also, wenn man von der Konzeption der Rechtsordnung her denkt, Löhne durch Leistungskraft erwirtschaften und erarbeiten, die zu existenzsichernden Renten führen. Es gibt aus der rechtlichen Perspektive betrachtet ein Niveau, unter das die Entgeltstruktur des Arbeitsmarktes nicht absinken sollte. Die Untergrenze zieht jetzt der Mindestlohn.

BRJ: *Den Sie also auch verfassungsrechtlich als gerechtfertigt betrachten?*

Waltermann: Ja, denn es geht zusammengefasst nur darum, der Tarifautonomie die Gestaltung der Löhne unterhalb von 8,50 € brutto in der Stunde zu verwehren. Alles andere kann durch Tarifverträge weiterhin gestaltet werden. Und sollte es zu einer Bewertung durch das BVerfG kommen, dürften die genannten Gesichtspunkte zur arbeits- und sozialrechtlichen Funktion des Mindestlohns die entscheidende Rolle spielen, nicht fragliche Arbeitsmarktwirkungen, die von Ökonomen ganz verschieden eingeschätzt werden.

BRJ: *Ein ganz neues Thema für die Große Koalition ist der seit dem letzten Jahr große Flüchtlingszustrom, dessen Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt kontrovers diskutiert werden. Wie gestaltet sich rechtlich der Zugang der Flüchtlinge zu legaler Arbeit?*

Waltermann: Der Zustrom von Flüchtlingen schafft eine große Zukunftsaufgabe mit Weltbezug, die man nicht kurzfristig mit Patentrezepten erledigen kann, sondern mit langem Atem und guter Arbeit international bewältigen muss. Auch Arbeitsrecht spielt dabei eine Rolle, aber nicht in erster Linie, sodass wir Arbeitsrechtler uns da erst einarbeiten müssen. Zunächst haben ausländerrechtliche und aufenthaltsrechtliche Fragen des Zugangs zum Arbeitsmarkt die größere Bedeutung: Besteht ein Aufenthaltsrecht (ein „Aufenthaltsstiel“)? Dann steht der deutsche Arbeitsmarkt offen und das Arbeitsrecht gilt wie sonst. Oder liegt lediglich eine Duldung oder eine Aufenthaltsgestattung vor? Dann kann bei der Ausländerbehörde für eine konkrete Beschäftigung eine Erlaubnis beantragt werden. Zunächst gilt, dass nach der Einreise Asylsuchende und Geduldete in einer Wartefrist von drei Monaten keine Beschäftigung aufnehmen dürfen. Die Einzelheiten sind kompliziert und in Bewegung.

BRJ: *Sollte man, wie vielfach gefordert, eine Ausnahme vom gesetzlichen Mindestlohn machen?*

Waltermann: Eine Öffnung des Arbeitsmarkts nach unten schafft hier in meiner Bewertung keine Lösung. Es hätte eher Nachteile, wenn man die im Niedriglohnbereich Arbeitenden und Flüchtlinge in eine Konkurrenzsituation bringen würde, gerade bei Tätigkeiten, die man sehr schnell erlernen kann, zum Beispiel in der Gastronomie oder bei der Regalbetreuung im Supermarkt. Das schafft ökonomische Fehlanreize mit Druck auf das Lohnniveau am unteren Rand. Arbeit muss nachhaltigen Ertrag einbringen. Dazu gehört, wie gesagt, dass durch eine langjährige Beschäftigung eine existenzsichernde Altersversorgung erreicht werden kann. Junge Flüchtlinge sollten wir im eigenen Interesse nicht in Niedriglohnstellen schieben, sondern qualifizieren. Wir sind eine alternde Gesellschaft und auf gut ausgebildete junge Menschen angewiesen.

BRJ: *Das Unionsrecht gewinnt, wie in allen anderen Rechtsbereichen, auch im Arbeitsrecht immer größere Bedeutung. Wo machen sich diese Einflüsse bereits heute besonders bemerkbar?*

Waltermann: Das Unionsrecht hat im Arbeitsrecht seit langem große Bedeutung, die weiter zunimmt. Daneben treten jetzt häufiger Entscheidungen des *Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, zum Beispiel zum Recht auf Tarifverhandlungen und zur Streikfreiheit. Unionsrecht, Konventionsrecht und nationales Recht bilden im Arbeitsrecht ein Mehrebenensystem. Darin sind das *Bundesverfassungsgericht*, das *Bundesarbeitsgericht*, der *Europäische Gerichtshof* und der *Europäische Gerichtshof für Menschenrechte* in sich überschneidenden Zuständigkeiten aktiv. Wir befinden uns hier in einem Anpassungsprozess, der geraume Zeit dauern wird. Das ist einerseits spannend und macht andererseits manches unvorhersehbar.

BRJ: *Welche jüngere Entscheidung des BAG war für Sie besonders überraschend und warum?*

Waltermann: Überrascht hat mich vor einiger Zeit ein Urteil des *Bundesarbeitsgerichts* vom 5. März 2013², das sehr kontrovers diskutiert wird. In Verbindung mit einigen nachfolgenden Entscheidungen verschiedener Senate habe ich den Eindruck, dass der Grundsatz *pacta sunt servanda* im Verhältnis von Arbeitsverträgen und Betriebsvereinbarungen vom BAG zurückgedrängt werden könnte. Es soll nach dieser Rechtsprechung immer dann, wenn Formularverträge, also AGB, verwendet werden – was ja beim Arbeitsvertrag die Regel ist – und die arbeitsvertragliche Gestaltung einen kollektiven Bezug hat – was immer das bedeuten mag –, regelmäßig vom Empfängerhorizont anzunehmen sein, dass die arbeitsvertragliche Regelung „betriebsvereinbarungsoffen“ ist. Das heißt, dass die arbeitsvertragliche Regelung, auch zu Ungunsten der Arbeitnehmer, durch eine Betriebsvereinbarung geändert werden darf. Dem könnte ich mich nicht anschließen. Wenn sich die Rechtsprechung verfestigen sollte, läge darin in meiner Bewertung ein schwerwiegender Eingriff in die Rechtsquellenarchitektur. Dieser Eingriff würde nicht durch Rechtsauslegung, sondern durch eine Vertragsauslegung bewirkt, die ich als Fiktion einstufen möchte.

BRJ: *Herr Prof. Dr. Waltermann, vielen Dank für das Gespräch.*

Waltermann: Ich bedanke mich bei Ihnen.

² BAG, Urteil vom 05.03.2013, 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916 = ZIP 2013, 1542.