Der Tarifvertrag als kollektiv-privatautonomer Vertrag

Von Professor Dr. *Volker Rieble*, Mannheim

Urheberrechte achten!

		Seite
I.	Die Wiederbelebung eines alten Gedankens	5
II.	Rechtsnormwirkung des Tarifvertrages	8
	1. Als »konstruktiver« Ausgangspunkt	
	2. Privatautonome Tarifvertragswirkung	
	a) Unmittelbare Wirkung	
	b) Zwingende Wirkung	
	c) »Rechts«-Norm	
III.	Die Legitimationsfrage	19
	1. Das Gemeinwohlproblem	
	2. Der Wunsch nach kollektiver Herrschaft durch »Sozialautonomie«	
	3. Tarifautonomie als (kollektive) Privatautonomie	
IV.	Folgen	24

I. Die Wiederbelebung eines alten Gedankens

Eduard Bötticher wäre am 29. 12. 1999 einhundert Jahre alt geworden. Er ist am 31. 3. 1989 gestorben[1]. Die Bedeutung seines wissenschaftlichen Werkes ist vielfach gewürdigt worden, insbesondere mit Ehrungen zu seinem siebzigsten[2], fünfundsiebzigsten[3], achtzigsten[4] und fünfundachtzigsten[5] Geburtstag. Neben dem Zivilprozeßrecht und dem Bürgerlichen Recht hat *Bötticher* im Arbeitsrecht einen dritten Schwerpunkt seiner breiten wissenschaftlichen Arbeit gehabt. Er gehörte zu denjenigen Arbeitsrechtlern, die stets die zivilrechtliche Dogmatik im Auge hatten. So wie er Zivilrecht und Zivilprozeßrecht letztlich als Einheit gesehen hat, so hat er stets versucht, das Arbeitsrecht als Teil des Zivilrechts zu sehen. Mit dem Wunsch nach dogmatischer Schärfe statt bloßer sozialpolitischer Befriedigung ist *Bötticher* für diejenigen, die das Arbeitsrecht und Zivilrecht als Einheit begreifen, ein eindrückliches Vorbild.

An *Bötticher* zu erinnern, ist nicht nur vom Kalendertag veranlaßt; es hat auch einen aktuellen Grund: Daß das Zivilrecht zur Erhellung gerade des kollektiven Arbeits-

1 Ausführliche Würdigung in Band 50 der Hamburger Universitätsreden, Zum Gedenken an Eduard Bötticher (1899–1989), 1991; weiter den Nachruf von *Otto*, RdA 1989, 352.

2 Festschrift für Eduard Bötticher, 1969.

3 Festheft 1 der RdA 1975.

4 Sammelband *Bötticher*, »Gleichbehandlung und Waffengleichheit« – Überlegungen zum Gleichheitssatz.

5 Festheft 1 der ZfA 1985 mit der Würdigung durch *Zöllner* (S. 1 ff.).

rechts (unter Befreiung vom Krypto-Rechtsargument des »kollektiven Wesens«[6]) beitragen kann, hat *Eduard Bötticher* 1964 im Streit um die Rechtsnatur des Tarifvertrages – delegierte staatliche Rechtssetzungsgewalt oder (privat-)autonome vertragliche Regelung – gezeigt: In seiner Schrift »Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht« hat er – im Zuge seiner zivilrechtlichen Untersuchung über die Gestaltungsbeziehung zwischen Gestaltungsberechtigtem und Gestaltungsunterworfenem – den Tarifvertrag als Leistungsbestimmung durch Dritte i. S. v. § 317 BGB »erklärt« und damit einige Schwächen der Vertretungstheorie überwunden.

Das BAG hat sich seinerzeit hiervon nicht beeindrucken lassen und ist der Verbandstheorie gefolgt, die den Tarifparteien ein eigenes Recht zur Normsetzung, also auf Herrschaft über die normunterworfenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber einräumt. Aus dieser verliehenen Verbandsgewalt folgt konsequent die unmittelbare Bindung der Tarifnormen an die Grundrechte. Das war seit der Lohngleichheitsentscheidung vom 15. 1. 1955[7] ständige und nicht mehr hinterfragte Rechtsprechung.

Vor kurzem nun hat ein erstaunlicher Umschwung eingesetzt: Der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat 1998 die Tarifautonomie als kollektive Privatautonomie angesehen, das bis dahin in der Rechtsprechung unangefochtene Dogma der unmittelbaren Grundrechtsbindung des Tarifvertrages beiseitegeschoben und die tarifliche Altersgrenze mit Blick auf die in der Mitgliedschaft des Arbeitnehmers liegende Unterwerfung unter die privatautonome Tarifmacht für rechtmäßig erachtet[8].

Um es vorwegzunehmen: Der Siebte Senat verdient im Ergebnis Zustimmung; die Methode der Rechtsfindung stört, und zwar erheblich. Denn der Senat gibt außer der Grundaussage, die Tarifautonomie sei kollektive Privatautonomie, die Tarifnormen gälten aufgrund der privatautonomen Unterwerfung durch Mitgliedschaft, keine eigenständige Begründung.

Eine Auseinandersetzung mit der bisherigen ständigen Rechtsprechung des BAG, gar die Erwägung, den Großen Senat wegen Divergenz oder grundsätzlicher Bedeutung anzurufen, unterbleibt. Die Entscheidung ist ergebnisorientiert, sie »will« die tarifliche Altersgrenze halten. Auch die vom Senat zitierte neuere Literatur[9] ist fixiert auf die Grundrechtsfrage – sie hat in der Tat das starke, freilich singulär grundrechtsbezogene Argument für sich, daß die Tarifparteien bei ihrer Regelung der Arbeitsbedingungen nicht zugleich grundrechtsberechtigt und grundrechtsverpflichtet sein

---

6 *Scheuerle*, Das Wesen des Wesens, AcP 163 (1964), 429, 434 f., 452, 457 zur Wesens-Argumentation im kollektiven Arbeitsrecht.

7 1 AZR 305/54 – AP Nr. 4 zu Art. 3 GG = NJW 1955, 684.

8 BAG 11. 3. 1998 – 7 AZR 700/96 – EzA § 620 BGB Altersgrenze Nr. 8 = AP Nr. 12 zu § 1 TVG Tarifverträge: Luftfahrt = NZA 1998, 716.

9 *Dieterich*, Die Grundrechtsbindung von Tarifverträgen, FS Schaub (1998), 117 ff.; *Singer*, Anm. zu BAG 6. 5. 1995 = SAE 1997, 213, 215 ff.; ausführlicher: *ders.*, Tarifvertragliche Normenkontrolle am Maßstab der Grundrechte, ZfA 1995, 611; *Söllner*, Grenzen des Tarifvertrags, NZA 1996, 897, 901 ff., der sich aber letztlich nicht entscheiden mag.

können[10]. Mit kritischer am bisherigen Standpunkt festhaltender Literatur[11] setzt sich der Senat jetzt ebensowenig auseinander – so wie das BAG auch früher keinen Drang verspürte, sich mit den Gegnern der unmittelbaren Grundrechtsbindung auseinanderzusetzen[12].

Eine gar tiefgreifende Auseinandersetzung mit der umfangreichen Literatur – von den Anfängen des Tarifrechts (*Lotmar*[13], *Sinzheimer*[14], *Alfred Hueck*[15]) über die Diskussion in den sechziger Jahren (neben *Bötticher* vor allem *Ramm*[16], *Zöllner*[17], *Biedenkopf*[18], *Richardi*[19]) bis hin zu den so anspruchsvollen wie ertragreichen Untersuchungen von *Picker*[20] – unterbleibt. Das entspricht dem neueren Stil der Rechtsprechung des BAG, den *Bötticher* mißbilligt haben würde. Das BAG tut sich und dem Arbeitsleben keinen Gefallen, wenn es – geschichtslos und systemfrei – eine Einzelfrage des Tarifrechtes, hier die nach der Grundrechtsbindung, unbekümmert entscheidet – mit interventionistischem Blick auf das Ergebnis[21]. Es geht mit der Einordnung der Tarifautonomie als kollektive Privatautonomie nicht bloß um ein singuläres Problem, das die

---

10 Etwa *Dieterich*, FS Schaub, S. 120 f.

11 *Schwarze*, Die Grundrechtsbindung der Tarifnormen aus der Sicht grundrechtlicher Schutzpflichten, ZTR 1996, 1; *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht (1992), S. 206 f.; *Kemper*, Die Bestimmung des Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) (1990), S. 67 ff.; trotz »demokratischer« Legitimation für eine Drittwirkung *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht (1997), S. 666 ff.

12 Was *Dieterich*, FS Schaub, S. 118 einräumt, obschon er als Richter des Ersten Senates selbst für den Diskurs mit der Wissenschaft hätte eintreten können. Siehe auch *Schliemann*, Zur arbeitsrechtlichen Kontrolle kollektiver Regelungen, FS Hanau (1999), S. 577, 583 f.

13 Die Tarifverträge zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern, Archiv für Soziale Gesetzgebung und Statistik, 15 (1900), S. 1 ff. = *Lotmar*, Schriften zu Arbeitsrecht, Zivilrecht und Rechtsphilosophie (1992 [Hrsg. Joachim Rückert]), S. 429 ff.

14 Der korporative Arbeitsnormenvertrag, I (1907), II (1908), unveränderter Nachdruck (1977); Ein Arbeitstarifgesetz (1916, unveränderter Nachdruck 1977).

15 Das Recht des Tarifvertrags (1920); Normenverträge, Jherings Jahrbücher, Band 73 (1923), S. 33 ff.

16 Die Parteien des Tarifvertrags (1961).

17 Die Rechtsnatur der Tarifnormen nach deutschem Recht (1966).

18 Grenzen der Tarifautonomie (1964).

19 Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses (1968).

20 Ursprungsidee und Wandlungstendenzen des Tarifvertragswesens. Ein Lehrstück zur Privatautonomie am Beispiel Otto v. Gierkes, in: Gedächtnisschrift Knobbe-Keuk (1997), S. 879 ff.; Die Tarifautonomie in der deutschen Arbeitsverfassung, in: Walter-Raymond-Stiftung (Hrsg.), Tarifautonomie – Informationsgesellschaft – globale Wirtschaft (1997), S. 113 ff.; Die Regelung der »Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen« – Vertragsprinzip oder Kampfprinzip, ZfA 1986, 199. Ähnlich *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (1996), Rn. 1102 ff.

21 Ähnlich die begründungsarme Burda-Entscheidung des BAG vom 20. 4. 1999 – 1 ABR 72/98 – EzA Art. 9 GG Nr. 65, dazu *Rieble*, Die Burda-Entscheidung des BAG, ZTR 1999, 483 ff.

Kontrollmaßstäbe für Tarifnormen allenfalls »ein wenig« verschöbe[22]. Entgegen der weithin herrschenden Auffassung ist das auch kein bloß historischer Streit[23], der wegen § 1 TVG »in der Hauptsache erledigt« sei (*Bötticher*[24]; *A. Hueck*[25]).

Es geht um die grundsätzliche Einordnung der Tarifautonomie und der hinter ihr stehenden Koalitionsfreiheit in das System des kollektiven Arbeitsrechts – mit drei Fragen:

Sind die Koalitionen »von unten« durch die Mitglieder mandatarisch legitimiert oder »von oben« durch den Staat (kraft Delegation oder Ausgestaltung einer Sozialautonomie)?

Wie erklärt sich die normative Tarifgeltung in einem privatautonomen Modell?

Welche Folgen hat eine privatrechtsorientierte Systemzuordnung für die Tarifrechtsanwendung?

II. Rechtsnormwirkung des Tarifvertrages

1. Als »konstruktiver« Ausgangspunkt

Tarifverträge enthalten Rechtsnormen (§ 1 Abs. 1 TVG), die auf das Einzelarbeitsverhältnis unmittelbar und zwingend einwirken (§ 4 Abs. 1 TVG). Diese Qualifikation als Rechtsnorm hat in der Vergangenheit die herrschende Meinung in Richtung der Delegationstheorie gelenkt: Rechtsnormen – also objektives Recht – kann grundsätzlich nur der Staat setzen; ihre Normsetzungsbefugnis können die Tarifvertragsparteien deshalb nur vom Staat erhalten haben. Schon aus dem Grundsatz des »nemo plus iuris ad aliam transferre potest, qua ipse habet« folge, daß die Grundrechtsbindung des Staates (Art. 1 Abs. 1 GG) die normsetzenden Tarifparteien erfaßt; daß diese also zwar nicht als Koalitionen, aber als »beliehene Normsetzer« gebunden sind, die »im öffentlichen Auftrag« die Arbeitsbedingungen zumindest staatsentlastend[26] regeln. Für diese traditionelle Sicht steht heute vor allem *Wiedemann*[27].

---

22 So sieht etwa *Söllner* (Fn. 9), NZA 1996, 901 ff. im Ergebnis keinen Unterschied der Bindungsintensität bei unmittelbarer und mittelbarer Grundrechtsbindung.

23 Etwa *Wiedemann*, in: Wiedemann, TVG, § 1 Rn. 150.

24 Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht (1964), S. 19 f., 23.

25 *Hueck/Nipperdey/Tophoven*, TVG (3. Aufl. 1955), § 1 Anm. 16.

26 So in der Tat noch *Säcker*, Das neue Entgeltfortzahlungsgesetz und die individuelle und kollektive Vertragsfreiheit, AuR 1994, 1, 6 ff.; *Lerche*, Zur Bindung der Tarifnormen an Grundrechte, insbesondere an das Grundrecht der Berufsfreiheit, FS Steindorff (1990), S. 897, 906.

27 Grundlegend: Die deutschen Gewerkschaften – Mitgliederverband oder Berufsorgan? RdA 1969, 321; jetzt in: Wiedemann (Hrsg.), TVG, 6. Aufl. 1999, Einleitung Rn. 87 ff.

Daß das Tarifvertragsgesetz den Theorienstreit erledigt habe, läßt sich nur bei oberflächlicher Betrachtung sagen: Weder gibt es einen allgemeinen Normenbegriff, der jeden Normbefehl notwendig auf staatliche Verleihung zurückführen müßte – im Sinne eines staatlichen Normsetzungsmonopols[28] –, noch hat der Gesetzgeber des Tarifvertragsgesetzes eine derartige konkrete Vorstellung von den tariflichen Rechtsnormen verfolgt[29]. Im Gegenteil ist der »privatautonome Normenvertrag« im Sinne der grundlegenden Arbeit *Alfred Huecks* nur ein Synonym für die »vertragliche Vereinbarung von Geschäftsbedingungen«[30].

Ferdinand Kirchhof[31] hat den Blick darauf gelenkt, daß es »private Rechtsetzung« im Sinne eines privaten Normenbefehles kraft rechtsgeschäftlicher Unterwerfung gibt. Freilich will er entgegen dem Konzept des BGB jede auf künftige »Normsetzung« gerichtete Rechtsgeschäftsmacht – von der Stellvertretung über die Leistungsbestimmung bis zur Satzungsmacht von Verbänden – als heteronome Normsetzung begreifen[32].

Das Gegenteil ist richtig: Die Vertretungsmacht der §§ 164 ff. BGB (und die Verfügungsermächtigung des § 185 BGB) wie die von *Böttticher* betonte Leistungsbestimmung nach §§ 315 ff. BGB beruhen auf der Vorstellung, daß das privatautonome Rechtssubjekt sich autonom einer rechtsgeschäftlichen Fremdbestimmung unterwerfen kann. Eine eingehende zivilrechtliche Untersuchung (für die hier kein Raum ist) müßte freilich Unterschiede im Autonomiegrad konstatieren: Während die gewillkürte Vertretungsmacht grundsätzlich frei widerruflich ist, so daß Möglichkeit zum Widerruf als contrarius actus eine dauerhafte Legitimation begründet, ist der im Dauerschuldverhältnis der Leistungsbestimmung Unterworfene an das vertraglich einmal begründete Gestaltungsrecht dauerhaft gebunden und kann sich von diesem nicht isoliert lösen.

Von besonderem Interesse – mit Blick auf die an die Mitgliedschaft knüpfende Tarifgeltung – ist die *Vereinssatzung*. Ist sie autonomes Rechtsgeschäft oder »objektives« Recht?[33] Die herrschende modifizierte Normentheorie sieht die Satzung in der Gründungsphase als Vertrag unter den Gründern an, der sich, »sobald der Verein ins Leben getreten ist«, in eine korporative Verfassung verwandelt, die als »objektives Recht« unabhängig vom Mitgliederwillen gelte. Das ist für die Qualifikation der Tarifnormen von erheblicher Bedeutung: Diese korporationsrechtliche Wertung beruht auf den Ge-

---

28 Zum Begriff der Normsetzung *F. Kirchhof*, S. 57 ff. mit zahlreichen Nachw., und für die hier interessierende Frage schon *Richardi*, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses (1968), S. 23 ff.

29 *Herschel*, Zur Entstehung des Tarifvertragsgesetzes, ZfA 1973, 183 ff., 187, 192 f.

30 Normenverträge (Fn. 15), S. 36 f., 40, 45, selbst für die einseitige Preiskonvention eines Kartells; s. auch *Jacobi*, Grundlehren des Arbeitsrechts (1927), S. 246 ff.; zusammenfassend *Fastrich*, S. 29 ff.

31 *F. Kirchhof*, Private Rechtsetzung (1987), allgemein S. 93 ff., speziell zum Tarifvertrag S. 184 ff.

32 S. 231 ff., 265 ff., 481 ff.

33 Eingehend MünchKomm/*Reuter* (3. Aufl. 1993), § 25 Rn. 9 ff.

danken *Otto von Gierkes*[34], dessen Gedankengut von *Sinzheimer* in das Tarifrecht übertragen worden ist[35].

Dementsprechend wurde vor der TVVO versucht, die Tarifwirkung vereinsrechtlich herzustellen, indem Gewerkschaft und Arbeitgeber sich in einem gemeinsamen Verband zusammenschlossen, der dann mit Hilfe der Satzung die Arbeitsverhältnisse gestalten sollte[36]. Historisches Beispiel ist die Tarifgemeinschaft deutscher Buchdrucker 1896[37].

Auch die vermeintliche »überindividuelle« Vereinsmacht ändert nichts daran, daß jede Satzungswirkung auf der privatautonomen Legitimation durch Mitgliedschaft beruht und nicht etwa vom Staat delegierend übertragen worden ist. Entscheidend ist die rechtsgeschäftliche Unterwerfung im Aufnahmevertrag und der Verbleib im Verein bei garantierter Austrittsmöglichkeit nach § 39 BGB[38]. So erweist sich die Vereinssatzung als Fall der rechtsgeschäftlich-privatautonomen Normsetzung; der Staat erkennt diese im Rahmen seiner Ausgestaltung der Privatrechtsordnung lediglich an[39].

Hat man sich von dem Vorverständnis gelöst, Normen müßten notwendig auf eine staatliche Legitimation zurückzuführen sein, ist der Weg frei für eine zivilrechtliche Konstruktionslogik des Tarifvertrages. Freilich kann man den historischen Erklärungen vorwerfen, daß sie zu sehr am BGB »geklebt« haben[40]. Das gilt insbesondere für die Vertretungstheorie, die sich stark an die §§ 164 ff. BGB angelehnt hatte und deshalb mit Recht kritisiert wurde, weil weder die eigenen Vertragsrechte der Tarifparteien erklären kann, noch die Vertretung der künftigen Mitglieder – kurz: weil sie die Vertre-

---

34 Dazu *K. Schmidt*, Einhundert Jahre Verbandstheorie im Privatrecht (aktuelle Betrachtungen zur Wirkungsgeschichte von Otto v. Gierkes Genossenschaftstheorie), 1987; *Soergel/Hadding* (12. Aufl. 1988), Vor § 21 Rn. 48 f.; § 25 Rn. 11 ff.

35 *Sinzheimer*, Über einige Grundfragen des Arbeitstarifrechts, FS Reichsgericht IV (1929), S. 1 ff. in Auseinandersetzung mit der Gegenposition *Jacobis*.

36 *A. Hueck*, Normenverträge, Jherings Jahrbücher Band 73 (1923), S. 33, 117 f.; zuvor schon *ders.*, Das Recht des Tarifvertrags (1920), S. 191 ff.; *Rieble* (Fn. 20), Rn. 799 ff.

37 *Fanny Imle*, Die Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern in Deutschland (1907), S. 6 ff.; *Else Heinze*, Die Tarifgemeinschaft als Verein (1918); RG 22. 3. 1911 – I 64/10 – RGZ 76, 25.

38 Auch hierzu *Bötticher*, Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht (1964), S. 29 mit Fn. 39; *Soergel/Hadding*, § 25 Rn. 37; MünchKomm/*Reuter*, § 25 Rn. 11, 26; *van Look*, Vereinsstrafen als Vertragsstrafen (1990), insbesondere S. 60 ff.

39 So MünchKomm/*Reuter*, § 25 Rn. 11; *Reichert*, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, 7. Aufl. (1999), Rn. 282 ff.; ähnlich *Noack*, Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften (1994), S. 101 ff.; zur (richtigen) rechtsgeschäftlichen Satzungsnatur *Hadding*, Korporationsrechtliche oder rechtsgeschäftliche Grundlagen des Vereinsrechts? FS R. Fischer (1979), S. 165 ff.; *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, I/2 Die Juristische Person (1983), S. 315 ff., anders freilich *F. Kirchhof*, Private Rechtsetzung, S. 265 ff., der den »Geltungsbefehl« als Ermächtigung zu heteronomer Normsetzung begreift.

40 Immer noch lesenswerter Überblick bei *Ramm*, Die Parteien des Tarifvertrages (1961), S. 36 ff.

tung »individualistisch« am Einzelarbeitsverhältnis festmache, also den Kollektivvertrag atomisiere.

Das BGB ist aber nicht der Schlußpunkt des Privatrechts. Entscheidend kommt es vielmehr darauf an, ob die Tarifgeltung mit zivilrechtlichen Grundprinzipien, vor allem mit der Privatautonomie vereinbar und deshalb aus ihr heraus erklärbar ist – ob also das Tarifvertragsgesetz sich als mandatarisches System der schuldrechtlichen Regelung von Arbeitsbedingungen begreifen läßt.

Worum es immer und stets nur ging, war die *unmittelbare und zwingende Wirkung* der Tarifnormen. So gesehen ist es aus der Sicht eines »jungen« Arbeitsrechtlers befremdlich, daß die von *Bötticher* beschriebenen »technischen« Konstruktionsschwierigkeiten eine materiale Zuordnung der Tarifautonomie bewirken konnten, die die geschichtliche Entwicklung ebenso ausblendet wie die Funktion der Tarifautonomie. Freilich ist zuzugeben, daß der Erfolg des »von Gierke-Sinzheimer-Modells« eines »überindividuellen«, eben kollektiven Sozialrechts der damaligen Zeit entspricht und lange Zeit auch das Zivilrecht, namentlich das Vereinsrecht, beeinflußt hat[41]. Dieses »Sozialrecht« hat nur eine einzige Funktion: Es will die Verbände und gerade die Tarifparteien zu Trägern des Gemeinwohls machen und ihnen so ein Recht zur Herrschaft über die Individuen und ihre »egoistischen« Einzelinteressen verschaffen. *Picker* hat diese einschneidende Fehlentwicklung jüngst eindrucksvoll kritisch beleuchtet, freilich an etwas abgelegener Stelle[42].

Erstaunen muß dabei, daß die Tarifrechtsexperten zivilrechtliche Parallelerscheinungen kollektiv normierter Vertragsbedingungen ausblenden, obschon jene ohne Tarifvertragsgesetz auskommen müssen. Zentral sind die Normensysteme der Buchverleger – gegenüber dem Handel wie gegenüber den Autoren. Vor allem das System der kollektiven Buchpreisbindung »funktionierte« stets zivilrechtlich – früher vereinsrechtlich (im Börsenverein des deutschen Buchhandels als Gesamtverein von Verlegern und Handel) und heute qua Stellvertretung (Sammelrevers)[43]. Verleger- und Autorenverbände schließen »Normverträge«, also Vertragsmuster, die von den Individualvertragsparteien übernommen werden müssen. Tarifrechtlich sind diese Erscheinungsformen aus zwei Gründen »interessant«: Die Buchpreisbindung qua Gesamtverein ist parallel zu den ersten Tarifverträgen der Buchdrucker entstanden, die – vor der TVVO – gleichfalls den Gesamtverein nutzten, um den zivilrechtlichen Schwächen des kollektiven Normenvertrages auszuweichen. Die Autoren stehen dem Tarifsystem gleichfalls nahe: Einmal ist der Verband deutscher Schriftsteller in der IG Medien aufgegangen, die noch heute außertarifliche »Normverträge« mit dem Verlegerausschuß des Börsenvereins abschließt; zudem ermöglicht § 12a TVG für die arbeitnehmerähnlichen Auto-

41 Überblick etwa bei *Staudinger/Weick* (1995), Vor § 21 Rn. 6 ff. mit Nachw.

42 Gedächtnisschrift Knobbe-Keuk (Fn. 20), S. 879 ff.

43 Näher *Rieble* (Fn. 20), Rn. 673 ff. mit Nachw.

ren Tarifverträge als Alternative[44]. Schließlich ist besonders auf die kollektive Urheberrechtswahrnehmung durch die Verwertungsgesellschaften (GEMA, VG Wort) hinzuweisen, für die § 12 des Gesetzes über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten[45] ein rudimentäres Normenvertragssystem zur »Tariffestsetzung« enthält. Es gibt also nach wie vor »rein zivilrechtliche« Normenverträge, nur werden diese nicht wahrgenommen.

2. Privatautonome Tarifvertragswirkung

a) Unmittelbare Wirkung

Die tariflichen Arbeitsbedingungen gelten im Arbeitsverhältnis unmittelbar, ohne daß es einer vertraglichen Unterwerfung – vereinbart zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer – bedürfte: Der Normenvertrag erfährt durch die automatische Umsetzung in das individuelle Schuldverhältnis seine *Selbstexekution*.

Das ist mit dem Vetragsrecht des BGB nicht zu erklären[46]: Die Stellvertretung der §§ 164 ff. BGB nähme den Tarifparteien die Vertragspartnerstellung; ein Vertrag mit Drittwirkung ist nur als Vertrag zugunsten und nicht zu Lasten Dritter[47] möglich, § 328 BGB; auch kann er vom begünstigten Dritten zurückgewiesen werden, § 333 BGB. Auch die von *Böttticher* herangezogene Leistungsbestimmung durch Dritte nach § 317 BGB erklärt nicht alles: Sie negiert wie die Stellvertretung die eigene Rechtsstellung der Tarifparteien. Der Dritte des § 317 BGB hat kein Recht auf Gestaltung, sondern nur dienende Funktion für das Schuldverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner – nicht anders als ein Stellvertreter[48]. Vor allem blendet der Rekurs auf die einseitige Leistungsbestimmung aus, daß der (Tarif-)Vertrag ein Regelungsverfahren mit gegenseitiger Einwirkung zum Richtigen hin und gerade keine einseitige Gestaltung bedeutet. Anders gewendet: Die Vorstellung *Böttichers*, beide Tarifparteien würden gemeinschaftlich als Dritte im Arbeitsverhältnis die Leistung bestimmen, ignoriert den auf kollektiver Ebene durch Vertrag ausgetragenen Interessenkonflikt und damit die Funktion der Tarifautonomie. Erst recht kann die These von der Leistungsbestimmung nicht erklären, weshalb es zwischen den leistungsbestimmenden Tarifverbänden zum Arbeitskampf kommen kann. *Böttichers* Konstruktion taugt dementsprechend eher als rechtstechnischer Hinweis, daß die Vertragsausgestaltung durch Dritte im BGB Raum auch außerhalb der Stellvertretung findet.

Daß ein Vertrag mit automatischer Drittwirkung vom BGB nicht zugelassen wird, beruht auf dem Grundsatz der Relativität von Schuldverhältnissen. Dieser Grundsatz

---

44 Hierzu *Rieble* (Fn. 20), Rn. 684 ff. mit Nachw.

45 Vom 9. 9. 1965, BGBl. I 1294, zuletzt geändert durch BGBl. 1995 I 842.

46 Eingehend zu schuldrechtlichen Normenverträgen *Rieble* (Fn. 20), Rn. 769 ff.

47 Siehe *Staudinger/Jagmann* (13. Aufl. 1995), Vor § 328 Rn. 77 mit Nachw.

48 Von *Böttticher* (Fn. 38), S. 24 selbst gesehen.

ist aber nicht ehern. Grundlegend und für ein zivilrechtliches Kollektivvertragssystem unverzichtbar ist nur die legitimierende privatautonome Unterwerfung im Sinne *Böttichers*: Ein (kollektiver Normen-)Vertrag kann einen Dritten wegen dessen negativer Vertragsfreiheit nur erfassen, wenn er sich der Regelung privatautonom unterworfen hat. Insbesondere *Thiele* hat dargelegt, daß eine privatautonome Verpflichtungsermächtigung möglich ist, wenn die Geltung jenes Vertrages zu Lasten Dritter durch eine *unterwerfende Einwilligung* gedeckt ist, so daß man noch von privatautonomer Selbstbestimmung sprechen kann[49]. Deshalb ist es konsequent, daß der Gesamtarbeitsvertrag in der Schweiz als Teil des Schuldrechts geregelt ist (Artt. 356 ff. OR), was auf *Lotmars* Tarifvertragskonzept zurückzuführen ist[50].

Das Bundesverfassungsgericht zieht das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip für dasselbe Ergebnis heran: In der etwas abgelegenen Entscheidung zum BergmannsversorgungsscheinG hat das Gericht klargestellt, daß ein Tarifvertrag im Arbeitsverhältnis nur gelten könne, wenn er entweder staatlich-demokratisch oder privatautonom-mitgliedschaftlich legitimiert ist[51]. Da die staatlich-demokratische Legitimation aber voraussetzt, daß die Staatsgewalt den konkreten Tarifvertrag mit seinem konkreten Tarifinhalt mit einem entsprechenden Geltungsbefehl ausstattet – insbesondere durch Allgemeinverbindlicherklärung –, kann ein Tarifvertrag ohne diesen konkreten Geltungsbefehl grundsätzlich nur kraft privatautonomer Legitimation gelten. Eine dynamische Allgemeinverbindlichkeit darf es grundsätzlich nicht geben. Damit erweisen sich alle Vorstellungen einer delegierten staatlichen Rechtsetzungsbefugnis der Tarifparteien als schon verfassungsrechtlich nicht haltbar. Insofern ergänzen sich der Schutz von privatautonomer und staatlicher Fremdbestimmung: Der von der Tarifnorm erfaßte Arbeitnehmer oder Arbeitgeber hat zwar kein »absolutes Recht« auf vollkommene Selbstbestimmung. Ihm ist aber das Recht garantiert, von Tarifnormen nur erfaßt zu werden, wenn er entweder (mehr oder minder freiwillig) sich selbst dieser Norm-

---

49 *Thiele*, Die Zustimmungen in der Lehre vom Rechtsgeschäft (1966), S. 146 ff., 203 ff.; ähnlich *Martens*, Rechtsgeschäft und Drittinteressen, AcP 177 (1977), 113, 149 ff.; unzutreffend wiederum *F. Kirchhof*, Private Rechtsetzung (1987), allgemein S. 93 ff., speziell zum Tarifvertrag S. 184 ff., der jede auf künftige »Normsetzung« gerichtete Rechtsgeschäftsmacht (Stellvertretung, Leistungsbestimmung nach § 315 BGB und Satzungsmacht von Verbänden, S. 231 ff., 265 ff., 481 ff.) als heteronome Normsetzung begreift.

50 *Lotmar*, Das neue schweizerische Obligationenrecht und der Arbeitsvertrag, Gewerbe- und Kaufmannsgericht 17 (1912), Sp. 146 ff. = *Lotmar*, Schweizerisches Arbeitsvertragsrecht (1991 [Hrsg. Manfred Rehbinder]), S. 149, 151 f.; *Rehbinder*, Philipp Lotmar und das schweizerische Arbeitsrecht, ebenda S. 7 ff., 25 f.

51 BVerfG 14. 6. 1983 – 2 BvR 488/80 – BVerfGE 64, 208, 214 f. = AP Nr. 21 zu § 9 BergmannsVersorgScheinG NRW = NJW 1984, 1225 = SAE 1984, 1 mit Anm. *Scholz* im Anschluß an die Entscheidungen zur Allgemeinverbindlicherklärung: BVerfG 24. 5. 1977 – 2 BvL 11/74 – BVerfGE 44, 322, 345 ff. = EzA § 5 TVG Nr. 5 = AP Nr. 15 zu § 5 TVG und 15. 7. 1980 – 1 BvR 24/74 und 439/79 – BVerfGE 55, 7 ff. = EzA § 5 TVG Nr. 7 = AP Nr. 17 zu § 5 TVG.

setzung unterworfen hat oder wenn der zur Fremdbestimmung allein legitimierte Staat dies verantwortet[52].

Dieses Grunderfordernis der Privatautonomie, die rechtsgeschäftliche Unterwerfung unter die rechtsgeschäftliche Rechtsquelle, ist für die das Arbeitsverhältnis ausgestaltenden »Individualnormen« des Tarifvertrages aber gewahrt: Diese Tarifnormen gelten nach § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG nur bei beiderseitiger Tarifgebundenheit. Der Arbeitnehmer unterwirft sich durch Mitgliedschaft in der Gewerkschaft der Geltung aller bestehenden und künftigen, während seiner Mitgliedschaft abgeschlossenen Tarifverträge; beim Arbeitgeber tritt neben die Verbandsmitgliedschaft der eigene Haustarifabschluß als privatautonome Legitimation. Der Verbandstarif gilt also für das Mitglied, weil es sich mit der freiwilligen Mitgliedschaft der Tarifmacht als einer besonderen Form der Verbandsgewalt unterworfen hat.

Das ist der richtige Kern des *Böttcher*schen Gedankens. Die Tarifmacht übersteigt die gewöhnliche Satzungsgewalt, weil sie den Tarifverband nicht zur Ausgestaltung des verbandsinternen Mitgliedschaftsverhältnisses, sondern des Arbeitsverhältnisses, also eines Schuldverhältnisses mit jemandem, der nicht selbst Mitglied desselben Verbandes ist, ermächtigt. Auf der anderen Seite vollzieht diese Selbstexekution des Tarifvertrags *nur die verbandsrechtlichen Pflichten*, die die Arbeitsvertragsparteien im Falle eines schuldrechtlichen Tarifvertrags ohnehin träfen[53]. Sie besorgt »das Eingehen der Arbeitsnorm in den Arbeitsvertrag«[54] und damit den Erfolg der kollektivvertraglichen Regelung. Die unmittelbare Wirkung der Tarifnormen ist – privatautonom verstanden – nur eine Außenwirkung der Verbandsmitgliedschaft im Sinne einer Regelungsermächtigung. Mit dieser Außenwirkung greift das Tarifvertragsgesetz zwar in die Relativität der Schuldverhältnisse ein. Daß ein Schuldverhältnis keine Drittwirkungen auf andere Schuldverhältnisse haben soll, ist aber kein fundamentaler Privatrechtssatz. Das Schuldrecht selbst durchbricht diesen Grundsatz etwa mit §§ 571, 613a BGB und weiteren Drittwirkungen[55].

Das Tarifvertragsgesetz durchbricht – weithin unbemerkt – die zivilrechtlichen Grenzen der Drittverpflichtung noch an einer anderen Stelle: Nach § 2 Abs. 4 TVG erfassen die schuldrechtlichen Pflichten des von einem Spitzenverband als Stellvertreter oder in eigenem Namen abgeschlossenen Tarifvertrag auch den Spitzenverband oder den Mitgliedsverband, ohne daß dieser Tarifvertragspartei ist oder vom normativen Teil erfaßt würde. Während man im ersten Fall noch eine besondere Vertreterhaftung

---

52 Zum Außenseiterschutz etwa *Zöllner*, Tarifmacht und Außenseiter, RdA 1962, 453, 459; *Lieb*, Begriff, Geltungsweise und Außenseiterproblematik der Solidarnormen, RdA 1967, 441 ff.; für die Betriebsnormen *Rieble* (Fn. 20), Rn. 1496 ff.

53 *A. Hueck*, S. 80 f.

54 *Sinzheimer*, Der korporative Arbeitsnormenvertrag II (1908), S. 31 ff.

55 Eingehend *Medicus*, Drittbeziehungen im Schuldverhältnis, JuS 1974, 613 ff.; dazu auch *Dörner*, Dynamische Relativität (1985), S. 4 ff.

über § 179 BGB hinaus sehen kann, liegt im zweiten Fall offenkundig eine Drittverpflichtung kraft Mitgliedschaft vor. Wer die unmittelbare Wirkung des Tarifvertrages nicht privatrechtlich erklären mag, möge sich hieran versuchen.

Schon *Alfred Hueck* hat die Durchsetzungsschwäche bloß schuldrechtlicher Normenverträge daran festgemacht, »daß die Parteien des Normenvertrags als bloße Privatpersonen oder Verbände von Privatpersonen *ohne besondere staatliche Ermächtigung* nicht die Befugnis und Möglichkeit haben, Rechtssätze zu schaffen«[56]. Genau diese »Ermächtigung« im Sinne einer Ausgestaltung des Privatrechts besorgt das Tarifvertragsgesetz. Seine Wendung, daß den Normen eines Normenvertrags »die gleiche Wirkung wie Rechtsnormen« zukommen müßte (S. 82), damit sie als »rechtsverbindlicher Normenvertrag« unmittelbar gelten könnten, war nur ein Vergleich. Damit hat *Hueck* keineswegs gemeint, daß Normenverträge nur *als* Rechtsnormen im Sinne objektiven Rechts gelten könnten. Er hat vielmehr ausdrücklich gesagt, daß die unmittelbare Wirkung von Normenverträgen nur daran scheitert, daß eine »besondere gesetzliche Ermächtigung nach den Grundsätzen geltenden Privatrechts« fehle (S. 85), und hat eine solche »besondere gesetzliche Vorschrift« für den Tarifvertrag nach der TVVO angenommen. Bei genauem Hinsehen zeigt sich, daß *Hueck* überhaupt nur für die Außenseiter ein Normproblem gesehen hat, für den automatisch allgemeinverbindlichen Normenvertrag (S. 105).

Mithin stimmt gerade nicht, was die h. M. als schuldrechtsfremde Normwirkung qualifiziert: Der Tarifvertrag gilt nicht ohne Rücksicht auf den Willen der Normunterworfenen, er gilt überhaupt nur, weil sich die betroffenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber durch ihre Mitgliedschaft in dem für sie tarifschließenden Verband der Tarifmacht unterworfen haben. Daß sie dem konkreten Tarifabschluß nicht zustimmen müssen, damit er gelten kann, ist nicht außergewöhnlich. Der vom Stellvertreter abgeschlossene Vertrag wie die Leistungsbestimmung der §§ 315 ff. BGB binden den Betroffenen aufgrund seiner vorherigen zukunftsgerichteten Zustimmung, ohne daß er der konkreten Ausgestaltung seiner Rechte und Pflichten nochmals zustimmen müßte.

Freilich muß sich diese Legitimation kraft Mitgliedschaft zwei Problemfällen stellen: Der Tarifbindung nach beendeter Mitgliedschaft nach § 3 Abs. 3 TVG und der Geltung der Betriebsnormen nach § 3 Abs. 2 TVG. Ersteres ist ein Scheinproblem. Denn das Ende der Mitgliedschaft braucht die Geltung des einmal legitimierten Tarifvertrages nicht zu beeinträchtigen, so wenig, als sonst einmal begründete Ansprüche des Verbandes gegen das Mitglied durch den Austritt erlöschen – und so wenig, wie der Widerruf der Vollmacht die Rechtsgeschäfte des Vertreters vernichtet. *Bötticher* hat diese Reichweite der Unterwerfung bereits klar gesehen[57]. Eine kollektivvertragliche Besonderheit besteht nur darin, daß der Arbeitgeber nicht bloß auf die Einhaltung der Tarifverträge

56 Normenverträge, Jherings Jahrbücher, Band 73 (1923), S. 51, Hervorhebung von mir.

57 (Fn. 38) S. 25 Fn. 32 und S. 21 Fn. 26; ihm folgend *Richardi*, Kollektivgewalt und Individualwille (1968), S. 222.

in den zur Sekunde des Austritts bestehenden Arbeitsverhältnissen verpflichtet ist, sondern bis zum Ende der Laufzeit jedem Arbeitnehmer, der in die Gewerkschaft eintritt, die Einhaltung des Tarifvertrages schuldet. Seine Unterwerfung begründet also ein Optionsrecht zugunsten auch der nichtorganisierten Arbeitnehmer. Daß dies privatautonom erklärbar ist, zeigt der Haustarif: Hier tritt dieselbe Wirkung – Bindung an den Tarifvertrag auf seine Laufzeit – ausschließlich kraft der privatautonomen Entscheidung des Arbeitgebers ein. § 3 Abs. 3 TVG sorgt nur dafür, daß der Vertragsschluß des Arbeitgeberverbandes dieselbe Wirkung hat, als habe der Arbeitgeber sich selbst verpflichtet. Die Vorschrift ist nur Ausdruck der Vertragstreuepflicht[58].

Bei den Betriebsnormen läßt sich das nicht sagen. Privatautonom erklärbar sind sie nur, wenn man aus der einseitigen Tarifbindung nur des Arbeitgebers folgert, daß auch nur er – und nicht die Arbeitnehmer, insbesondere nicht die Außenseiter – vom Tarifvertrag verpflichtet werde. Die Arbeitnehmer werden dann nur reflexartig erfaßt, indem der Arbeitgeber seine einseitige tarifliche Pflicht in den Arbeitsverhältnissen (oder dem betrieblichen Rechtsverhältnis) vollzieht[59]. Das heißt dann konsequenterweise weiter: Der Arbeitgeber kann nur zu demjenigen Verhalten verpflichtet werden, das er gegenüber der Belegschaft rechtlich auch durchsetzen kann und darf.

b) Zwingende Wirkung

Während sich die unmittelbare Wirkung des Tarifvertrages zivilrechtlich als Verpflichtungs- oder Regelungsermächtigung konstruieren läßt, bestehen größere Schwierigkeiten mit der zwingenden Wirkung des § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG, also dem Vorrang des Tarifvertrages vor dem Individualvertrag.

Das Zivilrecht kennt grundsätzlich keine Rangfolge von Schuldverträgen, sondern geht vom grundsätzlichen Gleichrang aus: Das Rechtsgeschäft des Vertreters ist dem des Geschäftsherren gleichrangig. Deshalb könnten die Parteien des Arbeitsvertrages auch jede Drittleistungsbestimmung abbedingen. *Böttticher* hat sich damit zu behelfen gesucht, daß er in der Unterwerfung unter die Tarifmacht zugleich einen Verzicht auf die eigene Regelung der tariflich normierten Arbeitsbedingungen gesehen hat[60]. In der Tat handelt man sich so größte privatrechtliche Folgeprobleme ein: Kann ein Privatrechtssubjekt wirklich auf die eigene Rechtsgeschäftskompetenz verzichten – etwa eine ihn selbst verdrängende Vollmacht erteilen?[61]

Dieser Umweg ist nicht nötig. Man muß die Kollision unterschiedlicher Regelungen nicht auf der Kompetenzseite verhindern (wie das auch § 77 Abs. 3 BetrVG tut). Das Tarifvertragsgesetz ist privatrechtlich gesehen nur konsequent: Wenn die Relativität der Schuldverhältnisse einmal durchbrochen ist, also Verträge unterschiedlicher Parteien

---

58 Näher *Rieble* (Fn. 20), Rn. 1231 ff.

59 Vor allem *Richardi* (Fn. 57), S. 236 f.; *Rieble* (Fn. 20), Rn. 1502 ff. jeweils mit Nachw.

60 (Fn. 38), S. 24 f.

61 Vgl. *Gernhuber*, Die verdrängende Vollmacht, JZ 1995, 381.

im selben Rechtsverhältnis gelten können, muß notwendig eine *Kollisionsregel* gefunden werden. Diese gibt § 4 TVG für den Konflikt zwischen Arbeits- und Tarifvertrag: Unabhängig von der zeitlichen Rangfolge setzt sich der vollwirksame Tarifvertrag gegenüber dem Arbeitsvertrag durch, soweit nicht § 4 Abs. 3 TVG greift.

Dafür gibt es einen entscheidenden Sachgrund: Begreift man den Tarifvertrag freiheitlich als Arbeitsvertrag auf kollektiver Ebene mit der inzwischen auch vom Bundesverfassungsgericht[62] erkannten Funktion, die Vertragsschwäche des Arbeitnehmers zu kompensieren und zu einem »freien Arbeitsvertrag« zu gelangen[63], sieht man also die Privatautonomie als Schutzgut der Tarifautonomie und diese als Garanten derselben[64], ist der Vorrang des Tarifvertrages seiner größeren Richtigkeitsgewähr zu verdanken. Er ist funktional gesehen der bessere Vertrag: Ein unter Machtungleichgewicht abgeschlossener (Arbeits-)Vertrag verlangt nach staatlicher Mißbrauchskontrolle, der zwischen gleich starken Partnern abgeschlossene Vertrag nicht. Der Vorrang des Tarifvertrages macht mithin die Arbeitsvertragskontrolle entbehrlich und verwirklicht den Primat des Vertrages[65]. Dieses »Mehr« an Richtigkeitsvertrauen rechtfertigt einen stärkeren Geltungsanspruch.

Ein solches Rangverhältnis zwischen »besserem« und »schlechterem« Vertrag ordnet ähnlich § 4 AGBG an. Die ausgehandelte Individualabrede hat höhere Richtigkeitsgewähr und geht deshalb jeder einseitig gestellten Formularklausel vor. Freilich sieht die h. M. in § 4 AGBG nur eine deklaratorische Auslegungsregel und ignoriert den eindeutigen Wortlaut (»haben Vorrang«)[66].

Bestätigt wird dieser Gedanke eines privatrechtlich-funktionalen Vertragsvorranges durch das Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 TVG: Es begrenzt nicht nur den Vorrang des Tarifvertrages, wo dieser funktionswidrige Höchstarbeitsbedingungen festsetzt. Umgekehrt spricht es dem Individualvertrag Vorrang dort zu, wo er mehr Richtigkeitsgewähr verspricht.

---

62 BVerfG 26. 6. 1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212, 229 = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 97 = AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf unter C I 3 b aa: »Tarifautonomie ist darauf angelegt, die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer beim Abschluß von Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen und damit ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Löhne und Arbeitsbedingungen zu ermöglichen.«

63 *Picker* (Fn. 20), ZfA 1986, 246 ff., speziell 332 ff. zu Schmoller; *ders.* (Fn. 20), Gedächtnisschrift Knobbe-Keuk, S. 883 ff.; *Rückert*, »Frei« und »sozial«: Arbeitsvertragskonzeptionen um 1900, ZfA 1992, 225 ff., 281 ff.

64 Wiederum zentral *Picker* (Fn. 20), in: Tarifautonomie – Informationsgesellschaft – globale Wirtschaft (1997), S. 131 ff.

65 Zu ihm *Rittner*, Das Kartellgesetz als die magna charta des Unternehmers? FS Raisch (1995), S. 492, 494 f.; *Canaris*, Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft, FS Lerche (1993), S. 873 ff.

66 Siehe *Zoller*, Dogmatik, Anwendungsprobleme und die ungewisse Zukunft des Vorrangs individueller Vertragsvereinbarungen vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§ 4 AGBG), JZ 1991, 850 ff.; weiter *Staudinger/Schlosser* (1998), § 4 Rn. 9 mit Nachw.

c) »Rechts«-Norm

Nach der ausdrücklichen Anordnung in §§ 1 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG enthält der Tarifvertrag Rechtsnormen. Der normative Teil soll entsprechend dem materiellen Normbegriff *Gesetz im materiellen Sinn*, Bestandteil der objektiven Rechtsordnung sein[67]. Freilich ist mit diesem Etikett nichts gesagt: Aus einem Rechtsgeschäft mit privatautonomem Geltungsgrund wird durch die bloße Bezeichnung nichts anderes, zumal dahinter kein gesetzgeberischer Normbegriff steht. Auch hier gilt: Auf die Rechtsfolgen kommt es an und darauf, ob diese noch privatautonom erklärbar sind. An der Geltungskraft ändert sich nichts; vor allem bleibt die Tarifgeltung an die Mitgliedschaft in den Tarifvertragsparteien geknüpft. Die Geltung wird gegenüber den Normunterworfenen auch nicht intensiver.

Die praktischen Rechtsfolgen der Erhebung in den Rechtsnormenstand sind gering: Auf tarifliche Regelungen sind die für gesetzliche Regelungen geltenden Vorschriften anzuwenden. Verlangt ein Tarifvertrag Schriftform, ist § 126 BGB und nicht § 127 BGB anwendbar[68]. Rechtsnormen genießen Tarifnormen nach § 5 Abs. 1 UrhRG keinen Urheberrechtsschutz[69]. Solche Folgen ließen sich für jedes private Rechtsgeschäft nahezu beliebig anordnen, solange es nur einen Sachgrund gibt, der die Ungleichbehandlung zu anderen Rechtsgeschäften trägt.

Dem staatlichen Recht eigen ist nur eines: Wegen Art. 20 Abs. 3 GG müssen Verwaltung und Gerichte Rechtsnormen »von Amts wegen« anwenden; das soll auch für Tarifnormen gelten[70]. Die Gleichstellung mit staatlichem Recht funktioniert jedoch nicht: Die Tarifgebundenheit als autonome Geltungsgrundlage wird nicht von Amts wegen ermittelt: Wer sich auf eine tariflich normierte Rechtsfolge beruft, muß die Mitgliedschaft in den tarifschließendenden Verbänden vortragen und beweisen[71]. Erst dann greift das Gebot der Tarifanwendung von Amts wegen. Das ist gegenüber der Rechtsanwendung bei Individualverträgen nichts besonderes. Dem Arbeitnehmer wird lediglich die Last abgenommen, den Wortlaut des Vertrages vorzutragen. Insofern sind Tarifverträge – wegen des Tarifregisters, §§ 6 f. TVG, §§ 14 ff. DVO-TVG – auf besondere Weise gerichtsbekannt. Zur Anwendung und Auslegung eines zur Kenntnis gebrachten Vertrages ist der Richter ohnehin verpflichtet. Das ist Rechtsanwendung. Auch andere prozessuale Besonderheiten, wie namentlich die Verbandsklage des § 9 TVG und das Beschlußverfahren über Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit nach § 97 ArbGG, hängen nicht an der Qualifikation des Tarifvertrages als objektives Recht.

---

67 Vgl. Art. 2 EGBGB, § 12 EGZPO, § 7 EGStPO; *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 14 ff.

68 Siehe nur *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 15.

69 BAG 11. 11. 1968 – 1 AZR 16/68 – NJW 1969, 861 = AP Nr. 14 zu Art. 9 GG unter 2.

70 BAG 25. 8. 1982 – 4 AZR 1064/79 – EzA Nr. 21 zu § 616 BGB = AP Nr. 55 zu § 616 BGB.

71 BAG 15. 6. 1993 – 9 AZR 208/92 – EzA § 4 TVG Ausschlußfristen Nr. 104 = AP Nr. 123 zu § 4 TVG Ausschlußfristen.

III. Die Legitimationsfrage

Nun läßt sich also mit *Bötticher*, aber auch mit *Zöllner*[72] oder *Ramm*[73] feststellen, daß die Tarifgeltung privatautonom erklärbar ist. Diese Erkenntnis führt zur Zentralfrage des Tarifrechts: Daß die Tarifwirkung zivilrechtlich erklärbar ist, heißt nicht notwendig, daß die Tarifparteien wie ein gewöhnlicher Verein ausschließlich auf privatautonomer Basis tätig werden. Es bedeutet umgekehrt, daß dem Argument, die Tarifnormen seien nur kraft einer übergeordneten Sozialautonomie denkbar, die Grundlage entzogen ist.

1. Das Gemeinwohlproblem

Der klassische Kollektivist (etwa und vor allem *Franz Gamillscheg*[74]) argumentiert anders: Die Koalitionen – vor allem die Gewerkschaften – repräsentieren die Arbeitnehmer als Ganzes[75], überspitzt also: »die Arbeiterklasse« und sind befugt, insofern partielles Gemeinwohl zu definieren. Das Erfordernis der beiderseitigen Mitgliedschaft ist nur luxuriöse Draufgabe, nicht aber legitimatorischer Kern der Verbandstätigkeit. Vielmehr fußen die Koalitionen auf dem Regelungsauftrag des Staates (enthalten in Art. 9 Abs. 3 GG) und der »demokratischen« Legitimation durch die Wahlen der Mitglieder[76]. Die Beschränkung der Tarifgeltung auf die beiderseits Tarifgebundenen in § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG ist dann gar eine aus systematischer Sicht nicht gebotene Behinderung, weil der Tarifvertrag als »objektives Recht« unabhängig vom Willen der Beteiligten gilt und die Koalitionen als Berufsverbände in ihrem Einzugsbereich alle Arbeitnehmer und Arbeitgeber im Sinne der »sozialen Autonomie« repräsentieren[77].

Die Frage nach dem Verhältnis von Tarifautonomie und Gemeinwohl hat bezeichnenderweise zwei gegensätzliche Meinungsströme dazu gebracht, in der Tarifautonomie etwas anderes als bloß (gruppenegoistische) Privatautonomie zu sehen. So sieht *Zöllner* zwar die grundsätzliche Möglichkeit, die Tarifautonomie privatautonom zu begreifen, meint aber, nur durch die Annahme echter, quasi-staatlicher Rechtsetzung ließen sich die Tarifparteien auf die Gerechtigkeitsidee, also letztlich auf das Gemein-

---

72 (Fn. 17) S. 34: »Nach allem scheint es so, als habe man die Tarifnormen dem Bereich der Privatautonomie zuzuweisen.«

73 Die Parteien des Tarifvertrages S. 102: »Anerkennung des Tarifvertrages als schuldrechtlichen Vertrag mit schuldrechtlichen Wirkungen.«

74 Beeindruckend die Verteidigungsversuche im Kollektiven Arbeitsrecht I, S. 558 bis 570 ff.; ähnlich *Säcker/Oetker*, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie (1992), S. 67 ff.

75 Dazu umfassend *J. H. Kaiser*, Die Repräsentation organisierter Interessen (1956).

76 Bezeichnend etwa *Kempen/Zachert*, TVG, Grundlagen Rn. 63: »Kombination von demokratischen und privatautonomen Normsetzungsprinzipien«, weiter Rn. 65.

77 So in der Tat *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, II/1 (7. Aufl. 1967), S. 347 f.; hierzu *Bötticher* (Fn. 38), S. 23 Fn. 30.

wohl, verpflichten[78]. Die kollektivistische Gegenströmung bekennt sich zwar zur abstrakten Gemeinwohlbindung der Tarifparteien, lehnt aber jeden kontrollierenden Eingriff als Tarifzensur ab[79].

Die Frage nach dem Gemeinwohl lenkt nur ab: Erstens fußt die Gemeinwohlbindung wiederum auf dem *von Gierke*schen Ideengut, der jegliche Privatautonomie so apriorisch wie verfehlt auf das Gemeinwohl verpflichtet sah, weil der Einzelne seine Rechte aus der Rechtsgemeinschaft ableitet[80]. Das zeigte etwa die in § 70 Abs. 1 AktG 1937 verankerte Gemeinwohlbindung der Aktiengesellschaften, die auch nach Aufhebung der Vorschrift noch als fortbestehend begriffen worden ist und heute im Rahmen der shareholder-value-Diskussion wieder auftaucht[81]. Eine Sonderstellung gerade der Tarifautonomie läßt sich damit entgegen *Zöllner* nicht begründen. Zweitens braucht es diese »innere« Gemeinwohlbindung nicht. Denn der Staat ist befugt, das Handeln von Privatrechtssubjekten einzuschränken, um den gemeinschädlichen Gebrauch der Privatautonomie zu unterbinden. So muß die Sozialbindung des Eigentums in Art. 14 Abs. 2 GG nur deshalb erwähnt werden, weil es um die Beschränkung eines absoluten Rechtes geht. Selbstredend gibt es auch eine Sozialbindung des schuldrechtlichen Vertrages[82], wie sie insbesondere durch § 138 Abs. 1 BGB aktualisiert wird. Nur muß die staatliche Rechtsordnung klar definieren, aus welchem Grund die Vertragsfreiheit im öffentlichen Interesse beschnitten wird.

2. Der Wunsch nach kollektiver Herrschaft durch »Sozialautonomie«

Das eigentlich Skandalöse an der Verquickung von Gemeinwohl und Tarifautonomie liegt in der Auffassung, die Tarifparteien seien berufen, selbst das Gemeinwohl – jedenfalls partiell für den Arbeitsmarkt – zu definieren und deswegen die Arbeitsvertragsfreiheit zu beschneiden, etwa unter Berufung auf beschäftigungspolitische Gesichtspunkte[83]. Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie werden so zum Instrument der Herr-

---

78 (Fn. 17) S. 34 ff.; weiter *Löwisch*, Die Ausrichtung der tariflichen Lohnfestsetzung am gesamtwirtschaftlichen Gleichgewicht, RdA 1969, 129 ff.; *Rieble*, Beschäftigungspolitik durch Tarifvertrag, ZTR 1993, 54, 56 f.; *Kemper*, Die Bestimmung des Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) (1990), S. 100 ff.; *Richardi*, Kollektivvertragliche Arbeitszeitregelung, ZfA 1990, 211, 220 f.

79 Wiederum *Gamillscheg*, S. 317 ff. und S. 695 f.

80 Dazu mit Nachw. *Rieble* (Fn. 20), Rn. 832 ff.

81 Grundlegend *Rittner*, Zur Verantwortung des Vorstandes nach § 76 Abs. 1 AktG 1965, FS Geßler (1971), S. 139 ff., 145 ff.; *Wolf U. Schilling*, Shareholder Value und Aktiengesetz, BB 1997, 373, 378 f.; *Mülbert*, Shareholder Value aus rechtlicher Sicht, ZGR 1997, 129, 147 ff.

82 Näher *Rieble* (Fn. 20), Rn. 836.

83 *Picker*, Tarifmacht und tarifvertragliche Arbeitsmarktpolitik, ZfA 1998, 573, 589 ff.; *Rieble* (Fn. 78), ZTR 1993, 56 f.

schaft vor allem über die Arbeitnehmer[84]. Die Koalitionsfreiheit ist so ein »neuer Grundrechtstyp«[85], bei dem das Koalitionsmitglied seine Rechte aus dem Kollektiv ableitet[86]. Das ist nur Ausfluß der genossenschaftlichen Rechtslehre *von Gierkes* und *Sinzheimers*. Wie *Picker* so verdienstvoll wie entlarvend herausgearbeitet hat, geht es dieser Rechtslehre um soziale Vormundschaft im Sinne einer Zwangsherrschaft der Verbände, die das Schutzprinzip als Rechtfertigung für die Freiheitsbeschränkung nutzt[87] – weil das Kollektiv besser weiß, was für das Individuum (den einzelnen Arbeitnehmer) gut ist und was nicht. Das heißt nicht nur Schutz der Selbstbestimmung durch Fremdbestimmung[88]; das bedeutet Verneinung der Fähigkeit zu individueller Selbstbestimmung. Der Arbeitnehmer ist kein Subjekt des Privatrechtsverkehrs mehr, sondern Objekt kollektiver Herrschaft; ihm wird die individuelle Vertragsfähigkeit abgesprochen, das Kollektiv zu seinem Vormund bestellt.

Dieser Herrschaftswunsch wird nach wie vor artikuliert: Arbeitsverträge sollen sich »gemeinverträglich« der »kollektiven Selbstbestimmung« beugen[89]. Als Begründung läßt sich eine gleichfalls durch *von Gierke* inspirierte frühe Äußerung von *Larenz* nutzen: »Im Gegensatz zur Rechtsauffassung des Liberalismus betrachten wir den Vertrag ... als die nähere Ausführung der völkischen Ordnung, in die sich jeder Vertrag als ein von ihren Grundsätzen bestimmter Bestandteil einfügen muß.«[90] Man braucht nur das Wort »völkisch« durch »kollektiv« zu ersetzen. Ihren argumentativen Gipfel hat diese Auffassung erreicht, als die Gewerkschaft der Eisenbahner Deutschlands bis zum BAG versucht hat, ihren eigenen Beschäftigten die Koalitionsfreiheit abzusprechen[91].

Für diese Beherrschung des Individuums durch das Kollektiv gibt es keine Legitimation. Jede »Arbeitsmarktverwaltung« im Staatsauftrag scheitert an Art. 80 GG. Die freiwillige Mitgliedschaft setzt gerade diejenige Fähigkeit zu privatautonomer Entscheidung voraus, die der Kollektivismus negiert. Eben deshalb muß es sich um eine besondere Form der »Autonomie« handeln, eben die »Sozialautonomie« im Sinne *von Gierkes*. Sie soll den Spagat zwischen Staatsfreiheit einerseits und Mitgliederunabhängigkeit andererseits bewältigen – durch Konstituierung einer letztlich legitimationslosen Sozialverwaltung durch die Tarifparteien. Nur so gelingt es – und das ist die (so)

---

84 Etwa *Kempen/Zachert*, Grundl. Rn. 56 ff., 71, 76 f.

85 So in der Tat *Kempen/Zachert*, a.a.O.

86 So *Kempen/Zachert*, Grundl. Rn. 58.

87 (Fn. 20) Gedächtnisschrift Knobbe-Keuk, S. 914 ff., 946 ff.

88 *Löwisch*, Schutz der Selbstbestimmung durch Fremdbestimmung, ZfA 1996, 293 ff.

89 *Kittner*, Der freie Arbeitsvertrag, FS Kissel (1994), S. 497, 509 f.; auch schon *Potthoff*, Arbeitsrecht (1928), S. 127.

90 Vertrag und Unrecht, Erster Teil (1936), S. 31 f.

91 BAG 17. 2. 1998 – 1 AZR 364/97 – EzA Art. 9 GG Nr. 63 = SAE 1998, 243 mit Anm. *Rieble*.

spürbare (wie verstimmende) Absicht – die Koalitionstätigkeit vom Mitgliederinteresse zu lösen und insbesondere den Gewerkschaften ein Recht zu sozialer Vormundschaft einzuräumen – nicht bloß gegenüber den Außenseitern, sondern gerade auch gegenüber den Mitgliedern, die dann kein Recht mehr haben, durch Austritt ihrem Verband und dessen Herrschaft zu entkommen.

Gamillscheg[92] hat das klar erkannt: »Würde man mit der Legitimationslehre Ernst machen, wäre die Koalition auf den Status eines einfachen Vereins zurückgestuft« – freilich mit besonderem Verfassungsschutz nach Art. 9 Abs. 3 GG –, »der in seiner Satzung ebenfalls Verbindlichkeiten nur für Mitglieder vorsehen kann.« Genau so ist es. Da hilft auch keine soziologisch-interventionistische Erwägung, man könne »nicht beides haben: eine funktionierende Tarifautonomie, in der sich die Verbände für das Wohl des Ganzen mitverantwortlich fühlen und für es verantwortlich gemacht werden, und die Gewißheit, daß dem Verband auf die Finger geklopft wird, sollte er einmal das Mißfallen eines Außenseiters erregen. ... Die Entwicklung ist vom Mitgliederverband zur repräsentativen Einheit gegangen, und sie dürfte unumkehrbar sein.«

Das ist gelinde gesagt Mystizismus[93] wie das Gerede von der überindividuellen Sozialexistenz schlechthin. Dogmengeschichtlich beruht die Auffassung von den Koalitionen als berufständischen Repräsentanten auf der Genossenschaftslehre *von Gierkes*, die *Sinzheimer* in das kollektive Arbeitsrecht implantiert hat: Der »sukzessiv sich entfaltende und verkörpernde Wille des werdenden Gemeinwesens, der in diesem Akte sich selbst bejaht«[94], der zu einer menschlichen Gattungsexistenz über der Individualexistenz wird, ist nach dieser Lehre allen Verbänden eigen. Insofern also irrt *Gamillscheg*: Auch der gewöhnliche Verein – wie jede Genossenschaft oder Kapitalgesellschaft – soll eine von den Mitgliedern unabhängige Sozialexistenz aufweisen, auf der die besondere Verbandsgewalt fußt, die die Vereinssatzung zur Norm im Sinne objektiven Rechts erhebt. Nur hat sich das Zivilrecht von solchen Vorstellungen weithin gelöst – ohne daß dies im Tarifrecht bemerkt worden wäre. Eine derartige Sozialautonomie, die weder unmittelbar vom Staat als dem einzigen Träger demokratischer Legitimation gedeckt ist, noch privatautonom-mitgliedschaftlich durch die Arbeitnehmer und Arbeitgeber, die ihrem Verband ein entsprechendes Mandat erteilt haben, ist nichts anderes als der Rückfall in ein Zunftsystem, oder moderner: in die »verfaßte Gesellschaft« nach dem Vorbild des Räteartikels 165 WRV[95]. Eine derartige Sozialautonomie wäre ein *Angriff auf das Demokratieprinzip*, weil einer Gruppe in der politischen

92 S. 567.

93 *Flume*, Die juristische Person (1983), S. 317, gegen von Gierke; MünchKomm/*Reuter*, § 25 Rn. 11; aus ökonomischer Sicht *Vanberg*, Markt und Organisation (1982), S. 105 ff.

94 *von Gierke*, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung (1887), S. 133 f.; hierzu *Rittner*, Die werdende juristische Person (1973), S. 182 ff.

95 Dazu, daß die Tarifautonomie gerade von *Sinzheimer* vor den Räten bewahrt worden ist, *Rieble* (Fn. 20), 1488.

Willensbildung (zur Feststellung des Gemeinwohles) ein Sonderrecht eingeräumt würde, das seinerseits mit der elementaren Gleichheit der Wahlrechtsbürger nicht in Einklang zu bringen wäre. Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Gedanken im Mitbestimmungsurteil so formuliert[96]:

»Mit dem Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden, gewährleistet Art. 9 Abs. 1 GG ein konstituierendes Prinzip der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes: das Prinzip freier sozialer Gruppenbildung (...): Das soziale System des durch das Grundgesetz verfaßten Gemeinwesens soll weder in ständisch-korporativen Ordnungen, wie sie namentlich das Kennzeichen älterer Sozialordnungen waren, Gestalt gewinnen, noch in der planmäßigen Formung und Organisation durch den Staat nach den Maßstäben eines von der herrschenden Gruppe diktierten Wertsystems.«

Anders gewendet: Mit der Loi le Chapelier gibt es nur das (staatliche) Allgemeininteresse und das (privatautonome) partikuläre Interesse jedes einzelnen[97]. Die Tarifvertragsparteien können sich legitimatorisch nicht auf den Staat stützen, also bleibt als Legitimationsquelle allein die privatautonome Mitgliedschaft.

3. Tarifautonomie als (kollektive) Privatautonomie

Wie Vertrag und Eigentum ist auch die Tarifautonomie ein privatnütziges Freiheitsrecht. Auf Arbeitnehmerseite dient die Koalitionsfreiheit dem Einzelnen; um ihm in seiner Vertragsschwäche gegenüber dem Arbeitgeber beizustehen – durch kollektive Bildung von Marktmacht[98]. Ihr Zweck ist es nicht, den Arbeitnehmer »vom Regen in die Traufe« zu befördern, also anstelle der Arbeitgeberherrschaft der Gewerkschaftsherrschaft auszuliefern[99]. Nicht der Arbeitnehmer dient der Gewerkschaft und ihren »überindividuellen« Zwecken – umgekehrt dient die Gewerkschaft dem einzelnen Arbeitnehmer, indem sie diesem in seiner Vertragsschwäche beisteht[100].

Das Kollektiv – sei es die Gewerkschaft, sei es der Arbeitgeberverband – hat keine von den Mitgliedern unabhängige Rechtsstellung, kein eigenständiges kollektives Betätigungsrecht (Abschied von der Lehre des »Doppelgrundrechts«). Die kollektive Koalitionsfreiheit ist kein eigenständiges Grundrecht, sondern ein Fall des Art. 19 Abs. 3 GG: Sie dient nur »privatnützig« den Interessen der hinter der Koalition stehenden Mitglieder – und zwar deren ökonomischen Interessen an einer angemessenen Ver-

---

96 BVerfGE 50, 290, 353 unter C III 2 a.

97 Näher *Simitis*, Die Loi le Chapelier: Bemerkungen zur Geschichte und möglichen Wiederentdeckung des Individuums, Kritische Justiz 1989, 157 ff.

98 Zur Kartellfunktion der Koalitionen *Rieble* (Fn. 20), Rn. 1305 ff.

99 *von Nell-Breuning*, Freiheit und Bindung im kollektiven Arbeitsrecht, Band 6 der Gesellschaft für Sozialen Fortschritt (1957), S. 27, 31, 35.

100 *Rieble* (Fn. 20), Rn. 1155; *A. Junker*, Individualwille, Kollektivgewalt und Staatsintervention im Arbeitsrecht, NZA 1997, 1305, 1306 f., 1311.

wertung der Arbeitskraft auf Arbeitnehmerseite wie an unternehmensverträglichen Arbeitsbedingungen auf Arbeitgeberseite.

Nur so läßt sich Übereinstimmung mit zentralen Aussagen des Koalitionsrechts herstellen: Die freiwillige Mitgliedschaft ist nicht bloß Grundlage der Tarifgeltung, sondern Element des ungeschriebenen Koalitionsbegriffs[101]: Wenn die Mitgliedschaft in einer Arbeitnehmer- oder Arbeitgebervereinigung nicht mehr freiwillig ist, verliert diese den Koalitionsstatus und damit den Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG. Die Idee, Koalitionen seien im Staatsauftrage tätig, verträgt sich nicht mit dem weiteren Koalitionsmerkmal der Unabhängigkeit vom Staat[102].

Nur die privatautonome Sicht kann den Haus- oder Firmentarifvertrag des einzelnen Arbeitgebers mit der Gewerkschaft erklären. Auf Arbeitgeberseite liegt ein gewöhnlicher privatautonomer Vertragsabschluß vor. Frönt man dem Gedanken der Sozialautonomie, so ist es unverständlich, daß ein solcher Haustarifvertrag in der Tarifkonkurrenz einen konkurrierenden Verbandstarifvertrag eines Arbeitgeberverbandes (mit derselben Gewerkschaft), dem der haustarifschließende Arbeitgeber angehört, nach ganz herrschender Meinung[103] verdrängt, so daß sich der individuelle rechtsgeschäftliche Tarifwille des Arbeitgebers gegenüber seinem Verband und dessen kollektivem »sozialautonomem« Tarifwillen durchsetzt.

Nur die privatautonome Sicht kann schließlich das strikte Günstigkeitsprinzip begreifen. Daß der einzelne Arbeitnehmer sich durch günstigeren Einzelvertrag aus dem Kollektivkonsens verabschieden kann, daß der Tarifvertrag funktional auf Mindestarbeitsbedingungen beschränkt ist, ist Ausdruck seiner privatautonomen Funktion, dem einzelnen Arbeitnehmer einen »freien Arbeitsvertrag« zu verschaffen.

Die Tarifautonomie ist nicht nur als kollektive Privatautonomie angelegt, sie funktioniert auch privatautonom.

IV. Folgen

Mit der Qualifikation der Tarifautonomie als (kollektiver) Privatautonomie und des Tarifvertrags als schuldrechtlicher Vertrag mit Wirkung für Dritte kraft Unterwerfung durch Mitgliedschaft fällt ein ganzes Ideengebäude zusammen. Als Folge dieser Rückbesinnung auf den »freien Arbeitsvertrag« muß das kollektive Arbeitsrecht erneut und prüfend durchdacht werden – von der Funktion der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG bis zu Einzelfragen der Tarifanwendung. So leuchtet unmittelbar ein, daß ein mitgliedschaftsbezogenes Tarifrecht den Beteiligten – also dem Verband wie dem Mitglied – freistellen muß, eine OT-Mitgliedschaft ohne Tarifbindung zu schaffen.

---

101 MünchArbR/*Löwisch/Rieble*, 2. Aufl. 2000, § 243 Rn. 56.

102 Dazu MünchArbR/*Löwisch/Rieble*, § 243 Rn. 64 f.

103 Siehe nur *Wank* in: Wiedemann, § 4 Rn. 290.

Und so erklärt das privatautonome individualnützige Tarifrecht unproblematisch, daß es eine Tarifeinheit im Betrieb nicht geben kann, sondern jeder Arbeitnehmer ein Recht auf Geltung seines Tarifvertrages haben muß, die seine Gewerkschaft für ihn ausgehandelt hat. Und so wird die Frage zu klären sein, ob nicht der Tarifvertrag das Arbeitsverhältnis inhaltlich (im Sinne *Böttichers*) gestaltet – wie der Arbeitsvertrag, den er ersetzt. Das würde die Nachwirkung zwanglos erklären – anders als die h. M., die echte Normgeltung annimmt[104] –, auch außerhalb des Geltungsbereichs, gar der Tarifzuständigkeit. Auch das Günstigkeitsprinzip wird so einschneidend aufgewertet. Es geht bei § 4 Abs. 3 TVG dann nämlich nicht mehr um die ausnahmsweise Durchbrechung der objektiven Normgeltung des Tarifvertrages, sondern um eine funktionale Abgrenzung zweier schuldrechtlicher Verträge, in der der Tarifvertrag den Vorrang überhaupt nur dort verdient, wo er größere Richtigkeitsgewähr verspricht[105].

Das umstrittene Verhältnis der Tarifautonomie zur Betriebs»autonomie« wird so noch spannender: Denn der Betriebsrat kann sich anders als die Gewerkschaft nicht auf eine freiwillige Mitgliedschaft stützen, weshalb dort die Legitimation schwächer ist[106]. Der umfassende Schutz der Tarifautonomie von der Betriebsvereinbarung erweist sich so als Vorrang der Privatautonomie – als Primat des Vertrages.

Eine besondere Bemerkung gilt der Grundrechtsbindung des Tarifvertrages, die den Anlaß für die Rechtsprechungswende gegeben hat. Im Ausgangpunkt richtig ist die Entscheidung des BAG (Fn. 8), daß die Tarifautonomie als kollektive Privatautonomie nurmehr mittelbar an die Grundrechte gebunden sein kann. Entschieden zu widersprechen ist aber der Auffassung, als private Macht könne die Tarifautonomie keinesfalls so intensiv gebunden sein wie staatliche, weil mittelbare Grundrechtsbindung stets weniger weit reiche als die unmittelbare. Für diese letztlich unbegründete Behauptung steht *Dieterich*[107]: Er meint, Untermaß- und Übermaßverbot dürften sich nicht decken, weil dem Gesetzgeber sonst kein Spielraum bliebe, der Staat »die Tarifautonomie so stark einschränken müßte, wie er sie einschränken darf«.

Dagegen ist dreierlei einzuwenden: Erstens ist die Frage nach der Machtbeschränkung der Tarifparteien zunächst keine verfassungsrechtliche, sondern eine einfachrechtliche. Auch wenn der Staat – durch das für die Tarifmachtbeschränkung maßgebliche Richterrecht – den Tarifparteien von Verfassungs wegen nur wenige Grenzen ziehen müßte, ist es doch eine Frage der einfachrechtlichen Sachgerechtigkeit, wie eng er das Kontroll-Korsett schnürt. Zweitens und vor allem ist die Grundannahme,

---

104 Siehe *Herschel* (Fn. 29), ZfA 1973, 193 zur Gesetzgebungsgeschichte; näher *Rieble* (Fn. 20), Rn. 1224 ff. mit Nachw.

105 *Rieble* (Fn. 20), Rn. 1592 ff.

106 Siehe etwa die Konstruktionsversuche bei GK-BetrVG/*Kreutz* (7. Aufl. 1998), § 77 Rn. 184 ff., dessen Kategorie der »privatheteronomen« Rechtsgeschäfte gerade aufdeckt, daß der Betriebsrat keine privatautonome Legitimation gegenüber den Arbeitnehmern hat.

107 FS Schaub, S. 121 f.

durch den Beitritt zur Gewerkschaft (und Arbeitgeberverband) werde eine Belastung durch Tarifnormen nicht nur dogmatisch legitimiert, sondern auch materiell gebilligt, nur dann richtig, wenn dem Betroffenen die effektive Möglichkeit offensteht, durch Austritt als contrarius actus seine Zustimmung zurückzunehmen. Das jedenfalls ist auf Arbeitnehmerseite praktisch nicht der Fall: Wer aus der IG Metall austritt, um einer bestimmten Tarifnorm zu entgehen, bleibt in aller Regel kraft der üblichen dynamischen Bezugnahmeklausel auf den Tarifvertrag verpflichtet.

Drittens führt der Paradigmenwechsel zur privatnützigen Tarifautonomie zu einer Aufwertung der Rechtsstellung des Individuums: Wenn der Tarifvertrag dem Arbeitnehmer einen angemessenen Arbeitsvertragsinhalt verschaffen soll, dann sind Freiheitsbeschränkungen durch Tarifvertrag auch aus verfassungsrechtlicher Sicht funktionswidrig und deshalb besonders rechtfertigungsbedürftig. Das zeigt sich gerade am Beispiel der betroffenen Altersgrenze: Die Privatnützigkeit der Tarifautonomie schließt es aus, daß der Tarifvertrag beschäftigungspolitisch Arbeit umverteilt. Die Altersgrenze bedarf also eines besonderen Rechtfertigungsgrundes.

Letztlich hat für die Frage der Schutzintensität die Mitgliedschaft als Zustimmung zur Tarifgeltung in etwa dieselbe Bedeutung wie die Zustimmung zum beeinträchtigenden Arbeitsvertrag. Daß der Arbeitnehmer die Wahl hat, vom übermächtigen Arbeitgeber oder von der übermächtigen Gewerkschaft eine unangemessene Gestaltung seiner Arbeitsbedingungen zu erfahren, rechtfertigt weder hier noch dort einen Verzicht auf die Kontrolle des rechtsgeschäftlichen Tuns.

Wenn der Tarifvertrag nurmehr mittelbar an Grundrechte gebunden ist, dann läßt sich diese Bindung nicht mehr auf die Tarifnormen stützen: Ansatzpunkt ist dann die Machtausübung durch die Koalitionen, die den Staat zur Bändigung dieser Macht verpflichtet, und kein normtheoretisches Konstrukt. In der Rechtsprechung des BAG wird diese Folgerung nicht auf Gegenliebe stoßen: Zielt der Meinungsschwenk doch darauf, den Tarifparteien mehr und nicht weniger (Regelungs-) Macht zu verschaffen. Die Tarifmacht wird dann nur als Teil der ausgeübten Verbandsmacht kontrolliert – ähnlich wie der BGH schon seit längerem die Satzungsgewalt mächtiger Vereine kontrolliert[108].

Das heißt einmal, daß auch der schuldrechtliche Teil des Tarifvertrages wie überhaupt schuldrechtliche Koalitionsverträge – solche mit tarifersetzender Funktion wie diejenigen, die die Schranken der Tarifmacht überschreiten – von der mittelbaren Grundrechtsbindung erfaßt werden. Daß schuldrechtlich vereinbarte Höchstlöhne beanstandet werden, erklärt sich ebenfalls hieraus[109].

---

108 Dazu MünchArbR/*Löwisch/Rieble*, § 245 Rn. 36 f. mit Nachw.

109 Dazu *Rieble* (Fn. 20), Rn. 1695 zum Günstigkeitsprinzip als Kartellverbot; *Säcker/Oetker*, Höchstnormenbeschlüsse der Koalitionen zwischen Freiheitsschutz und Verbandsautonomie, ZfA 1996, 85 ff.

Vor allem aber wird sich diese Grundrechtslehre des Arbeitskampfes annehmen müssen – insbesondere dem Streik einer Gewerkschaft gegen einen einzelnen (kleineren) Arbeitgeber. Denn auch dieses Machtgefälle muß konsequenterweise durch staatlichen Schutz vor Mißbrauch bewahrt werden.

Mit der richtigen Kehrtwende zum Verständnis der Tarifautonomie als kollektiver Privatautonomie hat das BAG mithin den Weg zu einer grundsätzlichen Neuordnung des Tarifrechts beschritten. Daß diese Neuordnung eine Rückbesinnung auf den historischen Ausgangspunkt bedeutet (*Lotmar* statt *Sinzheimer*, *Jacobi* statt *Nipperdey*, *Picker* statt *Gamillscheg*), ist kein Rückschritt. Die Zeit ist reif für eine Rückbesinnung auf die zivilrechtlichen Wurzeln des kollektiven Arbeitsrechts.

Das gilt im übrigen nicht allein für das Recht der (privat-)autonomen Koalitionen, das Tarif- und das Arbeitskampfrecht. Auch die Betriebsverfassung hat einen privatautonomen Bezugspunkt, wie *Reichold* – bezeichnenderweise ebenfalls im Wege historischer Rückbesinnung – aufgezeigt hat (Privatrechts- und Vertragsrechtsakzessorietät der Betriebsverfassung)[110]. Das Bundesarbeitsgericht ist aufgerufen, diese Systemorientierung mit der Arbeitsrechtswissenschaft zu diskutieren.

110 *Reichold*, Betriebsverfassung als Sozialprivatrecht (1995), insbesondere S. 397 ff., 488 ff.