

**Besprechung:**  
**Sudabeh Kamanabrou, Erga-Omnes-Wirkung von Tarifverträgen**  
**[2011]**

von Prof. Dr. *Volker Rieble*, München\*

I.	Die Frage .....	496
II.	Das Konzept .....	497
	1. Prämisse .....	497
	2. Zentral: Legitimation .....	498
	3. Überwindung der Bezugnahmeklauselschwächen.....	503
	4. Erga-omnes und Betriebsnormen .....	504
	5. Differenzierungsklauseln .....	505
III.	Fazit.....	505

### I. Die Frage

In Deutschland gelten die Individualnormen des Tarifvertrags nach § 4 Abs. 1 Satz 1 Tarifvertragsgesetz (TVG) normativ nur zwischen den beiderseits Tarifgebundenen, also insbesondere nur dann, wenn der Arbeitnehmer Mitglied der Gewerkschaft ist oder war (Nachbindung gemäß § 3 Abs. 3 TVG). In anderen Tarifrechtssystemen ist das anders: Vor allem im romanischen Rechtskreis gelten Tarifverträge für alle Arbeitnehmer des tarifgebundenen Arbeitgebers – bei uns gilt das nur für die eng zu verstehenden Betriebsnormen des § 3 Abs. 2 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG). Die entscheidende Frage lautet: Soll das so bleiben? Oder wäre es besser, wenn auch in Deutschland Tarifverträge *erga-omnes*, also für alle Arbeitnehmer des tarifgebundenen Arbeitgebers gälten?

Hiervon getrennt zu sehen ist die Diskussion um eine verschärfte Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen<sup>1</sup>: Jene zielen auf die tariffreien Arbeitgeber, die einem tariflichen Zwangsregime unterstellt werden sollen. Allerdings bedeutete ein Erfolg jener verfassungsrechtlich mehr als fragwürdigen Vorschläge, dass sich die von *Kamanabrou* aufgeworfene Frage nicht mehr stellt: Die Allgemeinverbindlichkeit des Tarifvertrages erfasst notwendig auch die nichtorganisierten Arbeitnehmer des tarifgebundenen Arbeitgebers.

Das Buch ist ein Gemeinschaftswerk: *Kamanabrou* hat selbst den zentralen dogmatischen und rechtspolitischen ersten Teil verfasst, der auf guten 100 Seiten die rechtspolitische Forderung nach einer *erga-omnes*-Wirkung begründet, verfassungsrechtlich überprüft, in das Tarifsysteem einordnet und Überleitungsfragen diskutiert. Im zweiten Teil analysiert *Wietfeld* die europa- und völkerrechtlichen Vorgaben; es

---

\* Prof. Dr. *Volker Rieble* ist Universitätsprofessor für Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht sowie Geschäftsführender Direktor des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

<sup>1</sup> Dazu die Entschließungsanträge der Bundestagsdrucksachen (BT-Drucks.) 17/8459, 17/8148, 17/4437.

folgen „Länderberichte“ von *Dopheide* (getrennt für Belgien, Frankreich, Niederlande), *Greve* (Deutschland), *Paßmann* (Irland, Spanien, Vereinigtes Königreich), *Horst/Dörrie* (Italien), *Georges* (Österreich) und sodann „Länderüberblicke“, die aber zum Teil Berichtsintensität aufweisen, und zwar von *Georges* (Dänemark, Finnland, Schweden, Ungarn), *Dopheide* (Griechenland, Luxemburg), *Paßmann* (Polen, Tschechische Republik). Auf insgesamt knapp 400 Seiten erfährt der Leser nicht nur einen vergleichenden Überblick über europäisches Tarifrecht. Freilich: Rechtsvergleichung ist das nicht – sondern insoweit „nur“ ein Sammelband. Funktionale Rechtsvergleichung nämlich setzt voraus, dass ein und derselbe Autor oder ein Autorenteam die funktionalen Unterschiede der Rechtsordnungen analysiert und wertet und daraus übergreifende Schlussfolgerungen zieht. Das ist kein Einwand gegen das Buch, das solchen Anspruch nicht erhebt, sondern sich im Analyseanspruch auf den vermittelnden Überblick beschränkt. Das ist nicht zu kritisieren, zumal nicht wenige, die für sich die rechtsvergleichende Methode behaupten, wenig mehr als eine „überblickende Draufsicht“ ohne Analyseanspruch liefern.

Eine wissenschaftspolitische Anmerkung sei gestattet: *Kamanabrou* lässt ihre Mitautoren selbst zu Wort kommen. Sie nimmt insoweit nur die Herausgeberfunktion wahr. Das ist heutzutage (leider) keine Selbstverständlichkeit – da in den Wissenschaften und gerade im Arbeitsrecht vielfach Assistenten als Geistschreiber für ihren Lehrstuhlherrn missbraucht werden, obschon der Professor den Text bestenfalls nur redigiert hat. Umgekehrt zeigt das Buch, dass die Herausgeberschaft durchaus mehr ist als bloße Ideengeberschaft für einen Sammelband: Die Konzeption eines geschlossenen Werks mehrerer Autoren ist eine eigenständige wissenschaftliche Leistung. *Kamanabrou* darf insofern als Vorbild gelten. Und man kann fragen, ob die in der Abschriftstellerei zum Ausdruck kommende Geltungssucht ohne Arbeitslust womöglich eine männliche Attitüde des Wissenschaftsbetriebs ist.

## II. Das Konzept

Zentral ist der deutschrechtliche Teil, in welchem *Kamanabrou* in 17 Paragraphen (deren Anzahl die Notwendigkeit schärferer Gliederung impliziert) ihre Konzeption rechtspolitisch begründet, verfassungsrechtlich legitimiert und einfachrechtlich auf Belastbarkeit und Folgeprobleme, also auf Funktionalität hin untersucht:

### 1. Prämisse

Die Einführung ist wie so oft überflüssig. Leider bleibt die im Vorwort errichtete These, die „Tarifautonomie in Deutschland ist ein Erfolgsmodell, das ... zu einer sinnvollen Gestaltung der Arbeitsbedingungen erheblich beigetragen hat“ als Behauptung, ja als Bekenntnis stehen. Wissenschaftlich setzte eine solche These erstens voraus, dass man Maßstäbe für „Erfolg“ und für die „Sinnhaftigkeit“ der Arbeitsbedingungen hätte. Zweitens müsste man sodann sagen können, inwieweit „die Tarifautonomie“ welche Verursachungsbeiträge zu welcher Gestaltung von Arbeitsbedingungen geleistet hat und man müsste fragen, ob nicht unterschiedliche Tarifpolitik in unterschiedlichen Branchen (etwa Metall versus Chemie) verschiedene Sinnhaftigkeitsbewertungen tragen. Und man müsste wissen, inwieweit Tarifautonomie für positive und negative Marktfolgen (Produktivität, Arbeitslosigkeit, „Vertreibung“ unrentabler Produktion ins Ausland, geschlechterungleiche Bezahlung, aber auch

Stabilität der Realwirtschaft in der Finanzkrise) „verantwortlich“ ist. Auch müsste man die Frage nach dem Tarifversagen, etwa in extremen Niedriglohnbranchen, stellen, bei denen sich Gewerkschaften nicht zu schade sind, Löhne unterhalb von 6 € zu tarifieren. Auch die in vielen Tarifverträgen nach wie vor praktizierte Altersdifferenzierung (Unkündbarkeit, Verdienstsicherung), die sich für Bewerber ab 55 zum diskriminierenden Einstellungshindernis verdichtet, muss man nicht als „sinnvoll“ erachten.

All das kann man nicht wissen, weil eine alternative Wirklichkeit ohne Tarifautonomie oder mit anderen Tarifverträgen nicht zum Vergleich bereit steht. Immerhin gibt es Großunternehmen wie SAP, die ganz ohne Tarifvertrag Arbeitsbedingungen geschaffen haben, die von den Mitarbeitern als rundweg akzeptabel angesehen werden. Und der deutliche Trend zur Tariffreiheit der Unternehmen<sup>2</sup> zeigt, dass man ohne Tarifvertrag gut leben kann – dass es also eine „sinnvolle Gestaltung des Arbeitslebens“ auch ohne Tarifvertrag gibt. Allerdings ist in Deutschland die Auffassung verbreitet, dass möglichst viele Arbeitsverhältnisse vom Tarifvertrag erfasst werden sollen – ohne dass dafür aber ein nachvollziehbarer Sachgrund angegeben wird. Tarifgehorsam erscheint als Selbstzweck. Dass Tariffreiheit auch zur Erprobung anderer (und nicht notwendig schlechterer) als der tariflichen Arbeitsbedingungen sinnvoll sein kann, gerät aus dem Blick – weil die Freiwilligkeit der Tarifbindung nicht mehr als Akzeptanzzeichen verstanden wird.

Jede Bewertung der „sinnvollen Gestaltung der Arbeitsbedingungen“ setzt im Kern festes Wissen über Alternativzustände voraus und normative Maßstäbe, die es nicht gibt: Wüsste eine zentrale Tarifbewertungsstelle, welche Arbeitsmarktzustände sinnvoll und richtig sind, dann bräuchte man keine Tarifautonomie, die zentrale Arbeitsbedingungsplanung genügt. Planwirtschaft scheitert indes am fehlenden Wissen.

Insofern steht die Untersuchung zunächst unter dem unheiligen Stern der Tariffreligion, die glaubt ohne zu wissen. Sie hält Tarifverträge und Tarifbindung schlechthin für „gut“, „sinnvoll“ und „erstrebenswert“. Dagegen setzt das Tarifsysteem auf Autonomie: Arbeitgeber und Arbeitnehmer entscheiden selbst, ob die Tarifparteien aus ihrer Sicht „sinnvolle“ Arbeitsbedingungen hervorbringen. Schwindende Organisationsgrade auf beiden Seiten und die daraus resultierende nachlassende Tarifbindung sind zunächst hinzunehmende, ja positiv zu billigende Entscheidungen – weil doch Arbeitnehmer und Arbeitgeber selbst am besten wissen müssen, welche Arbeitsbedingungen sie wollen. Dass alimentierte Abgeordnete, Richter und Wissenschaftler hier die bessere Erkenntnis für sich gepachtet haben, obschon sie die Folgen ihrer Wertung nicht ertragen müssen, bedeutet einen erkenntnisfremden Paternalismus.

## 2. Zentral: Legitimation

Die zentrale Frage, der sich jede *erga-omnes*-Wirkung stellen muss, ist die nach der verfassungsrechtlichen Legitimation der Tarifwirkung auf die „Außenseiter“, also diejenigen, die den tarifschießenden Verbänden die privatautonome Legitimation der Mitgliedschaft verweigern: Hat doch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) eine strikte Alternativität von staatlich-demokratischer und privatautonomer Legitimation

---

<sup>2</sup> Dazu *Ellguth/Kohaut*, WSI-Mitteilungen 2011, 242; *Heinbach*, Wirtschaft und Statistik 2010, 300 ff.; *Schnabel*, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA), Beilage 2/2011, S. 56.

der Tarifgeltung formuliert<sup>3</sup> und insbesondere geschlossen, dass eine dynamische Verweisung von Gesetzen auf Tarifverträge unzulässig sein müsse<sup>4</sup>. Diese Diskussion berichtet *Kamanabrou* S. 64 ff. freilich mit merkwürdiger Anbindung an den Facharztbeschluss des BVerfG<sup>5</sup>, der doch die ganz anders geartete funktionale Selbstverwaltung in öffentlichen Körperschaften mit Zwangsmitgliedschaft zur „berufsständischen“ Selbstregelung betrifft. Der Ärztekammer vergleichbar sind im Arbeitsrecht doch nur die Arbeiterkammern in Bremen und im Saarland, die ihrerseits gerade keine Tarifverträge schließen dürfen, um nicht den freien Gewerkschaften staatliche Verdrängungskonkurrenz zu machen<sup>6</sup>. Im Übrigen bleiben neuere Erkenntnisse zur Selbstverwaltungskörperschaft ausgeblendet<sup>7</sup> – und dadurch auch die funktionale Nähe der Selbstverwaltung zur Mitbestimmung<sup>8</sup>, die den Widerspruch noch offenkundiger macht. Der Heimarbeitsausschuss mit seiner hoheitlichen Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen unter tarifsimulierender Beteiligung der Verbände<sup>9</sup> ist solche Selbstverwaltung – und verwirklicht gerade keine Tarifautonomie, sondern eine von ihr grundverschiedene „Sozial-Autonomie“<sup>10</sup>, die gerade keine kollektive Selbstbestimmung mehr bedeutet.

Nun kann man daran zweifeln, ob das BVerfG seine damalige dogmatische Striktheit heute noch aufrechterhielt: Das Gericht ist ersichtlich von großer Unlust in der Befassung mit Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie getragen und winkt so ziemlich alles durch – mit fadenscheinigen Begründungen und ohne die frühere Rechtsprechung aufzugreifen. So geschah es mit der Tariftreue<sup>11</sup>, die das BVerfG durch die „freiwillige“ Unterwerfung der Auftragnehmer unter die Marktmacht des Staates gedeckt sah, und insbesondere mit der Entgeltgleichstellung in der Zeitarbeit – die ja gerade eine dynamische Verweisung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) auf die (auch tariflichen) Arbeitsbedingungen der Stammbeslegschaft bedeutet<sup>12</sup>. Eben diese inhaltliche und konzeptionelle Leere nutzt das Bundesarbeitsgericht (BAG) zu einer Ideologiewende: „Einiges spricht dafür, dass die Arbeitsverfassung der Bundesrepublik nach ihren rechtlichen Rahmenbedingungen und im Verständnis der Rechtsprechung auf einer umfassenden Regelungsaufgabe der Tarifvertragsparteien aufbaut, die sich auf die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer richtet, die in demjenigen Ausschnitt des Arbeitslebens beschäftigt sind, für den die

<sup>3</sup> Zur Allgemeinverbindlicherklärung Bundesverfassungsgericht (BVerfG) 24.5. 1977 – 2 BvL 11/74, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 44, 322, 345 ff; BVerfG 15.7. 1980 – 1 BvR 24/74, 439/79, BVerfGE 55, 7 ff.

<sup>4</sup> Bergmanns-Versorgungsschein-Entscheidung, BVerfG 14.6. 1983 – 2 BvR 488/80, BVerfGE 64, 208, 213 ff = Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1984, 1225.

<sup>5</sup> BVerfG 9.5. 1972 – 1 BvR 518/62 und 308/64, BVerfGE 33, 125 = NJW 1972, 1504.

<sup>6</sup> BVerfG 18.12. 1974 – 1 BvR 430/65 und 259/66, BVerfGE 38, 281, 303.

<sup>7</sup> BVerfG 5.12. 2002 – 2 BvL 5/98, BVerfGE 107, 59, 98 = Juristenzeitung (JZ) 2003, 1057; instruktiv auch *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, 1993, insbesondere S. 425 ff.

<sup>8</sup> Vgl. BVerfG 24.5. 1995 – 2 BvF 1/92, BVerfGE 93, 37 zum schleswig-holsteinischen Mitbestimmungsgesetz.

<sup>9</sup> BVerfG 27.2. 1973 – 2 BvL 27/69, BVerfGE 34, 307 ff. = NJW 1973, 1320 ff.

<sup>10</sup> Zu ihr *Rittner*, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 188 (1988), 101, 130 f.

<sup>11</sup> BVerfG 11.7. 2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202 = NZA 2007, 42; desavouiert durch die Ruffert-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) 3.4. 2008 – C-346/06, Amtliche Sammlung (Slg.) 2008, I-1989 = Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA) 1 (2008), 526 mit Anmerkung *Seifert* = NZA 2008, 537 (Ruffert).

<sup>12</sup> BVerfG 29.12. 2004 – 1 BvR 2283/03 und andere, NZA 2005, 153.

Verbände in ihren Satzungen ihre sachliche Zuständigkeit in Anspruch nehmen.“<sup>13</sup> Daran darf man skurril finden, dass der Tarifsenaat diese „umfassende Regelungsaufgabe“ zur Rechtfertigung für selektive Differenzierungsklauseln nimmt.

Damit wird die Rückkehr zu einer „berufsorganschaftlichen“ Stellung der Gewerkschaften<sup>14</sup> vorbereitet – die jedenfalls die Arbeitnehmerverbände berufsständisch sieht und als intermediäre Mächte installiert, die weder von „oben“ durch den Staat noch von „unten“ durch die Arbeitnehmer kraft Mitgliedschaft legitimiert sind. Bezeichnend ist, dass die Rechtswissenschaft die soziologische Intermediaritätsdiskussion<sup>15</sup> ausblendet, sich der Erkenntnis verweigert, dass eine Arbeiterklassenrepräsentation eben die „freie soziale Gruppenbildung“ des Art. 9 Grundgesetz (GG) und die Absage an „ständisch-korporative Ordnungen“<sup>16</sup> in ihr Gegenteil verkehrt. *Kamanabrou* berichtet S. 43 ff. über die Tarifautonomie als „Aufgabe im öffentlichen Interesse“ – bezieht aber letztlich keine Position (S. 54), sondern verschiebt die Prüfung in das eigentliche legitimatorische Problem, ob es eine „Freiheit vor Normsetzung durch Tarifparteien“ gebe (S. 55 ff.). Dagegen ist einzuwenden, dass die Legitimations- und Freiheitsfrage nicht vom Systemverständnis abgekoppelt werden kann.

Nun also müsste es zum Schwur kommen: Darf die Rechtsordnung überhaupt Tarifverträge für Nichtgewerkschaftsmitglieder gelten lassen? Auch dieser Zentralfrage des kollektiven Arbeitsrechts weicht *Kamanabrou* überaus elegant aus – indem sie eine sekundäre privatautonome Legitimation sucht und darin findet, dass die Tarifierstreckung auf tariffreie Arbeitnehmer dispositiv ausgestaltet sein soll, so dass sich die von normativer Tarifgeltung verschonten Arbeitsvertragsparteien durch den Verzicht auf eine vom Tarifvertrag abweichende Regelung der Arbeitsbedingungen letztlich der fremden Tarifmacht „unterwerfen“. Auch insoweit klingt die AÜG-Entscheidung des BVerfG mit: Das Gericht hat die Tarifautonomie als kollektive Selbstbestimmung gerade deswegen als nicht verletzt angesehen – weil die Entgeltgleichstellung doch tarifdispositiv sei. Auch das lässt sich bemäkeln: Jedes dispositive Recht schafft eine Abänderungslast und ist auch insofern legitimationsbedürftig. Schon die unmittelbare und nicht erst die zwingende Tarifgeltung ist rechtfertigungsbedürftig. Das sieht *Kamanabrou* auch (S. 88 f.), meint aber, der Arbeitnehmer werde in seiner Vertragsfreiheit „nicht unzulässig beschränkt“. Kurz zuvor hingegen führt die Autorin aus, dass die Dispositivität das Legitimationserfordernis ausschalte: „Wer von der tariflichen Regelung auch nach unten abweichen kann ... wird nicht fremder Rechtsetzung ausgeliefert“ (S. 84). Gemeint ist damit: Er erfährt durch eine gesetzlich angeordnete dispositive Tarifgeltung nicht mehr Fremdbestimmung als durch den Arbeitgeber, der ihm eine Bezugnahme Klausel aufzwingt. Indes: Die „Fremdbestimmung“ durch den Arbeitgeber ist durch die vertragsrechtliche Unterwerfung des Arbeitnehmers gedeckt – die von *Kamanabrou* vorgeschlagene gesetzliche, unmittelbare aber dispositive Tarifgeltung hingegen kommt vom Staat und ist eine dynamische Verweisung des Gesetzes auf den Tarifvertrag – ohne dass der Staat die Verantwortung für den Tarifinhalt übernimmt. Deutlich wird das, wenn man sich vorstellt, dass der Tarifvertrag völlig neuartige Arbeitsbedingungen regelt: Im Rahmen der vertragsrechtlichen Be-

---

<sup>13</sup> Bundesarbeitsgericht (BAG) 18.3.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028 Rn. 79, dazu *Kamanabrou* (Hrsg.), *Erga-omnes-Wirkung von Tarifverträgen*, 2011, S. 47 f.

<sup>14</sup> Zentral: *Wiedemann*, *Recht der Arbeit* (RdA) 1969, 321 ff.

<sup>15</sup> Einerseits *Müller-Jentsch*, *Arbeit und Bürgerstatus*, 2008, S. 51 ff.; dagegen *Beerhorst*, *Industrielle Beziehungen* 2005, 179 ff.

<sup>16</sup> Mitbestimmungsurteil des BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 und andere, BVerfGE 50, 290, 353 = NJW 1979, 699, 705 f.

zugnahme ist dann zu fragen, ob dieser Tarifinhalt völlig außerhalb jeglicher Erwartung liegt und also vom Vertragswillen und damit von der privatautonomen Geltungslegitimation nicht umfasst ist<sup>17</sup>; die gesetzliche Verweisung hingegen unterwirft den „Außenseiter“ auch dem schlechthin unvorhersehbaren Tarifinhalt – ohne dass eine staatliche Stelle über die Tarifentwicklung und deren Zumutbarkeit gegenüber den Normunterworfenen wacht. Außerdem konstituiert die unmittelbare Tarifwirkung gegenüber gewerkschaftsfreien Arbeitnehmern eine Verschlechterungsregelungsbefugnis der Tarifparteien – der die Arbeitnehmer nur ausweichen können, wenn sich ihr Arbeitgeber zur günstigeren Vereinbarung bereit findet. Für die Verschlechterung tariflicher Arbeitsbedingungen in Sanierungstarifen zulasten der gewerkschaftsfreien Arbeitnehmer ist das nicht relevant, weil die Arbeitnehmer nur den „unverdienten“ Tarifvorteil einbüßen. Für sie gilt: „wie gewonnen, so zerronnen“.

Überaus problematisch dagegen ist die tarifliche Eingriffsbefugnis, soweit tarifdispositives Gesetzesrecht genutzt und dem Arbeitnehmer der Schutz gesetzlicher Arbeitsbedingungen genommen wird – etwa durch Entzug der nach Betriebsübergang transformierten bisherigen kollektivrechtlichen Arbeitsbedingungen durch einen Tarifvertrag mit einer anderen Gewerkschaft: Hier könnte dann in der Tat der Fall Nexans<sup>18</sup> praktisch werden: Die bislang vom Tarifvertrag der Industriegewerkschaft (IG) Metall geschützten Mitglieder der IG Metall könnten nach dem Vorschlag von Kamanabrou durch einen Haustarif der Christlichen Gewerkschaft Metall (CGM) des Betriebserwerbers mit *erga-omnes*-Wirkung von ihren bisherigen Tarifbedingungen „befreit“ werden. Diesen Fall hat Kamanabrou nur oberflächlich gestreift (S. 104) und konstatiert lapidar: „Es kommt nicht darauf an, ob und in welcher Gewerkschaft die übergegangenen Arbeitnehmer organisiert sind.“ Ich halte das für verfassungswidrig: weil die CGM nicht legitimiert ist, den Mitgliedern der IG Metall den Tarifschutz nach Betriebsübergang zu entziehen. Überdeutlich zeigt sich das Legitimationsdefizit der *erga-omnes*-Wirkung: Mit welchem Recht unterstellt der Staat die tariffreien Arbeitnehmer einer unkontrollierten dynamischen Tarifherrschaft – der der Arbeitnehmer nur durch ein gnadenhaftes Entgegenkommen des Arbeitgebers entgegen kann.

Letztlich scheitert an dieser Stelle die Grundthese Kamanabrous: Eine gesetzliche Tariferstreckung mag zwar in vielen Fällen nicht anders wirken als die Klauselpraxis der Bezugnahme. Aber gerade dann, wenn es darauf ankommt, sind die Arbeitnehmer der staatlichen Tariferstreckung schutzlos ausgeliefert – wohingegen das Vertragsrecht und insbesondere die Kontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der vom Arbeitgeber verwendeten Bezugnahme Klausel die schutzbedürftigen und -würdigen Arbeitnehmer vor Exzessen der Dynamik bewahren kann – und insbesondere vor dem verschlechternden Tarifvertrag einer fremden Gewerkschaft<sup>19</sup>. Und

---

<sup>17</sup> Zentral: Löwisch, NZA 1985, 317; ähnlich BVerfG 23.4. 1986 – 2 BvR 487/80, BVerfGE 73, 261 = NJW 1987, 827 (Hausbrandkohle) für die Selbstbindung des Arbeitgebers durch einen Sozialplan: „Unter diesem verfassungsrechtlichen Gesichtspunkt bestehen Grenzen für die Auslegung von Verweisungen rechtsgeschäftlicher Art nur insoweit, als diese nicht in einer Weise ausgedehnt werden dürfen, die für die Parteien des Rechtsgeschäfts zum Zeitpunkt seines Abschlusses keineswegs mehr vorhersehbar war.“ So auch Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, 3. Aufl. 2012, § 3 Rn. 539. Gegenauffassung etwa bei Oetker, in: Wiedemann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 7. Aufl. 2007, § 3 Rn. 307, aber ohne Rücksicht auf die vertragsrechtliche Legitimation; offen gelassen BAG 24.9. 2008 – 6 AZR 76/07, NZA 2009, 154 Rn. 21 mit weiteren Nachweisen.

<sup>18</sup> Unterhinninghofen, Arbeit und Recht (AuR) 2006, 7.

<sup>19</sup> Gerade hierzu Löwisch/Rieble (Fn. 17), § 3 Rn. 623 ff.

gerade darin zeigt sich der Legitimationsverlust durch den vermeintlich harmlosen Austausch der Rechtsquelle. Hier die Augen zu verschließen und die vom Veto des Arbeitgebers abhängige Disposition als Ersatzlegitimation genügen zu lassen, ignoriert letztlich den Rechtscharakter auch dispositiver Normen.

Eine hinreichende Alternative, die das Konzept *Kamanabrou* aufnimmt aber die Legitimationsdogmatik achtet, lässt sich mit Blick auf § 612 Abs. 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) entwickeln. Jene Auslegungsregel schafft kein dispositives Recht mit Abbedingenslast, sondern geht (nur) einem vermuteten Parteiwillen nach<sup>20</sup>. Insofern lässt sich angesichts der arbeitsrechtlichen Bezugnahmepraxis durchaus „vermuten“, dass ein tarifgebundener Arbeitgeber seinen tariffreien Arbeitnehmern eine Bezugnahme Klausel zumuten will und dass diese in aller Regel damit einverstanden sind, weil sie so an der Tarifentwicklung teilhaben. Freilich braucht eine solche Vermutungsregel eine gesetzliche Grundlage – durch Richter-„Recht“ lässt sie sich nicht schaffen. Und man kommt so auch nicht zu einer unmittelbaren Normwirkung des Tarifvertrags, weil die Bezugnahme den jeweiligen Tarifinhalt nur zum Regelungsgehalt des Arbeitsvertrags macht. Wer eine echte normative unmittelbare Wirkung kraft Bezugnahme will, der muss in das TVG eine rechtsgeschäftliche Unterwerfung unter die Tarifmacht nach Schweizer Vorbild (Art. 356b Abs. 1 Obligationenrecht [OR]) einfügen, die dann der Rechtswahl des Internationalen Privatrechts (IPR) entspräche: Tarifvertrag als gewähltes Arbeitsbedingungsrecht<sup>21</sup>.

Insofern ist darauf hinzuweisen, dass der 1. Senat des BAG inzwischen einen „erstaunlichen“ Weg in Richtung des Vorschlags von *Kamanabrou* geht: Die tarifliche Vergütungsordnung soll zugleich betriebliche sein, so dass der Arbeitgeber zwar den tariffreien Arbeitnehmern nicht den Tariflohn schuldet (damit mutierten Tarifentgeltregeln zu Betriebsnormen), wohl aber auf das Entgeltgefüge, die Verteilungsgerechtigkeit und damit den Abstand der tariflichen Vergütungsgruppen<sup>22</sup>. Kurz: Der Arbeitgeber ist auf die tarifliche Entgeltstruktur auch für die tariffreien Arbeitnehmer verwiesen und muss diese sogar nach dem Tarifvertrag eingruppiert. Das BAG definiert freihändig eine betriebsverfassungsrechtliche Schutzlücke und folgert daraus eine partielle Erstreckung der tariflichen Entgeltnormen. Diese „erstaunliche“ Rechtsprechungsentwicklung ist die logische Folge aus der dogmatisch ebenso unhaltbaren Nachwirkungsverstärkung über § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG<sup>23</sup> – selbst wenn die Tarifparteien die Nachwirkung ausgeschlossen haben<sup>24</sup>. Früher hat man gefragt, ob Richterrecht neben kognitiven auch volitive Elemente enthalten dürfe. Heute genügt der blanke Wille – Erkenntnis ist nicht mehr erforderlich. Insofern hätte *Kamanabrou*

---

<sup>20</sup> Eingehend zu den Unterschieden: *Larenz*, NJW 1963, 737 und schon von *Tuhr*, Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II/1, 1914, S. 186 ff.: „Der Unterschied des auslegenden und ergänzenden Rechts ist logisch unverkennbar: die Auslegungsregel fixiert den Sinn einer Parteierklärung: ihr Inhalt gilt als Wirkung des richtig verstandenen rechtsgeschäftlichen Willens. Das ergänzende Recht gilt als Vorschrift des Gesetzes; nicht weil die Parteien die Rechtswirkung gewollt haben, sondern weil sie es unterlassen haben, eine abweichende Bestimmung zu treffen.“ Weiter *Flume*, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, S. 324 f.

<sup>21</sup> Zum Streitstand um die Rechtsnatur der Bezugnahme *Löwisch/Rieble* (Fn. 17), § 3 Rn. 509 ff.

<sup>22</sup> BAG 18.10. 2011 – 1 ABR 25/10, NZA 2012, 392.

<sup>23</sup> BAG 14.4. 2010 – 7 ABR 91/08, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht (NZA-RR) 2011, 83; BAG 15.4. 2008 – 1 AZR 65/07, NZA 2008, 888. Zur dogmatischen Kritik: *Caspers*, Festschrift Löwisch, 2007, S. 45; *Jacobs*, Festschrift Säcker, 2011, S. 201; *Reichold*, Festschrift Konzen, 2006, S. 763; *derselbe*, RdA 2011, 311.

<sup>24</sup> BAG 11.1. 2011 – 1 AZR 310/09, Arbeitsrechtliche Praxis (AP) Nr. 137 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

Vorschlag den Vorteil für sich, dass die Tariferstreckung auf ein rechtliches Fundament gestellt würde und damit dem BAG in seiner Schutzeuphorie dogmatischer Halt gegeben wäre.

### 3. Überwindung der Bezugnahmeklauselschwächen

Richtig weist *Kamanabrou* auf die Folgeprobleme hin, vor allem, dass sich schuldvertragsrechtliche Bezugnahmeklausel und Tarifbindung auseinanderentwickeln können: Verweist die Bezugnahmeklausel auf einen anderen Tarifvertrag als den normativ geltenden, so treten erhebliche Friktionen auf, die entweder zur Zweiteilung der Belegschaft oder aber zur „Beschränkung“ der normativen Tarifgeltung führen:

- In den Arbeitsverhältnissen der tariffreien Mitarbeiter kann von vornherein nur der in Bezug genommene Tarifvertrag „gelten“ – und damit womöglich ein anderer als derjenige, der in den Arbeitsverhältnissen der Tarifgebundenen gilt.
- In den Arbeitsverhältnissen der tarifgebundenen Arbeitnehmer wirkt zunächst der normativ geltende Tarifvertrag, der aber nach dem Günstigkeitsprinzip von dem in Bezug genommenen verdrängt werden kann. Für die Anwendung des Günstigkeitsprinzips ist dann umstritten, ob der Vergleich traditionell sachgruppenbezogen erfolgt oder ob der in Bezug genommene Tarifvertrag insgesamt, also in jeder einzelnen Arbeitsbedingung, günstiger sein muss<sup>25</sup>. Bejaht man Letzteres, ist keines der beiden Tarifwerke mehr geschlossen anzuwenden – sondern vielmehr ein changierender Flickenteppich auf Regelungselementen des normativ geltenden Tarifvertrags und des anderen in Bezug genommenen Tarifvertrags.

Zu einem solchen „Auseinanderlaufen“ kommt es vor allem im Fall des Tarifwechsels: Wenn also tarifrechtlich ein neuer Tarifvertrag an die Stelle des bisherigen tritt – und die Bezugnahmeklausel diesen „Tarifschwank“ nicht nachvollzieht, sondern weiter auf das bisherige Tarifwerk verweist. Welche kleine oder große Dynamik eine Bezugnahmeklausel in welcher Wortfassung nachvollzieht, ist recht umstritten – und kaum vorhersagbar<sup>26</sup>.

Getoppt wird das aber noch durch jüngere Irrungen der Bezugnahmerechtsprechung des Tarifsensats, die niemand und auch *Kamanabrou* nicht vorhersehen konnte: Im Rahmen der ergänzenden Auslegung von Bezugnahmeklauseln im Fall sogenannter „Tarifsukzession“, also des Entfalls eines explizit in Bezug genommenen Tarifwerks. Exquisit ist die Telekom-Entscheidung<sup>27</sup>: Die mehrstufige Tarifersetzung im Rahmen der Postreform soll sich nach dem BAG wie folgt entwickelt haben: Die erste „Sukzession“ von den Posttarifverträgen auf die Telekomtarifverträge soll die Bezugnahmeklausel kraft ergänzender Auslegung nachvollziehen. Dass dann aber die Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di) in den zwischenzeitlich ausgegliederten Tochterunternehmen der Telekom mit Haustarifverträgen die Arbeitsbedingungen weiter abgesenkt habe – das sei vom richterlich postulierten ergänzenden Bezugnahmewillen nicht mehr gedeckt. So sperrt die Bezugnahmeklausel dann jeden Sanierungstarifvertrag: weil das Günstigkeitsprinzip die besseren alten tariflichen Arbeitsbedingungen aus dem alten Bezugnahmestand gegen die von der Gewerkschaft legi-

<sup>25</sup> *Franzen*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK)*, 12. Aufl. 2012, § 4 TVG Rn. 37.

<sup>26</sup> *Dazu Löwisch/Rieble* (Fn. 17), § 3 Rn. 589 ff. mit weiteren Nachweisen.

<sup>27</sup> BAG 6.7. 2011 – 4 AZR 706/09, NZA 2012, 100.



timierte Verschlechterung deckt. Die Klauselauslegung durch das BAG schafft also einen (vorerst) tariffesten Besitzstand an tariflichen Arbeitsbedingungen.

Solchen Friktionen begegnet die von *Kamanabrou* befürwortete „eingeschränkte erga-omnes-Wirkung“ – also die dispositiven Tarifgeltung für tariffreie Arbeitnehmer des tarifgebundenen Arbeitgebers effektiv: Sie schaltet das Nebeneinander von Bezugnahme Klausel und Tarifvertrag ab und sorgt für Synchronisierung der Arbeitsbedingungen nach einem einheitlichen Tarifstandard und schafft eine klare Rechtsgrundlage.

Letztlich macht der Vorschlag das Tarifsysteem sogar attraktiver: Die fortwährenden Bemühungen des BAG, Tarifbindung und Tarifgeltung zu stabilisieren, also den Arbeitgebern die Abkehr vom Tarifvertrag nachhaltig zu erschweren, hat einen deutlichen Abschreckungseffekt für jene Unternehmen, die noch tariffrei sind. Von der obskuren Verbindung zur Abwehr des Blitzaustritts<sup>28</sup> über die gezielte Erschwerung der Mitgliedschaft ohne Tarifbindung (OT) mit abschreckendem Rechtsrisiko<sup>29</sup> bis hin zur Gewerkschaftshilfe durch einfache Differenzierungsklauseln<sup>30</sup> erleidet der einmal tarifgebundene Arbeitgeber doch erhebliche Rechtslasten und Rechtsrisiken. Damit wird die Freiwilligkeit der die Tarifgeltung legitimierenden Mitgliedschaft entwertet. Für jeden Arbeitgeber, den das BAG durch Druck bei der Tarifstange hält, gibt es mindestens einen, der den Zugang zum Tarifsysteem scheut. Eine klare und saubere und rechtssichere gesetzliche Definition der Außenseiterwirkungen von Tarifverträgen könnte Tarifverträge als Regelungsinstrument rechtssicherer machen.

#### 4. Erga-omnes und Betriebsnormen

Nicht recht durchdacht ist das Verhältnis zu den Betriebsnormen des § 3 Abs. 2 TVG. Während *Kamanabrou* es S. 19 noch für möglich hält, dass die Abgrenzung bei einer *erga-omnes*-Wirkung entfiere – weil diese letztlich die Individualnormen zu Betriebsnormen mache, stellt sie S. 96 ff. richtig fest, dass die von ihr vorgeschlagene Dispositivität der *erga-omnes*-Wirkung dann doch einen erheblichen Unterschied macht. Dass die Reichweite der Betriebsnormen mit Blick auf die „neue“ Tarifpluralität enger gesehen werden muss<sup>31</sup>, entschärft das Problem nur beschränkt.

*Kamanabrou* diskutiert deshalb die Frage, ob sich die vorgeschlagene *erga-omnes*-Wirkung auf Individualnormen beschränken soll – so dass die Betriebsnormen wie bisher zwingend für die betroffene Belegschaft gelten – oder ob die dispositive *erga-omnes*-Wirkung die zwingenden Betriebsnormen zum Teil überflüssig macht, weil die Disposition über die Folgewirkung der Betriebsnorm im Einzelarbeitsverhältnis erträglich sei. Immerhin wird auch bislang schon diskutiert, ob nicht manche Betriebsnormen über das Günstigkeitsprinzip ihrerseits in der Folgewirkung im Individualarbeitsverhältnis halbseitig dispositiv sind<sup>32</sup>. Letztlich weicht die Autorin aber der Antwort aus und hält beide Varianten für denkbar.

---

<sup>28</sup> BAG 20.2. 2008 – 4 AZR 64/07, NZA 2008, 946; BAG 4.6. 2008 – 4 AZR 419/07, NZA 2008, 1366; BAG 26.8. 2009 – 4 AZR 285/08, NZA 2010, 230; zur Kritik etwa *Jacobs/Krois*, Festschrift Reuter, 2010, S. 555; *Löwisch/Rieble* (Fn. 17), § 3 Rn. 239 ff. mit weiteren Nachweisen.

<sup>29</sup> BAG 26.8. 2009 – 4 AZR 294/08, NZA-RR 2010, 305.

<sup>30</sup> BAG 18.3. 2009 – 4 AZR 64/08 (Fn. 13).

<sup>31</sup> Instrukтив *Krebber*, RdA 2011, 23, 28 ff.

<sup>32</sup> *Löwisch/Rieble* (Fn. 17), § 4 Rn. 507 ff. mit weiteren Nachweisen.

## 5. Differenzierungsklauseln

Wenn das Gesetz die Tarifbezugsnahme entweder dispositiv vorgibt oder aber einen entsprechenden Regelungswillen unterstellt, dann ist es um die skurrile Differenzierungsklauselrechtsprechung des BAG<sup>33</sup> geschehen, die dem tarifgebundenen Arbeitgeber und dem tariffreien Arbeitnehmer auslegend und konträr zur Unklarheitenregel unterstellt, sie wollten dem Arbeitnehmer bestimmte Sondervorteile für Gewerkschaftsmitglieder vorenthalten. Denn wenn die Arbeitsvertragsparteien eine Tarifgleichstellung wollen, dann wollen sie diese ganz und dies nicht zur Differenzierungsdisposition der Gewerkschaft stellen. Ganz entgegengesetzt meint allerdings *Kamanabrou*, Differenzierungsklauseln seien dann erst recht zulässig – schon um die Gewerkschaftsbelastung abzumildern, die darin liegt, dass die Tarifierstreckung den Tariferfolg ohne Mitgliedschaft ermöglicht (S. 93 f.). Das wiederum läuft angesichts der Differenzierungspraxis darauf hinaus, dass Sanierungstarife, die der Arbeitgeber durch eine Differenzierungsklausel erkaufen muss („Schutzgelderpressung“<sup>34</sup>), den gewerkschaftsfreien Arbeitnehmern durch die Kombination der Tarifabsenkung mit der Differenzierungsklausel ein höheres Sanierungsopfer abverlangen. Das ist schlechthin funktionswidrig.

## III. Fazit

*Kamanabrou* hat ein gutes Buch vorgelegt, das die dem Tarifsysteem anhaftenden Grundfragen aufwirft und aus moderner Sicht beleuchtet. Ihr Weg entspricht dem Zeitgeist: Deutschrechtliche dogmatische Grunderkenntnisse werden durch den Blick über den Grenzzaun relativiert und zurückgelassen. Am deutschen Tarifwesen muss die Welt nicht genesen. Wenn andere Tarifordnungen eine *erga-omnes*-Wirkung kennen, gibt es keinen Grund, das in Deutschland nicht auch zu verfolgen. Während im Privatrecht nur die Funktionssystematik des BGB erodiert, sind im Tarifrecht verfassungsrechtliche Fragen betroffen – so dass die „Neuinterpretation“ tarifrechtlicher Grundfragen zugleich eine Uminterpretation der Vorgaben des GG mit Tarifautonomie, Rechtsstaatsprinzip und Vertragsfreiheit erfordert. Ob man diesen Weg gehen will, das muss intensiv diskutiert werden. Dass Art. 153 Abs. 5 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) jede europäische Kompetenz für das Tarifrecht sperrt<sup>35</sup>, hindert die Mitgliedstaaten und also die Bundesrepublik nicht daran, autonom nach einer Konvergenz der Tarifrechtssysteme zu suchen.

Jedenfalls aber ist die Wissenschaft berufen, Systemkohärenz und Anpassungsfähigkeit deutschen Tarifrechts zu untersuchen und praktische Folgeprobleme zu analysieren. Dazu hat *Kamanabrou* einen wesentlichen Beitrag geleistet. Der hier erhobene Widerspruch zeigt, dass die kühne These diskurstauglich ist und also Erkenntnis stiftet.

---

<sup>33</sup> BAG 18.3.2009 – 4 AZR 64/08 (Fn. 13).

<sup>34</sup> *Löwisch/Rieble* (Fn. 17), § 1 Rn. 1853.

<sup>35</sup> Statt vieler *Krebber*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 4. Aufl. 2011, Art. 153 AEUV Rn. 12; *Löwisch/Rieble* (Fn. 17), Grundlagen Rn. 421 f. mit weiteren Nachweisen.