

Professor Dr. Volker Rieble, München

## „Blitzaustritt“ und tarifliche Vorbindung

Der 4. Senat hat in drei Entscheidungen vom 20. 2. 2008 (4 AZR 64/07, NZA 2008, 946, dort allerdings ein bloßes obiter dictum) und vom 4. 6. 2008 (4 AZR 419/07, NZA 2008, 1366 nebst Parallelenentscheidung 4 AZR 316/07) dem „Blitzaustritt“ und dem gleichartigen „Blitzwechsel in OT“ von Arbeitgebern aus ihrem Tarifverband einen Riegel vorgeschoben – durch eine richterrechtliche Tarifbindung ohne Mitgliedschaft: Der Arbeitgeber soll trotz wirksam beendeter Mitgliedschaft an denjenigen Tarifvertrag gebunden sein, der für ihn nach § 3 Abs. 1 TVG nur dann gelten kann, wenn seine Mitgliedschaft länger dauert. Diese Tarifbindung ohne Mitgliedschaft weist eine gewisse Spiegelbildlichkeit zur Nachbindung des § 3 Abs. 3 TVG auf; deswegen will ich sie „Vorbindung“ nennen.

### I. Das Problem

1. Kurze Frist für den einseitigen Aus- und Übertritt
2. Sofortige Entlassung aus der Mitgliedschaft durch Aufhebungsvertrag
3. Tarifrechtliche Folgen

### II. Die neue Rechtsprechung des Tarifsensats

1. Vereinsrechtliche Beendigung der Mitgliedschaft
2. Tarifrechtliche „Vorbindung“ – trotz fehlender Mitgliedschaft

### III. Kritik an der Vorbindung

1. Kurze Folgenabschätzung
2. Mutige oder übermäßige Richterrechtsbildung
  - a) Diffuser Rechtsfortbildungsanlass: keine Tatsachenbasis, keine rechtlich nachvollziehbare Vertrauenserwartung
  - b) Systembrüche
  - c) Klarheit
3. Verstoß gegen die Gesetzesbindung des Richters

### IV. Ausblick: Weiter so

### I. Das Problem

Die Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband, die nach § 3 Abs. 1 TVG die Geltung des Tarifvertrages legitimiert, kann recht schnell beendet werden und dies zielgerichtet auch noch vor dem In-Kraft-Treten eines belastenden Tarifvertrags.

#### 1. Kurze Frist für den einseitigen Aus- oder Übertritt

Erstens kann der Verband in seiner Satzung eine kurze – bis auf Null – reduzierte Austrittsfrist vorsehen. § 39 Abs. 1 BGB gibt als vereinsrechtliches Leitbild gerade den jederzeitigen und sofort wirkenden Austritt vor – ohne Termin und ohne Frist. Erst Abs. 2 erlaubt Austrittsfristen und -termine durch Satzungs-gestaltung. Enthält eine Satzung also keine Regelung zu Austrittsfristen oder Austrittsterminen, so ist vereinsrechtlich der jederzeitige Austritt möglich. Der „Blitzaustritt“ entspricht dem Leitbild des BGB. Ein besonderes Verbändegesetz, das für Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände (Mindest-)Austrittsfristen mit Blick auf die Besonderheiten des Tariflebens festlegte (und die innere Struktur regelte), gibt es nicht<sup>1</sup>!

So erlaubt etwa § 2 Nr. 5 der Satzung des Verbandes der Bayerischen Metall- und Elektroindustrie VBM den Austritt aus diesem Tarifverband zum Ende des Kalendertages (wovon die Mitgliedschaft im OT-Verband BayME unberührt bleibt). Für die IG Metall kalkulierbar ist der Austritt aus Südwestmetall nach § 6 Nr. 1 lit. a) der Satzung mit einer Frist von sechs Monaten zum Ende eines Kalenderjahres; allerdings kann der Vorstand bei Vorliegen besonderer Gründe einen „früheren Zeitpunkt des Austritts“ zulassen. Bindungsintensiver ist § 8 Abs. 1 der Satzung des Arbeitgeberverbandes der Volks- und Raiffeisenbanken: Kündigungsfrist von zwei Jahren. Insbesondere der Übertritt vom Tarifverband in einen OT-Verband

oder die OT-Mitgliedschaft im gleichen Verband ist gelegentlich entfristet. So erlaubt etwa der Verkehrsverband Südbaden nach § 8 Nr. 1 der Satzung den jederzeitigen Austritt aus der OT-Mitgliedschaft – wohingegen nach § 12 d. Satzung der Austritt nur unter einer Frist von drei Monaten zum Kalendertagesende möglich ist. Auch Gewerkschaften setzen in ihrer Satzung kurze Austrittsfristen vor<sup>2</sup>.

#### 2. Sofortige Entlassung aus der Mitgliedschaft durch Aufhebungsvertrag

Zweitens kann die Mitgliedschaft im Verband vereinsrechtlich auch ohne weiteres – insbesondere ohne besondere Satzungsregelung – durch einvernehmlichen Aufhebungsvertrag ohne Auslaufrist beendet werden. Das ist nahezu unbestritten<sup>3</sup> – wenngleich noch nicht überall bekannt. So wie die Mitgliedschaft durch Aufnahmevertrag zustande kommt – so endet sie durch Aufhebungsvertrag zwischen Mitglied und Verband. Eine Mindestfrist brauchen die Vertragspartner verbandsrechtlich nicht einzuhalten – die statutarische Austrittsfrist schützt nur den Verband vor dem einseitigen Austritt des Mitgliedes. Will der Verband das Mitglied für die Austrittsfrist halten, braucht er zum Austritt nur Nein zu sagen. Die Gegenauffassung meint ernstlich, die Mitgliedschaftsbeendigung durch Aufhebungsvertrag bedürfe einer satzungsrechtlichen Grundlage<sup>4</sup> und ist zivilrechtlich nicht haltbar. Auch das ArbG Berlin hat gemeint, die Tarifgemeinschaft Deutscher Länder dürfe das Land Berlin nicht kraft Aufhebungsvertrag vor dem Inkrafttreten eines (teuren) Tarifvertrags mit ver.di entlassen – weil die Tarifgemeinschaft der gegnerischen Koalition Rücksichtnahme schulde. Deswegen sei der Satzungsregelung über Austrittsfristen kraft Auslegung ein Verbot des „fristlosen Aufhebungsvertrages ohne wichtigen Grund“ zu entnehmen<sup>5</sup>. Das war methodisch neu und für jeden in zivilrechtlichen Kategorien denkenden Juristen unerträglich: Ergänzende (!) Auslegung der Satzung einer Koalition nach Wünschen des Gegners. Doch werden solche vereinsrechtlichen Fragen vom BGH entschieden. Die arbeitsrechtliche „déformation professionnelle“ muss sich auf das Arbeitsrecht beschränken.

Vereinsrechtlich problematisch sind allenfalls Interessenkollisionen in den entscheidenden Verbandsorganen. Wenn dort Mitglieder über die Entlassung anderer Mitglieder aus der Verbandsmitgliedschaft entscheiden, kann es vorkommen, dass die Entscheidung nicht ausschließlich im Verbandsinteresse erfolgt. Dass ein Vertreter eines Mitgliedsunternehmens nicht als Mitglied eines Verbandsorgans über die Mitgliedschaft des eigenen Unternehmens befinden kann, folgt bereits aus § 181 BGB. Solchen Interessenkonflikten lässt sich effektiv dadurch begegnen, dass für diese Entscheidung ein besonderer Vertretungsmodus geschaffen wird – vom Vier-Augen-Prinzip bis zur Zuständigkeit eines von Vorstand oder Geschäftsführung verschiedenen Gremiums.

Ob der Aufhebungsvertrag durch die Satzung als Gestaltungsmittel entweder ganz ausgeschlossen werden kann oder doch wie bei Südwestmetall an „sachliche“ oder „besondere“ Gründe gebunden werden kann, scheint mir zweifelhaft. Damit

1) Zur Diskussion etwa Nicklisch, in: Festschrift Schiedermaier (1976), S. 459.

2) IG Metall: sechs Wochen zum Quartal, § 8 Nr. 1 Satz 2 der Satzung; IG BCE: sechs Wochen zum Monatsende, § 6 Nr. 2 Satz 2 der Satzung; streng dagegen § 11 Nr. 1 lit. a der ver.di Satzung: drei Monate zum Quartal.

3) Statt aller Krauss, DB 1995, 1562 ff.; Oetker, ZfA 1998, 41 ff.

4) Peter, in: Festschrift Däubler (1999), S. 479, 485 f.; Plander, NZA 2005, 896; Brecht-Heitzmann/Gröls Anmerkung BAG = EzA Nr. 94 zu Art. 9 GG, S. 22: „Es bleibt dem Verein unbenommen, sich des Beendigungsmittels ‚Aufhebungsvertrag‘ zu bedienen. Wenn der Verein hiervon Gebrauch machen möchte, so muss er dies jedoch ausdrücklich in der Satzung zum Ausdruck bringen“.

5) ArbG Berlin v. 8. 5. 2003 – 96 Ca 5296/03, DB 2003, 1518 = ZTR 2003, 447; dazu kritisch Bauer/Rolf, DB 2003, 1519 ff.

würde nicht etwa nur die Vertretungsmacht des Vorstandes gem. § 26 Abs. 2 Satz 2 BGB beschränkt – der Verein begäbe sich als juristische Person insgesamt der Möglichkeit, ein Rechtsgeschäft mit bestimmtem Inhalt abzuschließen, begrenzte also seine verbandliche Geschäftsfähigkeit. Das lässt die Rechtsordnung nicht zu. Eine gewillkürte partielle Geschäfts(un)fähigkeit gibt es grundsätzlich nicht<sup>6</sup>. Überdies ist der Aufhebungsvertrag zumindest auch Verfügung über die Mitgliedschaft, weswegen § 137 BGB jeder autonomen Verfügungsbeschränkung im Wege steht.

### 3. Tarifrechtliche Folge

Das heißt praktisch: Ein Mitglied im Arbeitgeberverband kann seine Mitgliedschaft wenige Stunden oder Tage vor Unterzeichnung des mit seinem Inhalt bereits bekannten (erstreikten) Tarifabschlusses beenden – und so dem künftigen Tarifvertrag entfliehen. Ist gar ein verbandsinternes Ratifikationsverfahren (durch Tarifkommissionen, deren Zustimmung entweder nach der Satzung die Vertretungsmacht des Vorstandes nach außen beschränkt oder aber im Tarifvertrag selbst als Wirksamkeitsvoraussetzung vorgegeben ist) erforderlich, verlängert sich die Fluchtzeit entsprechend.

Das ist vereinsrechtlich unproblematisch – und tarifrechtlich nach dem eindeutigen Wortlaut des § 3 Abs. 1 TVG grundsätzlich hinzunehmen: Die (einseitige) Tarifbindung (und damit die Grundlage der Tarifgeltung des § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG) erfasst nach der eindeutigen Norm „die Mitglieder der Tarifvertragsparteien“ und setzt also die Mitgliedschaft in der Sekunde des Tarifschlusses oder danach voraus. Ist die Mitgliedschaft auch nur „eine Sekunde“ vor dem Wirksamwerden des Tarifvertragsabschlusses rechtlich wirksam beendet, so fehlt nach dieser Norm die Tarifgebundenheit. Der neue Tarifvertrag gilt nicht.

## II. Die neue Rechtsprechung des Tarifenats

Der Vierte Senat trifft nun zwei entscheidende Aussagen: Er nimmt einerseits vereins- und koalitionsrechtlich die Beendigung der für die Tarifbindung erforderlichen Mitgliedschaft hin – sagt sodann aber in einem zweiten Schritt, dass das Unternehmen trotz beendeter (Tarif-)Mitgliedschaft an den Tarifvertrag gebunden sei, wenn die Gewerkschaft nicht „von der Arbeitgeberseite“ über den Statuswechsel informiert wird.

### 1. Vereinsrechtliche Beendigung der Mitgliedschaft

Richtig konstatiert der Senat zunächst, dass die blitzschnelle Beendigung der Mitgliedschaft ebenso wie der Blitzwechsel in die OT-Mitgliedschaft vereinsrechtlich wirksam ist. In der Entscheidung vom 20. 2. 2008 zeigt der Senat eine klare zivilrechtliche Deutung: Eine (unwirksame) Kündigung wurde in ein Angebot auf Aufhebungsvertrag umgedeutet, dass der Verband auch angenommen hatte. Nebenbei bestätigt der Senat in den Entscheidungen vom 4. 6. 2008 die grundsätzliche Zulässigkeit der OT-Konstruktion. Im Zwei-Verbände-Modell war diese ohnehin nie streitig. Das Modell der zwei Mitgliedschaften (oder: Stufenmodell) war bereits vom 1. Senat anerkannt<sup>7</sup> und wird nun auch vom 4. bestätigt – allerdings ist dieser in einer neuen Entscheidung schon wieder zurückgerudert<sup>8</sup>.

Dass die Mitgliedschaft in einer Koalition „gegnerfrei“ ausschließlich zwischen Mitglied und Koalition begründet und beendet wird – begrenzt nur durch Aufnahmeanspruch und Ausschlusskontrolle im Interesse des Mitglieds und seiner individuellen Koalitionsfreiheit – folgt unmittelbar aus der Koalitionsfreiheit selbst. Irgendeine Form der Rücksichtnahme auf den Gegner ist abseitig. Es handelt sich um ein reines Verbandsinternum ebenso wie die Satzungsentscheidung über Tariffähigkeit oder Tarifzuständigkeit. Mit der Satzung regelt die Koalition ihr internes Rechtsverhältnis zu den Mitgliedern ohne Rücksichtnahme auf Dritte wie den sozialen Gegenspieler.

Kein Arbeitgeberverband hat irgendein Recht an einer bestimmten Verfassung der Gewerkschaft und umgekehrt. Dass das DGB-Schiedsverfahren über die Tarifzuständigkeit keine Rücksicht auf die reflexhaft betroffene Arbeitgeberseite nimmt, hat das BAG vielfach betont<sup>9</sup>. Ebenso ist es allgemeine Meinung, dass eine Satzungsregelung über die Urabstimmung grundsätzlich nicht gegnerschützend wirkt<sup>10</sup>. Wer den Aufhebungsvertrag im Gewerkschaftsinteresse beschränken will<sup>11</sup>, müsste sich zur Frage äußern, welche Gewerkschaftsinterne künftig von der Arbeitgeberseite kontrolliert werden.

Wollte man ernstlich die Mitgliedschaft als Verbandsinternum mit Rücksicht auf den sozialen Gegenspieler zwangsweise aufrechterhalten, wäre dies ein Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit des Mitgliedes, das seine (Tarif-)Mitgliedschaft nach satzungsgemäßen Regeln aufgeben möchte. Zugleich würde dem Verband letztlich ein Mitglied aufgezwungen, von dem gar nicht klar ist, ob der Verband es noch haben möchte. Das wiederum verletzte die kollektive Koalitionsfreiheit. Den Statuswechsel zuzulassen – ihm aber die enttarifizierende Wirkung abzuspüren – scheint effektiver. Tarifbindung ohne Mitgliedschaft ist verfassungsrechtlich weniger problematisch als eine vom Gericht angeordnete Zwangsmitgliedschaft im Tarifverband (zu der das Gericht in der neuen Entscheidung gelangt ist<sup>12</sup>). Vor allem aber: Für das Vereinsrecht ist primär der BGH zuständig. Jede vereinsrechtliche Kapriole birgt also die Gefahr einer Vorlage an den GemS-OGB.

### 2. Tarifrechtliche „Verbindung“ – trotz fehlender Mitgliedschaft

Der eigentliche „Clou“ liegt im zweiten Teil der Entscheidungen. Was in der Entscheidung vom 20. 2. 2008 noch *obiter dictum* war – dort wurde die Verbindung (überflüssigerweise) angesprochen, indes verneint, weil die Gewerkschaft ver.di schon früh wusste, dass das Universitätsklinikum aus dem TVöD ausscheren würde – gerät in den beiden Entscheidungen vom 4. 6. 2008 zur entscheidenden Rechtsfrage: Einmal war ein Druckunternehmen mit 180 Beschäftigten heimlich in die OT-Mitgliedschaft gewechselt, einen Tag vor Unterzeichnung des Tarifvertrags (4 AZR 419/07); im anderen Fall (4 AZR 316/07) ging es um ein Einzelhandelsunternehmen, das am 13. 5. – und damit „längere Zeit nach Beginn der Verhandlungen über den Entgelt-TV“ in die OT-Mitgliedschaft wechselte, um dem Tarifabschluss am 28. 7. zu entgehen. Das BAG teilt die Unternehmensgröße nicht mit, eine Rückfrage beim Verband der Mittel- und Großbetriebe des Einzelhandels Baden-Württemberg ergab ca. 570 Mitarbeiter in 2003 – bei einem Gesamtbeschäftigungsvolumen von 220 000 Mitarbeitern im Einzelhandel Baden-Württemberg.

Damit folgt der Senat gewissermaßen der Konstruktionslogik des § 3 Abs. 3 TVG – nur spiegelbildlich: Die Tarifbindung wird von der Mitgliedschaft abgekoppelt. Verbandsrechtlich ist der Austritt wirksam – dennoch kommt es zur Tarifbindung. Der Unterschied zu § 3 Abs. 3 TVG liegt darin, dass die Nachbindung dem tarifgebundenen Arbeitgeber (oder Arbeitnehmer) die Möglichkeit nimmt, den durch Mitgliedschaft bereits

6) Dazu, dass selbst die gewillkürte Tariffähigkeit keine gegenständlichen Tabuzonen zulässt: *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Aufl. 2004, § 2 Rn. 61; zustimmend *Wiedemann/Oetker*, TVG, 7. Aufl. 2007, § 2 Rn. 371.

7) BAG v. 18. 6. 2006 – 1 ABR 36/05, NZA 2006, 1225.

8) BAG v. 22. 4. 2009 – 4 AZR 111/08, Pressemitteilung Nr. 40/2009. Die Entscheidung war zum Zeitpunkt der Manuskripteinreichung noch nicht abgesetzt.

9) Etwa BAG v. 27. 9. 2005 – 1 ABR 41/04, NZA 2006, 273.

10) Man kann die Urabstimmung nur über das *ultima-ratio*-Prinzip zur „externen“ Kampfvoraussetzung erheben, dazu *Rieble*, in: *Festschrift Canaris* (2007), Bd. I, S. 1439.

11) *Peter*, in: *Festschrift Däubler* (1999), S. 479, 485 f.; *Plander*, NZA 2005, 896; *Brecht-Heitzmann/Gröls*, EZA Nr. 94 zu Art. 9 GG, S. 22.

12) BAG v. 22. 4. 2009 – 4 AZR 111/08, Pressemitteilung Nr. 40/2009. Die Entscheidung war zum Zeitpunkt der Manuskripteinreichung noch nicht abgesetzt.

legitimierten Tarifvertrag nachträglich zu Fall zubringen. § 3 Abs. 3 TVG steht also einerseits im Dienst der (Tarif-)Vertragstreue: Sowie der Vertragspartner durch Widerruf der Vollmacht den ihm zuzurechnenden Vertragsschluss seines Vertreters beseitigen kann, so wenig ein ausscheidender Gesellschafter einer Personengesellschaft damit die persönliche Schuld für die Rechtsgeschäfte der Gesellschaft abstreifen kann, so wenig kommt es für die Tarifbindung darauf an, ob der Tarifgebundene nach Tarifabschluss austritt. Zweitens aber steht die Norm im Dienst der negativen Koalitionsfreiheit: Sie ermöglicht gerade den Austritt während des laufenden Tarifvertrags.

Auf die „Vorbindung“ ist dieses Modell nicht übertragbar: Es fehlt an der die Tarifgeltung legitimierenden Mitgliedschaft zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses – auf den es doch nach dem eindeutigen Wortlaut ankommt. Rechtsfortbildend verlegt der 4. Senat diesen Bindungszeitpunkt vor auf den Zeitpunkt des Verhandlungsbeginns. Gerechtfertigt wird das mit einer „Störung der Tarifautonomie“ – weil der Mitgliederbestand auf Arbeitgeberseite für die Gewerkschaft eine Verhandlungsgrundlage sei. Dass die Gewerkschaft ausgetretene Arbeitgeber mit einer Haustarifforderung überziehen und diese auch streikweise durchsetzen könne, sei irrelevant.

Die Störung der Tarifautonomie durch blitzgescheite Blitzaustreter und Blitzwechsler sieht der Senat auch nicht im bloßen Entzug der Normunterworfenen zu Lasten der Gewerkschaft, weswegen es ab Aufnahme der Tarifverhandlungen auch keine strikte Verbindung gebe. Der Senat betont vielmehr ein neues Rechtsprinzip – das er aus seinen OT-Erwägungen ableitet. In der ersten Entscheidung, dem *obiter dictum* vom 20. 2. 2008, führt der Senat aus: „Arbeitgeberverband und Gewerkschaft gestalten die Arbeitsbedingungen für ihre Mitglieder. Grundlage der Verhandlungen sind also regelmäßige Vorstellungen über die Mitgliederzusammensetzung der Gegenseite, insbesondere seitens der Gewerkschaft über die des Arbeitgeberverbandes, weil sich danach entscheidet, für welche Betriebe und damit für welche dort beschäftigten organisierten Arbeitnehmer die auszuhandelnden Tarifverträge tarifrechtlich gelten werden. Auf diese betroffenen Betriebe und die darin Beschäftigten sowie deren wirtschaftliche Verhältnisse sind die Tarifverhandlungen, ggf. unter Berücksichtigung der konkreten, auch vor dem Hintergrund des Arbeitskämpfrisikos zu bewertenden Verhandlungsstärke ausgerichtet. Diese gemeinsame Grundlage der Verhandlungen kann gestört werden, wenn ohne Kenntnis der Gegenseite eine Mitgliedschaft kurzfristig beendet wird. Damit kann sich die Verhandlungsgrundlage nicht nur für den Geltungsbereich des abzuschließenden Tarifvertrages, sondern auch für die Einschätzung der wirtschaftlichen Situation der vom abzuschließenden Tarifvertrag erfassten Betriebe grundlegend ändern“<sup>13</sup>.

Dieses „Prinzip“ – diejenigen, die an der tariflichen Willensbildung auf Arbeitgeberseite mitwirken, dann auch diejenigen sein müssten, die an den Tarifvertrag gebunden sind – wird in der Entscheidung vom 4. 6. 2008 mit einer Vertrauensschutzkomponente zu Gunsten der Gewerkschaft erweitert: Zwar dürfe „die Gewerkschaft bei Aufnahme der Tarifverhandlungen darauf vertrauen, dass diejenigen Arbeitgeber, die bei Verhandlungsbeginn Mitglied des an den Tarifverhandlungen beteiligten Arbeitgeberverbandes sind, an den auszuhandelnden Tarifvertrag gebunden sein werden (...) Dieser aus der Sicht der Gewerkschaft als Verhandlungspartner beschriebenen Geschäftsgrundlage entspricht die bereits oben behandelte Grenze für die Möglichkeit von Arbeitgeberverbänden, wirksam OT-Mitgliedschaften zu eröffnen: Es ist für die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie erforderlich, in der Verbandssatzung einen Gleichlauf von Verantwortlichkeit und Betroffenheit sicherzustellen“<sup>14</sup>.

Deswegen findet der Senat im Rahmen einer „Gesamtabwägung“ der kollidierenden Grundrechtspositionen (eine Formel, die mit Blick auf die Aussperrensentscheidung des BVerfG<sup>15</sup>

vor allem die Rechtsfortbildungskompetenz des Senats sichern soll) – also die Freiheit der Koalition zur Regelung der inneren Ordnung und die „Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie“ (genauer: Schutz der Gewerkschaft vor Tariffustration) – zu der vermittelnden Lösung: dem Tarifflicht-Transparenzgebot. Während normale Austritte und Wechsel nach OT geheim bleiben dürfen, ist ab Aufnahme der Tarifverhandlungen bis zum Tarifabschluss der Statuswechsel anzuzeigen. Dass die Gewerkschaft mit der Satzung des Arbeitgeberverbandes von der abstrakten Möglichkeit wisse, reiche nicht aus. Erforderlich sei die Kenntnis des konkreten Vorgangs<sup>16</sup>.

Der Senat postuliert damit ein neues Transparenzgebot, das er aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ableitet. Dieses Verhältnismäßigkeitsprinzip gelte nicht nur im Arbeitskampf, „sondern auch in anderen Stadien der Tarifvertragsverhandlungen“<sup>17</sup>. Dass das Arbeitskämpfrecht hier höchstrichterlich als Tarifverhandlungsrecht anerkannt wird, freut den Rezensenten – freilich hat er große Zweifel, dass die daraus folgenden Konsequenzen<sup>18</sup> vom 1. Senat gezogen werden.

Der 4. Senat fühlt sich also berufen, das durch das TVG konstituierte Tarifvertragssystem aktiv umzuformen – im Sinne einer verhältnismäßigen Ausgestaltung. Deswegen „müssen um der Chance der beiderseitigen Angemessenheit der Verhandlungsergebnisse willen Unklarheiten darüber möglichst vermieden werden, wie der Kreis derer zusammengesetzt ist, deren wirtschaftlichen Bedingungen bei der Verhandlung Rechnung getragen werden soll und für den dann die gefundenen Ergebnisse maßgebend sein werden“<sup>19</sup>.

### III. Kritik an der Vorbindung

Während man dem Senat im vereinsrechtlichen Teil der Entscheidung nur zustimmen kann, ist die tarifrechtliche Richterrechtsschöpfung juristisch rundweg abzulehnen<sup>20</sup>. Sie trägt nicht nur alle Kennzeichen einer misslungenen Richterrechtsbildung (sogleich 2); vor allem ist sie mit dem Wortlaut von § 3 TVG nicht zu vereinbaren, verstößt gegen die Bindung des Richters an das Gesetz und ist verfassungswidrig (dazu 3).

#### 1. Kurze Folgenabschätzung

Sozialwissenschaftlich hat es der 4. Senat richtig gemacht. Die Folgenabschätzung fällt positiv aus. Das feige „Herumgeeiere“ mancher Tarifflichtkandidaten stört – nicht nur die Gewerkschaften, sondern auch die Arbeitgeberverbände und ihr hauptamtliches Personal. Von dort kann man sogar eine gewisse Erleichterung vernehmen, weil die Mitglieder nicht mehr nach Augenblickslaune über den Blitzaustritt entscheiden, sondern nachdenken müssen. Auf der anderen Seite ist es freilich für die Gewerkschaft nicht bloß vorteilhaft, wenn die vom Senat geforderte Transparenz über die Öffentlichkeit erfolgt. So ist Infineon in der letzten Metalltarifrunde in Bayern öffentlich „von Bord gegangen“, nachdem der Pilot in Baden-Württemberg abgeschlossen war<sup>21</sup> – ob das der Gewerkschaft wirklich nützt, wenn sie in einem solchen Fall nur „zahnlos“ mit lauer Propaganda reagieren kann, wage ich zu bezweifeln.

13) BAG v. 20. 2. 2008 – 4 AZR 64/07, NZA 2008, 946, Rn. 43.

14) BAG v. 4. 6. 2008 – 4 AZR 419/07, NZA 2008, 1366, Rn. 65.

15) BVerfG v. 26. 6. 1991 – 1 BvL 779/85, BVerfGE 84, 212 = NZA 1991, 809.

16) BAG v. 4. 6. 2008 – 4 AZR 419/07, NZA 2008, 1366, Rn. 67.

17) BAG v. 4. 6. 2008 – 4 AZR 419/07, NZA 2008, 1366, Rn. 68.

18) Rieble, BB 2008, 1506, 1512 unter III 1.

19) BAG v. 4. 6. 2008 – 4 AZR 419/07, NZA 2008, 1366, Rn. 68.

20) Kritisch Bauer/Haufmann, RdA 2009, 99; Willemsen/Mehrens, NJW 2009, 1916; Höpfner, ZfA 2009, 541; zustimmend insoweit Brecht-Heitzmann/Gröls, EzA Nr. 94 zu Art. 9 GG, S. 22. Bloß erläuternde Kurzanmerkungen für die Praxis bleiben hier außer Betracht.

21) www.handelsblatt.com/unternehmen/it-medien/infineon-verlaesst-arbeitgeberverband%3B2086993 (16. 8. 2009); dazu auch Willemsen/Mehrens, NJW 2009, 1916.

Mehr Offenheit in der Kritik an unzutraglichen Tarifzuständen ist vom Standpunkt der Ehrenhaftigkeit und der „klaren Kante“ hilfreich – insoweit gebührt dem Senat Dank!

Meta-Folgenabschätzung hätte freilich geboten, andere „Tarifüberraschungen“ zu bedenken. Relativ leicht lässt sich das Ergebnis auf flüchtende Arbeitnehmer erstrecken – hier macht das aber ohnehin wenig, weil der Senat die vor einem verschlechternden (Sanierungs-)Tarifvertrag fliehenden Arbeitnehmer so oder so über die Bezugnahmeklausel einfängt. Viel spannender ist der Austritt aus dem Spitzenverband: Kommt es hier auch zu einer Verbindung des heimlich ausgetretenen Mitgliedsverbandes, so ist unmittelbar dessen eigene Tarifautonomie betroffen – durch den vom BAG angeordneten Tarifzwang. Die Verbindung des Senats führt dann zu eben derjenigen tariflichen Fremdbestimmung, die dem Senat Anlass für seine Gedanken ist.

Zweites Problemfeld sind Satzungsänderungen der Arbeitgeberseite – von der Aufgabe der Tariffähigkeit bis zur Einschränkung der Tarifzuständigkeit. Reicht der Eintrag in das Vereinsregister? Oder muss der Gewerkschaft zusätzlich Kenntnis gegeben werden? Und ist die Satzungsänderung vereinsrechtlich wirksam aber tarifrechtlich unbeachtlich? Wie soll mit Gastmitgliedern aus einem Bereich früherer Tarifzuständigkeit verfahren werden? Stimmrecht wegen tarifrechtlicher Unbeachtlichkeit oder kein Stimmrecht nach Vereinsrecht?

## 2. Mutige oder übermütige Richterrechtsbildung

### a) Diffuser Rechtsfortbildungsanlass: keine Tatsachenbasis, keine rechtlich nachvollziehbare Vertrauenserwartung

Das Gericht konstatiert eine Störung der Tarifautonomie durch blitzschnelle Tarifflicht (Blitzaustritt und Blitzwechsel). Das ist zuerst im Tatsächlichen schlechthin unbelegt: Inwieweit eine Gewerkschaft ihren Tarifverhandlungen konkrete Vorstellungen über die Tarifgebundenheit bestimmter einzelner Arbeitgeber oder doch der Quantität zu Grunde legt – das mutmaßt das Gericht ohne Faktenkenntnis. Sollte es *amici curiae* (BAG-Lobbyisten) geben, die dem Senat Rechtsfortbildungstatsachen eingeflüstert haben, müsste über solche Fakten in den Urteilsgründen Rechenschaft abgelegt werden<sup>22</sup>. Also bleibt die zentrale Frage offen: Was weiß eine Gewerkschaft über den Mitgliederbestand des Arbeitgeberverbandes zum Zeitpunkt der Tarifverhandlungen und inwiefern kalkuliert sie „vertrauend“ diesen Fortbestand ein? An anderer Stelle (wenn es um Vertrauensschutz vor dem Tarifvertrag geht) sagt der Senat: „Ein schätzenswertes Vertrauen in eine bestehende Rechtslage setzt deren Kenntnis voraus“<sup>23</sup>.

Solche Funktionsdefizite der Tarifautonomie hat nicht einmal die Tarifrechtsreformkommission um Dieterich erwogen<sup>24</sup>, die sich doch 2004 eingehende Gedanken um den Reformbedarf im Tarifrecht gemacht hat – und die der Senat nicht zitiert. Der Blitzaustritt war damals schon bekannt. Offenbar sieht der Senat Tarifstörungen auch dort, wo andere unsensibel wegschauen! Schlimmer noch: Der Senat sieht auch die Parität, also das „ungefähre Kräftegleichgewicht“ bzw. die „Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie“ in Gefahr<sup>25</sup>, ohne dies irgendwie konkret darlegen zu können. Nun hatte der 1. Senat gerade erst in Gefolgschaft zu Zöllner die Parität als rechtlich maßgebende Denkfigur (zu Recht) aufgegeben<sup>26</sup>. Die Parität missrät zum argumentativen Untoten des Tarifrechts, der utilitaristisch auftaucht, wenn es gerade passt.

Zweitens: *Minima non curat praetor*. Gerade die am 4. 6. 2008 entschiedenen Fälle sind in hohem Maße ungeeignet, eine „Verwerfung“ des Tarifgeschehens zu belegen. Im ersten Fall ging es um ein kleines Druckunternehmen mit 180 Beschäftigten, im zweiten Fall um einen Textilhändler mit etwa 570 Beschäftigten. Da Tarifverträge normativ nur für die Gewerkschaftsmitglieder gelten und die Gewerkschaft überhaupt keine berechtigte Erwartung auf die Tarifgeltung kraft Bezug-

nahmeklausel haben kann, ist die Anzahl der tarifbetroffenen Arbeitsverhältnisse deutlich geringer zu veranschlagen. Selbst wenn man einen hohen Nettoorganisationsgrad von 40% unterstellt, geht es im ersten Fall um gut 70, im zweiten um knapp 230 vom Tarifvertrag erfasste Arbeitsverhältnisse. Wenn der „Tarifentzug“ für jene Mitglieder deutsche Gewerkschaften in ihrer Vertrauens- und Verhandlungsbasis erschüttert, dann stimmt etwas nicht. „Störungen der Geschäftsgrundlage des angestrebten Tarifvertrages“ müssen doch, wenn man § 313 BGB nicht ignoriert, eine Erheblichkeitsschwelle überschreiten. Der Senat macht aus einer Tatsachenmücke einen Rechts- elefanten.

Man kann noch genauer hinschauen: Das BAG meint, der ungemeldete Blitzaustritt belaste irgendwie die Gewerkschaften. Die Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband endet in der „kritischen Phase“ zwischen Verhandlungsbeginn und Tarifabschluss aber auch dann, wenn ein Arbeitgeber unter regulärer Austrittsfrist – von etwa sechs Monaten – ausgetreten ist – und diese Austrittsfrist mehr oder minder zufällig nach Verhandlungsbeginn ausläuft. Das ist kein Blitzaustritt, sondern ein regulärer Austritt. Wenn die Gewerkschaft von der seinerzeitigen Austrittserklärung keine Kenntnis erlangt hat, ist sie doch von der Beendigung der Mitgliedschaft nach Verhandlungsbeginn und vor Verhandlungsende kein bisschen anders betroffen als vom Blitzaustritt. Zivilrechtler nennen das „rechtmäßiges Alternativverhalten“ (gegenüber dem vom BAG gesehenen Unrecht) – um zu belegen, dass der Schutzzweck einer Norm nicht weit reicht. Ebenso ist es hier: Das Vertrauensschutzpostulat des Senates wird dadurch entkräftet, dass jede Mitgliedschaftsbeendigung, deren Tatbestand vor Verhandlungsbeginn gesetzt ist, deren rechtliche Wirkung aber in der Verhandlungsphase eintritt, dieselbe Belastungswirkung auslöst wie der Blitzaustritt. Was wäre, wenn die Mitglieder eines Arbeitgeberverbandes schon kurz nach In-Kraft-Treten eines Entgelttarifvertrages den Austritt erklären – lang mit dem Beendigungsdatum kurz vor Ende der Laufzeit? Was wäre, wenn Arbeitgeberverbände künftig befristete Mitgliedschaften anböten, deren Laufzeitende mit den unangenehmeren Tarifverträgen korrespondiert? Die Mitglieder könnten dann frei entscheiden: Auslaufenlassen der von vornherein befristeten Mitgliedschaft oder individuelle Verlängerung. Womit soll die Gewerkschaft dann noch kalkulieren? Wie der 4. Senat mit seinem Rechtsverständnis hier für „Ordnung im Tarifsystem“ sorgen wollte, ist mir unerfindlich.

Zudem wird blitzschnelle und blitzgescheite Tarifflicht gerne auch anders als durch Mitgliedschaftsbeendigung herbeigeführt. Was macht das BAG bei der „Blitzauflösung“ des Arbeitgeberverbandes? Praktischer wird – gerade nach dieser Rechtsprechungsvolte – der Blitzbetriebsübergang. Er ist innerhalb weniger Tage zu machen; mehr als eine Vorrats-GmbH braucht es nicht. Wie will der Senat helfen? Meldepflicht für Restrukturierungen? Und wer soll denn dann „zwangstarifgebunden“ sein – der Erwerber?

Ginge es ernstlich um die Tarifgeltungserwartung der Gewerkschaft, so müsste auch eine in der Verhandlungsphase bewirkte Entlassungswelle die Gewerkschaft beeinträchtigen. Wenn ein Unternehmen im Rahmen seiner Schrumpfung just

22) Allgemein zu Rechtsfortbildungstatsachen Seiter, in: Festschrift Baur (1981), S. 572 ff.; G. Schneider, Die Heranziehung und prozessrechtliche Behandlung sog. Rechtsfortbildungstatsachen durch die Gerichte, 1993; Dammer, Justizielle Risikoverteilung durch Richter und Sachverständige im Zivilprozeß, 2001; Sander, Normtatsachen im Zivilprozess, 1998; zum *amicus curiae* Hirte, ZZZ 1991, 11.

23) BAG v. 5. 7. 2006 – 4 AZR 381/05, AP Nr. 38 zu § 1 TVG.

24) Dieterich/Hanau/Henssler/Oetker/Wank/Wiedemann, RdA 2004, 65 ff.

25) BAG v. 4. 6. 2008 – 4 AZR 419/07, NZA 2008, 1366, Rn. 34.

26) BAG v. 19. 6. 2007 – 1 AZR 396/06, NZA 2007, 1055, Rn. 21; dazu Rieble, BB 2008, 1509.

in der Verhandlungsphase 500 Arbeitsverhältnisse beendet (was auch blitzmäßig durch Nichtverlängerung befristeter Arbeitsverhältnisse oder Aufhebungsverträge geschehen kann), so ergibt sich auch hier eine Verschiebung zwischen derjenigen Arbeiterschaft, über deren tarifliche Arbeitsbedingungen verhandelt wird und derjenigen, die vom Tarifvertrag tatsächlich erfasst wird. Daraus müsste der Senat dann folgern: Anzeigepflicht nach § 17 KSchG analog auch bei den betroffenen Gewerkschaften – im Dienst der Transparenz. Man kann den Faden immer weiter spinnen.

Gegen die These von der berechtigten und deshalb schützenswerten gewerkschaftlichen Geltungserwartung steht am Ende ein tariflicher Systemeinwand: Tarifverträge sind Normenverträge; sie sind abstrakt-generell konzipiert und hängen in ihrer abstrakten Wirkung gerade nicht davon ab, in welchen konkreten Arbeitsverhältnissen sie gelten. Der Tarifvertrag als solcher ist auch dann wirksam, wenn kein einziges Arbeitsverhältnis von ihm erfasst wird. Das TVG unterscheidet deutlich zwischen dem abstrakten Vertrag (§§ 1, 2), der nur einseitigen Tarifbindung des § 3 und der zweiseitigen Tarifgeltung nach § 4. Nimmt man diese Vorgabe ernst, so heißt das: Jeder Tarifvertrag ist mit einer spezifischen „Unschärferelation“ versehen, weil er institutionell unabhängig von den konkret Normunterworfenen geschlossen werden muss. Dieser „Schleier des Nichtwissens“ ist tarifimmanent und damit von beiden Seiten zu tragen. Der Tarifvertrag ist als Normenvertrag von vornherein der Unsicherheit „ausgeliefert“, ob sein Regelungsangebot von den Normunterworfenen auch durch Mitgliedschaft angenommen, ja legitimiert wird. Diese immanente Geltungsgewissheit kann keine „Geschäftsgrundlagenstörung“ auslösen und erst recht die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie nicht beeinträchtigen. *Willemsen/Mehrens* weisen richtig darauf hin: Das „Kommen und Gehen“ von Mitgliedern liegt „in der Natur großer Koalitionen auf Arbeitgeber- und (!) Arbeitnehmerseite“<sup>27</sup>. Erst wenn über das Maß normaler Fluktuation hinaus „Blitzaustrittswellen“ zu verzeichnen sind, ließe sich über „Störung“ sprechen.

#### b) Systembrüche

Wenn es eines Beweises bedurft hätte, dass verfassungsorientiertes Abwägungdenken zivilrechtliche Klarheit beseitigt, wäre der Beweis mit dieser Entscheidung erbracht. Der Senat rührt drei vollkommen unterschiedliche Aspekte – Vertrauensschutz, Geschäftsgrundlagenlehre und Informationsobliegenheit (oder -pflicht) durcheinander und verknüpft diese mit einer unverträglichen Rechtsfolge.

Vertrauensschutz im Zivilrecht setzt einen äußeren Vertrauensschutztatbestand voraus. Aufgrund welchen Anscheins darf die Gewerkschaft darauf vertrauen, dass ein blitzaustrittswilliger Arbeitgeber überhaupt Mitglied des Arbeitgeberverbandes ist und dies bleiben wird? Wenn ein Zivilgericht eine Vollmacht, von der der Geschäftsgegner nur „irgendwie“ gehört haben will, ohne Vollmachtsurkunde und ohne Duldungs- oder Anscheinsaspekte zum Anlass für Vertrauensschutz nähme, verstünde das niemand. Ob es eine Tarifbindung kraft Rechtschein überhaupt geben kann, ist umstritten<sup>28</sup>.

„Störungen der Geschäftsgrundlage des angestrebten Tarifvertrages“ müssten eine konkrete Erheblichkeitsschwelle überschreiten – und auch dann führte § 313 BGB doch nur zur Anpassung des Tarifinhalts (Abs. 1) – notfalls über ein Sonderkündigungsrecht der Gewerkschaft (Abs. 3). Niemals ließe sich eine Störung der Geschäftsgrundlage auf der kollektiven Vertragsebene tarifrechtlich mit einer Ausweitung der Tarifbindung auf der Normunterworfenenebene beantworten. Eine Störung der Geschäftsgrundlage kann doch nur zu einer Beschränkung des Vertrags, nie aber zu seiner Ausweitung führen. Mit seiner eigenen Tarifgeschäftsgrundlagenrechtsprechung<sup>29</sup> mag sich der Senat nicht auseinandersetzen.

Eine Informationspflicht immerhin ließe sich konkret denken. In der Tat könnte neben dem Tarifvertrag eine schuldrechtliche Pflicht beider Verbände stehen, über ihre Mitglieder zu informieren, damit sich beide Seiten darüber klar werden können, in welchen Arbeitsverhältnissen der Tarifvertrag gilt. Das hat gerade der 4. Senat für die Tarifbruchunterlassungsklage à la *Burda* schon gegen den Ersten in Stellung gebracht: Dass nämlich eine Störung der Tarifautonomie durch Tarifbruch nur in konkret bezeichneten Arbeitsverhältnissen auszumachen sei<sup>30</sup>.

Nur: Wer ist Adressat einer solchen Pflicht? Das kann doch nur die gegnerische Tarifpartei sein! Zur Pflichterzeugung könnte man das fragwürdige tarifrechtliche Dauerschuldverhältnis bemühen, womöglich auch eine Sonderform des kollektivvertraglichen Schuldverhältnisses (§ 311 Abs. 2 BGB). Dazu und dagegen ist schon manches geäußert worden. Auch wenn man sämtliche hohen Hürden des Pflichterzeugungstatbestandes nimmt (den der Senat nicht diskutieren mag), bleibt ein entscheidendes Folgeproblem: Die Rechtsfolge. Träfe den Arbeitgeberverband eine Informationspflicht über Blitzabgänge aus dem Mitgliederbestand, so schuldete er – der Arbeitgeberverband – der Gewerkschaft Schadensersatz nach §§ 280 Abs. 1, 241 BGB. Die Gewerkschaft müsste also so gestellt werden, wie sie stünde, hätte der Arbeitgeberverband rechtzeitig über den Blitzaustritt informiert. Hier ist überhaupt kein Schaden ersichtlich, der der Gewerkschaft erwüchse und der vom Verband ersetzt werden könnte. § 249 BGB schafft keinen Anspruch auf Vertragsschluss oder ausweitende Vertragsgeltung.

Dementsprechend liegt der „Clou“ der Rechtsschöpfung durch den Senat darin, dass der Fehler des Verbandes vom Mitglied auszubaden sein soll. Das Mitglied selbst kann nicht Adressat einer Informationspflicht gegenüber der Gewerkschaft sein – weil es nicht Vertragspartner der Gewerkschaft ist. Also bleibt nur eine Haftung des Mitgliedes für seinen Verband. Dies ist nicht so abwegig, wie es zunächst scheint. Denn im Kollektivvertragssystem nehmen die Kollektivvertragsparteien rechtsgeschäftliche Kompetenzen der Arbeitsvertragsparteien auf – der Tarifvertrag ist kollektiver Arbeitsvertrag; die Mitgliedschaft Delegation von Vertragskompetenzen. Dass das delegierende Individuum (Arbeitgeber oder Arbeitnehmer) für Fehler des für ihn handelnden Kollektives eintreten muss, ließe sich konstruktiv mit dem Rechtsgedanken des § 278 BGB begründen. In § 2 Abs. 4 TVG ist solches bereits für die Delegation von Tarifmacht vom Mitglieds- auf den Spitzenverband vorgesehen.

Aber auch dann bliebe eine Hürde: die Differenzhypothese des § 249 Abs. 1 BGB. Der Schadensersatz ist unlösbar mit dem Schutzzweck der verletzten Pflicht verknüpft. Dass der Schädiger den Geschädigten so zu stellen hat, wie dieser stünde, hätte sich der Schädiger pflichtgemäß verhalten, drückt diesen Zusammenhang aus. Die vom Senat befürwortete Tarifgebundenheit stellt die Gewerkschaft indes so, als wäre der Arbeitgeber gar nicht ausgetreten. Nur fehlt hierfür die Pflicht, nicht auszutreten; eine solche Pflicht verstieße gegen die negative Koalitionsfreiheit. Die verletzte Informationspflicht hingegen gebietet nur, die Gewerkschaft so zu stellen, wie sie stünde, hätte sie sogleich vom Blitzaustritt erfahren. Was wäre dann? Vielleicht nichts – wie beim transparenten Blitzaustritt von *Infineon*. Vielleicht wäre auch ein Haustarifabschluss gelungen – doch mit welchem hypothetischen Inhalt? Diesen kann der Richter schadensrechtlich nicht frei schöpfen, damit griffe er in die Tarifautonomie ein.

27) NJW 2009, 1918.

28) Dazu *Löwisch/Rieble* (Fn. 6), § 3 Rn 24 und *Wiedemann/Oetker* (Fn. 6), § 3 Rn 138.

29) BAG v. 18. 2. 1998 – 4 AZR 363/96, NZA 1998, 1008; BAG v. 18. 12. 1996 – 4 AZR 129/96, NZA 1997, 830; BAG v. 10. 2. 1988 – 4 AZR 538/87, AP Nr. 12 zu § 33 BAT; weiter *Hey, ZfA* 2002, 275.

30) BAG v. 19. 3. 2003 – 4 AZR 271/02, NZA 2003, 1221.

Man kann es drehen und wenden wie man will: Tatbestand (Informationspflichtverletzung) und Rechtsfolge (Tarifbindung trotz Austritts) passen nicht zusammen. Die überschießende Tendenz der vom Senat erfundenen Vorbindung an den Tarifvertrag lässt sich nur als Privatstrafe begreifen: Bestraft wird der einzelne Arbeitgeber für seinen tariflichen Ungehorsam, dafür, dass er als Tarifschädling die Gewerkschaft in deren ruhigen Geschäftsgang stört, dass er sich erdreistet, blitzartig und geheim auszutreten.

Privatstrafen<sup>31</sup> setzen eine gesetzliche Grundlage voraus (*nulla poena sine lege*) und sind streng schuldabhängig (*nulla poena sine culpa*). Rückwirkende Privatstrafregelungen belegen ein Defizit an Rechtsstaatlichkeit.

Die Versuche des Senats, seine Rechtsfolge konstruktiv mit Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG und § 134 BGB zu begründen<sup>32</sup> beleidigen das dogmatische Gewissen. Der Senat will ein konstruktives Ergebnis und ignoriert die Hindernisse. Der Austritt als solcher ist gerade Ausdruck der Koalitionsfreiheit und über seine (De-)Legitimationswirkung zugleich tragendes Element der Tarifautonomie. Durch den nackten Austritt wird der Gewerkschaft das Tarifgeschäft zwar erschwert – aber systemkonform. Nur das Informationsdefizit als solches mag die Koalitionsbetätigung der Gewerkschaft behindern. Dann aber ist nur und allenfalls (!) die „Nichtinformation“ als Maßnahme nach Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG rechtswidrig – aber doch niemals der freie Austritt selbst rechtsgeschäftlich vernichtet, mag er auch die Informationspflicht auslösen.

### c) Klarheit?

Zu guter letzt wirft die „Lösung“ des Problems erhebliche Folgefragen auf – die zwei wichtigsten lauten:

Wann beginnt genau die Verhandlungsphase und mit ihr das Transparenzgebot? Das sagt der Senat nicht. Genügt schon die bloße Tarifforderung der Gewerkschaft, womöglich Verlautbarungen des Verhandlungsführers? Oder muss es zu konkreten Verhandlungen beider Seiten gekommen sein? Sind auch Pilotverhandlungen in einem anderen Tarifbezirk maßgebend, wenn im eigenen noch nicht verhandelt wird?

Was ist, wenn die Verhandlungen zu lange dauern? Kann die Gewerkschaft eine mehrjährige Transparenzschutzphase etwa für einen Manteltarif oder ein Rationalisierungsschutzabkommen beanspruchen? Das kann schwerlich sein, weil die Gewerkschaft auf diese Weise aus dem eigenen Misserfolg Vorteile ableitet. Nur: Ab welcher zeitlichen Grenze endet der Transparenzschutz?

Mit solcher Unklarheit beschädigt der Senat das Tarifsysteem – er schafft selbst jene Intransparenz, die zu bekämpfen er vorgibt. Das darf als widersprüchlich, ja als Verstoß gegen Denkgesetze gesehen werden. Der Schleier des Nichtwissens um den neuen Sondertatbestand der Tarifbindung und -geltung sorgt für Handlungsanreize. Wenn Arbeitgeber nicht wissen können, ob sie einer tariflichen Vorbindung entgehen können, dann lassen sie den Blitzaustritt oder gar jeden Austritt womöglich gleich bleiben. Immerhin dräut ein Strafbarkeitsrisiko (§ 266a StGB).

### 3. Verstoß gegen die Gesetzesbindung des Richters

Art. 20 Abs. 3 GG bindet den Richter – und also den Tarifenat des BAG – an das einfache Gesetzesrecht. Hiergegen verstößt die Entscheidung gleich doppelt.

Erstens verlangt § 3 Abs. 1 TVG für den Beginn der autonomen Tarifgebundenheit eindeutig Tarifabschluss und Mitgliedschaft. Tarifverhandlungen und Mitgliedschaft (so das „Vorbindungskonzept“ des Senats) genügen ebenso eindeutig nicht. § 3 Abs. 3 TVG verlängert nur die autonome Tarifbindung kraft Mitgliedschaft, ist Ausdruck des Grundsatzes *pacta sunt servanda*. Eine spiegelbildliche Vorbindung kann der Vorschrift nicht entnommen werden.

Zweitens folgt aus §§ 3 Abs. 1 und 5 Abs. 4 TVG, dass die Tarifbindung nur durch autonome Mitgliedschaft oder eigenen autonomen Tarifabschluss des Arbeitgebers oder durch staatlichen Rechtssetzungsakt (der Exekutive) ausgelöst werden kann. Das BVerfG hat diese strenge Alternativität von privat-autonom-mitgliedschaftlicher und staatlich-demokratischer Legitimation herausgestellt<sup>33</sup>. Der Tarifenat erfindet nun eine neue Tarifbindung: diejenige des tarifflichtigen Arbeitgebers, der zum Zeitpunkt des Tarifabschlusses nicht mehr Mitglied ist und tarifsystemschiädlich (= gewerkschaftsfrustrierend) sich ohne Mitteilung an die Gewerkschaft aus dem Tarifstaub macht. Weil es sich nicht um eine autonome Tarifbindung handelt, muss es eine staatliche sein (eben eine sanktionierende). Das BAG agiert als Tarifbehörde, die eine punktuelle Tarifierstreckung auf einen nicht-mehr-tarifgebundenen Arbeitgeber verordnet. Diese sanktionierende „Individualverbindlicherklärung“ des Tarifvertrags ist weder als Justizverwaltungsakt (Art. 23 EGGVG) vor den ordentlichen Gerichten noch als Quasi-Allgemeinverbindlicherklärung vor den Verwaltungsgerichten angreifbar – weil das BAG meint, sein Tarifierstreckungsakt sei nicht konstitutiv, sondern folge einer neuen Tarifrechtsnorm. Dafür gibt es im Gesetz keine Grundlage. Das TVG regelt die Tarifbindung mit §§ 3, 5 Abs. 4 in Wortlaut wie Systematik abschließend.

Die Entscheidungen zeigen Geringschätzung des Gesetzgebers. Gerade wenn man aus der Tarifsysteemfunktionalität ein Schutzgebot für die frustrierte Gewerkschaft ableitet – ist diese Änderung der Tarifrechtsordnung doch der Ersten Gewalt vorbehalten, weil hierzu das TVG geändert werden muss. Der Tarifenat „bricht“ nicht nur das Gesetz – er ignoriert die Gesetzesbindung dadurch, dass er ohne Rechtfertigung vor dem eindeutigen Gesetzeswortlaut das TVG ändert, im Wege der Rechtsfortbildung *contra legem*. Seine „Vorbindung“ ist greifbar gesetzeswidrig. Sie verletzt den Vorrang des einfachen Gesetzes vor dem Richterrecht. Die verfassungsrechtlich und methodisch dem Grunde nach (schon wegen der Vorlagepflicht des Art. 100 Abs. 1 GG) unbestreitbare aber in ihren Grenzen umstrittene Bindung des Richters an das Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) ist nach allen Auffassungen verletzt – es handelt sich um eine Rechtsfortbildung *contra legem*, ohne dass das Gesetz derogiert ist<sup>34</sup>. Ich kann keinen Unterschied sehen zu der seinerzeit vom BVerfG beanstandeten Erfindung eines Konkursvorranges für Sozialplanansprüche<sup>35</sup>. Der Zugriff auf Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG i. V. m. § 134 BGB ist nur unzureichender Methodentrick, um diesen eindeutigen Vorrang des Gesetzes zu umspielen. Eigentlich erschreckend ist die selbstgewisse Art, mit der der Senat vorgeht. Art. 20 Abs. 3 GG ist in den Urteilsgründen nicht angesprochen; ob der Senat in solchen Verfassungsvorgaben Ballast sieht, der den Ballon des Gestaltungswilligen am Aufstieg hindert – wir wissen es nicht. Eine saubere Rechtsfindung, die sich mit eigenen Grenzen auseinandersetzt, sieht anders aus.

31) Zur Systemwidrigkeit der Privatstrafe Staudinger-Rieble, 2009, Vorbem. 126 ff. zu §§ 339 ff.

32) BAG v. 4. 6. 2008 – 4 AZR 419/07, NZA 2008, 1366, Rn. 72.

33) Zentral: BVerfG v. 14. 6. 1983 – 2 BvR 488/80, BVerfGE 64, 208 = NJW 1984, 1225.

34) Grundlegend Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 366 ff., 413 ff.; Günter Hirsch, Rechtsanwendung, Rechtsfindung, Rechtsschöpfung, 1. Aufl. 2003, und ders., ZRP 2006, 161. Dazu Udo Steiner, in: Festschrift Günter Hirsch (2008), S. 611 ff., Luzide, indes selten herangezogen: Carl Schmitt, Gesetz und Urteil, 2. Aufl. 1969, insbesondere S. 91 ff.; Flume, Richter und Recht, Schlussvortrag zum 46. DJT 1966, 1967, K 5 ff.; Picker, JZ 1988, 1 ff., 62 ff.; Monographisch: Neuner, Die Rechtsfindung *contra legem*, 2. Aufl. 2005; Wank, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978; Ipsen, Richterrecht und Verfassung, 1975.

35) BVerfG v. 19. 10. 1983 – 2 BvR 485 und 486/80, BVerfGE 65, 182 = NJW 1984, 475.

#### IV. Ausblick: Weiter so!

Die eigentliche Gefahr system- und methodenfreier Rechtsfortbildung besteht in ihrer Beliebigkeit – vor der die Präsidentin des BAG selbst warnt<sup>36</sup>. Indes ist die Beliebigkeit auf dem Vormarsch, und zwar gerade im offensiven Umgang mit Verfassungswerten im abwägungsoffenen System<sup>37</sup>. Dem Senat genügt ein subjektives „Fürsichtighalten“ – also letztlich ein Rechtsgefühl. Der Verzicht auf methodische Strenge gegenüber dem eigenen Rechtsfindungsprozess und auf dogmatischen Abgleich zu anderen Prinzipien des Tarifrechts birgt dann die Gefahr, dass solches Rechtsgefühl zu Gefühlsrecht gerinnt<sup>38</sup>. Diese neue Methode „unbekümmerter“ Richterrechtsetzung fordert die wissenschaftliche Kritik. Je „mutiger“ und auch bedenkenloser Rechtsfortbildung von Bundesgerichten praktiziert wird, desto wichtiger ist das Wächteramt der Wissenschaft.

Wie soll man auf einen Verfassungsbruch mit einer Verschiebung des Machtgefüges zwischen Erster und Dritter Gewalt reagieren? Am besten durch den Vorschlag einer Verfassungsänderung: In Art. 100 Abs. 4 GG ließe sich die Göttinger Formel<sup>39</sup>, die danach fragt, ob das geltende (Zivil-)Recht seine soziale Tauglichkeit unter Beweis gestellt habe, verfassungsrechtlich fundieren: „Unberührt bleibt die Befugnis der Gerichte, durch Rechtsfortbildung im Dienst des sozialen Fortschritts Gesetze über Wortlaut und Systematik hinaus sachgerecht anzupassen.“ Systematisches Vorbild sind die „Besonderheiten des Arbeitsrechts“ in § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB. Damit wird jede kompetentiell-kleingeistige Enge überwunden, das BVerfG und der Gesetzgeber angemessen entlastet. Die schon praktizierte Freirechtsschule erfühere verfassungsrechtliche Dignität – der Weg zum Richterkönigtum<sup>40</sup> oder dem von *Rüthers* kritisierten oligarchen Richterstaat<sup>41</sup> wäre abgesichert, gerade gegenüber kritischer Wissenschaft („la loi, c'est moi“). Dann wird auch der kluge Satz von *Eduard Picker* zu Makulatur: „Ist er (der Richter) dagegen nach Arbeitsweise und Arbeitsmitteln nicht auch nur annähernd in die Lage versetzt, gleich dem Gesetzgeber eine eigentliche Gestaltung des Rechts und damit der Sozialexistenz vorzunehmen, so ist eine solche Betätigung daher nicht mehr durch sein Amt und seine Kompetenz als Richter gedeckt. Insoweit handelt er, wenn man so will, *ultra vires*“<sup>42</sup>.

Das „Warum“ des Senats ist leicht zu ergründen: Er sieht in der Anwendung tariflicher Arbeitsbedingungen das einschlägige „Ordnungsmodell für das Arbeits- und Sozialleben in der Bundesrepublik Deutschland“<sup>43</sup>. Gewollt ist „die Orientierung des Außenseiter-Arbeitsverhältnisses am Tarifvertrag durch transparente Gleichstellungsabreden“ – als „sozialpolitisch wünschenswert“<sup>44</sup>. Tarifgeltung soll sein. Dafür geht der Senat weit: In der Entscheidung vom 23. 3. 2005<sup>45</sup> meinte der Senat greifbar gesetzwidrig, ein in Bezug genommener (verschlechternder Sanierungs-) Tarifvertrag könne einen normativ geltenden, ja sogar allgemeinverbindlichen Tarifvertrag verdrängen – ein glatter Verstoß gegen § 4 Abs. 1, 3 TVG. „Gerechtfertigt“ war dies durch das sozialpolitische Anliegen, einen Sanierungstarifvertrag nicht an den Fehlern der Beteiligten und auch der Gewerkschaft scheitern zu lassen, die es versäumt hatten, auch den Sanierungstarif für allgemeinverbindlich erklären zu lassen. Nicht die ebenso berechnete wie deutliche Kritik<sup>46</sup> hieran hat den Senat zur Einsicht bewogen. Vielmehr bemerkte der Senat, dass seine Haltung sich im anderen Fall zu Lasten der Arbeitnehmer und ihres alten Tarifvertrags auswirkte, hat deshalb seine Rechtsprechung aufgegeben, ohne *Thüsing* als zentralen Kritiker zu zitieren<sup>47</sup>. So ähnlich hat der 4. Senat jüngst das eindeutige Votum des Großen Senats von 1967 bei Seite geschoben – und „einfache“ Differenzierungsklauseln zugelassen (damit durch Nichtanrufung des Großen Senats den gesetzlichen Richter verletzt) sowie die Auslegung einer normalen Bezugnahme Klausel zwischen Arbeitgeber und

nichtorganisiertem Arbeitnehmer am Gewerkschaftsinteresse ausgerichtet<sup>48</sup>. Überboten wird das noch durch die allerjüngste Volte: Unsauberkeiten in der praktizierten Trennung von T- und OT-Mitgliedschaft sollen aus einem übergetretenen OT-Mitglied ein tarifgebundenes Mitglied machen können – gegen den Willen von Verband und Mitglied – aber im übergeordneten Tarifgeltungsinteresse<sup>49</sup>. Auf diese Weiterungen wird zurückzukommen sein. Das belegt den Gestaltungswillen des Gerichts.

Der 4. Senat zeigt ein eigenes Tarifrechtsverständnis: Recht ist, was der Gewerkschaft nützt und die Tarifbindung stützt. Methodisch kann er sich hierbei auf *Sinzheimer* und dessen (vordemokratische) Haltung zur Rechtserzeugung berufen<sup>50</sup>. Solche partikulär-gruppennützige Richterrechtsetzung verfehlt das demokratische Ideal<sup>51</sup> – und gerinnt zu einer „Rechtswissenschaft ohne Recht“<sup>52</sup>. Vom „Recht ist, was dem Volke nützt“ bis zum „Recht ist, was der Gewerkschaft nützt und die Tarifbindung stützt“ ist es kein weiter utilitaristischer Weg. *Sinzheimers* Vorbild *von Gierke* wurde – daran muss schmerzhaft erinnert werden – von den Nazis als „Vater“ des völkischen Rechtsdenkens missbraucht.

Wenn Gerichte zu stark auf ihren Gestaltungswillen hören und die eigene Pflichtenbindung aus dem Blick verlieren, dann droht der Gesellschaft eine richterliche Machtergreifung, die das geschriebene Recht beiseite schiebt und den Richter zu umfassender Rechtspolitik berufen sieht. Dazu hat *Flume* das Nötige gesagt: „Der Richter hat keine Sachziele zu verfolgen. Die Entscheidung vor allem über die Gestaltung unserer Sozialalexistenz ist nicht Sache des Richters. Der Richter hat nicht die Legitimation zur sozialreformerischen und allgemein zur politisch gestaltenden Entscheidung“<sup>53</sup>. Hiervor muss gewarnt werden, auch wenn das BVerfG in der Aussperrungsentscheidung<sup>54</sup> die Arbeitsgerichte zum Gestaltungseinsatz ermuntert: Wenn man den Vorbehalt des Gesetzes im Arbeitsrecht abschafft, dann wird auch sein Vorrang nicht mehr ernst genommen.

Nun bleibt rechtsstaatlich wenig anderes übrig, als das BVerfG zu ersuchen, seine Rechtsprechungsabstinenz auf dem Gebiet des Arbeitsrechts aufzugeben. Die Beratungspraxis geht einen anderen Weg: Sie kalkuliert die Spruchpraxis des Tarifsenats als unvorhersagbar in die Konzepte ein und setzt auf „alternative Modelle“. Diese muten den Arbeitnehmern mitunter den größeren Schaden zu, weil abrasive Methoden rechtssicher möglich sind. Abteilungsschließung vor Abteilungstarifflucht ist eine der banaleren Varianten. Die anderen werden hier nicht verraten.

36) *Schmidt*, in: Festschrift Richardi (2007), S. 765, 768 f.

37) Eindrucksvoll *Schlink*, JZ 2007, 157 ff.

38) Instrukтив *Bihler*, Rechtsgefühl, System und Wertung, 1979. Warnend auch *G. Hirsch*, (Fn. 34), S. 20.

39) *Gamillscheg*, AcP 176 (1976) 197 ff.; kritisch: *Rückert*, ZfA 1992, 225 ff.; gegen *Gamillscheg* vor allem *Zöllner*, AcP 176 (1976) 221, 236 ff.; *ders.*, ZfA 1988, 265; *Richardi*, ZfA 1988, 221 ff.

40) *Ernst Fuchs*, Schreibjustiz und Richterkönigtum, 1907.

41) *Rüthers*, JZ 2002, 365; *ders.*, JZ 2008, 446.

42) *Picker*, JZ 1984, 153, 154.

43) BAG v. 14. 12. 2005 – 4 AZR 536/04, Rn. 23.

44) *Greiner*, DB 2009, 398.

45) 4 AZR 203/04, NZA 2005, 1003.

46) Vor allem *Thüsing*, NZA 2005, 1280; weiter *Kort*, SAE 2006, 247.

47) BAG v. 29. 8. 2007 – 4 AZR 767/06, NZA 2008, 364.

48) BAG v. 18. 3. 2009 – 4 AZR 64/08, noch nicht abgesetzt.

49) BAG v. 22. 4. 2009 – 4 AZR 111/08, noch nicht abgesetzt.

50) Dazu *Kahn-Freund*, *Hugo Sinzheimer*, in: *Sinzheimer*, Arbeitsrecht und Rechtssoziologie I, 1976, S. 1, 7 ff.

51) Sehr klar bereits *Reuter*, Anm. EzA Nr. 94 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 28.

52) *Rittner*, in: *Gedächtnisschrift Knobbe-Keuk* (1997), S. 955; auch S. 963 Fn. 28 zum *social engineering*.

53) *Flume* (Fn. 34), S. K 26.

54) BVerfG v. 26. 6. 1991 – 1 BvL 779/85, BVerfGE 84, 212 = NZA 1991, 809.