

**Der Artikel erschien in: Rödl, Florian (2022): "Gerechtigkeit durch Tarifvertrag" - ein Forschungsprogramm. In: Soziales Recht 12 (6), 217-225.**

## **»Gerechtigkeit durch Tarifvertrag« – ein Forschungsprogramm**

*Prof. Dr. Florian Rödl, M.A., Freie Universität Berlin*

*Unter dem Titel »Gerechtigkeit durch Tarifvertrag« hat die Hans-Böckler-Stiftung an der Freien Universität Berlin ein interdisziplinäres Promotionskolleg mit rechtswissenschaftlichem Schwerpunkt eingerichtet. Die Kollegiatinnen und Kollegiaten haben zum Jahreswechsel 2020/2021 die Forschungsarbeit aufgenommen: Aufgrund der pandemiebedingten Umstände fand die Auftaktkonferenz des Kollegs erst im September 2021 statt. Der folgende Text ist die überarbeitete Langfassung des dort gehaltenen Vortrags zur Vorstellung des Forschungsprogramms des Kollegs.<sup>1</sup>*

### **I. Gerechtigkeit im bürgerlichen Vertragsrecht**

Unsere Forschung im Kolleg zu den Grundlagen der Tarifautonomie startet nicht mit der grundgesetzlichen Gewährleistung der Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 GG und auch nicht mit dem Sozialstaatsprinzip in Art. 20 Abs. 1 GG. Unsere Forschung startet vielmehr im Privatrecht, noch genauer: im Zivilrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Das ist durchaus ungewöhnlich. Es ist auch überraschend für ein Kolleg, das seitens der Hans-Böckler-Stiftung gefördert wird, der Forschungsförderungsstiftung des Deutschen Gewerkschaftsbundes. Denn viele werden aus den vergangenen Jahren, gar Jahrzehnten, den Eindruck gewonnen haben, dass das Programm einer Offenlegung von zivilrechtlichen Grundlagen des Kollektivarbeitsrechts selten Positives bringt für die Beschäftigten und die Gewerkschaften. Dieser Eindruck ist nach den bisherigen Erträgen ganz richtig: Am Ende steht häufig ein Plädoyer für die Schwächung wesentlicher Bausteine des geltenden Tarifvertragssystems.

---

<sup>1</sup> Weitere Informationen zum Kolleg, zu den Einzelprojekten und auch zu Veranstaltungen unter: <http://www.gerechtigkeitdurchtarifvertrag.de> (29.6.2022).

Jedoch: Dieser Stand der Dinge tut dem Zivilrecht im Allgemeinen und dem BGB im Besonderen Unrecht. Und das liegt an einem liberalistischen Missverständnis. Worin liegt dieses Missverständnis? Es geht im Kern um die Vorstellung eines *anything goes*, die dem zivilrechtlichen Vertragsrecht des BGB unterliegen soll. Dieses *anything goes* beruht auf einer Vorstellung von Vertragsfreiheit, der zufolge alles verbindlich wird, was die eine Partei der anderen zur Zustimmung aufnötigt. Diese Vorstellung von Vertragsfreiheit ist nicht nur im politischen Sinn augenfällig unsozial, namentlich wenn es um Verträge über Wohnraum oder Arbeitsleistungen geht. Diese Vorstellung ist – und das ist der erste Ausgangspunkt des Kollegs – gerade auch nicht die des Zivilrechts. Vielmehr ist richtig: Das Zivilrecht unterstellt, dass wir alle, wenn wir Schuldverträge über den Austausch von Leistungen schließen, unsere Leistungen zu fairen Bedingungen tauschen wollen. Diese Unterstellung prägt das gesamte Schuldvertragsrecht.<sup>2</sup> Sie leitet allem voran umfassend die Auslegung von Verträgen an. Nehmen wir nur, um an dieser Stelle knapp zu bleiben, die allgemeine Regel zur Auslegung expliziter Vertragsabreden in § 157 BGB oder die komplementäre Regel zur ergänzenden Vertragsauslegung in § 242 BGB: Jeweils ist der Inhalt des Vertrags so auszulegen, »wie Treu und Glauben [...] es erfordern«. Was Treu und Glauben bei einem Austausch einer Leistung gegen Geld verlangen, ist nach einer Seite hin klar bestimmt: Der im Vertrag vereinigte Wille der Parteien ist weder im Wege der Auslegung noch im Wege der Ergänzung so zu verstehen, dass im Ergebnis die eine Partei die andere über das Ohr gehauen hat.<sup>3</sup>

Diese Unterstellung gilt aber nicht nur mit Blick auf die Bedingungen des Austauschs, sie gilt auch mit Blick auf den Preis. Das Zivilrecht ist gerade nicht der Auffassung, dass jeder Preis in Ordnung sei, wenn und weil ihn die Parteien nur freiwillig vereinbart haben, dass also jede Preisabrede wirksam sei, wenn die eine Partei der anderen nur die Zustimmung zu ihrem Preisvorschlag abringen konnte. Vielmehr unterstellt das Zivilrecht, dass die Parteien ihre Leistungen in der Regel zu kompetitiven Marktpreisen tauschen wollen. Denn unter Gleichen, die weder

---

<sup>2</sup> Grundlegend anhand des Common Law: *Benson*, Justice in Transactions: A Theory of Contract Law, Cambridge/Ms. 2019, Kap. 4–6; für das deutsche Schuldvertragsrecht: *Rödl*, ERCL 2021, 157, 159.

<sup>3</sup> Die geläufige positive Bestimmung lautet: Auslegung i. S. e. gerechten Interessenausgleichs; vgl. *Busche*, in: *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl., München 2021 (im Folgenden: *MüKo-BGB*), § 157 Rn. 7 u. *MüKo-BGB-Schubert*, § 242 Rn. 8; *Singer*, in: *Staudinger* (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 18. Aufl., Berlin 2020, § 133 BGB Rn. 54; *Staudinger-Looschelders/Olzen*, § 242 BGB Rn. 144.

befreundet noch verwandt sind, schenkt man sich meistens nichts. Darum will man seine eigene Leistung regelmäßig nicht unter dem Marktpreis tauschen und eine fremde Leistung regelmäßig nicht über dem Marktpreis erwerben. In der Regel ist das freilich kein Problem, und das Vertragsrecht muss sich um den Austausch zum fairen Preis nicht weiter sorgen: Wer auf der Suche nach einem Vertragspartner auf jemanden trifft, der nicht zum Marktpreis tauschen will, der sucht sich eben einen anderen.

Zivilrechtliche Preisfreiheit und Marktpreise kommen also Hand in Hand, und sie sind begrifflich wie normativ miteinander verschränkt. Einerseits setzt Preisfreiheit die Bildung von Marktpreisen ins Werk, das heißt Marktpreise können sich nur im Kontext von zivilrechtlicher Preisfreiheit bilden. Andererseits bewirkt die Existenz von Marktpreisen, dass im einzelnen Schuldvertrag regelmäßig ungefähr der Marktpreis vereinbart wird. Das Zivilrecht setzt also voraus, dass für schuldvertraglich getauschte Leistungen Marktpreise existieren, und es unterstellt für den Regelfall, dass die Parteien diese auch vereinbaren wollen. Daraus erklärt sich namentlich die Wuchergrenze in § 138 Abs. 2 BGB: Wenn eine Preisabrede, die weit unter oder über dem Marktpreis liegt, nicht etwa einer dynamischen Marktentwicklung geschuldet ist, sondern auf die Ausbeutung einer Schwäche des Vertragspartners zurückgeht, dann ist das – gerade zivilrechtlich – nicht in Ordnung.

Nun ist allen wohl bekannt: Diese fundamentale Unterstellung des Zivilrechts einer Existenz von Marktpreisen für die getauschten Leistungen trifft nicht immer zu. Die Unterstellung trifft einerseits nicht zu, wenn Monopole bestehen oder wenn Kartellabsprachen getroffen sind. Darum gibt es ein Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, das mit strengen Mitteln darauf dringt, kompetitive Marktbedingungen herzustellen.<sup>4</sup> Und zwar in erster Linie eben damit die fundamentale Unterstellung des Zivilrechts wieder stimmt, und die Preisfreiheit die ihr normativ zgedachte Rolle spielen kann.

Es gibt aber auch Leistungen, bei denen die Sache anders liegt. Es handelt sich um Leistungen, bei denen die Bildung von kompetitiven Marktpreisen aufgrund der Art der Leistung ausgeschlossen ist. In diesen Fällen kann man die Bildung von Marktpreisen nicht erzwingen, man muss ihr Fehlen kompensieren. Bei Leistungen von dieser Art

---

<sup>4</sup> Zur funktionalen Parallele von Kartellrecht und Tarifautonomie bereits *Säcker*, AuR 1994, S. 3 f.

kann man es darum nicht bei der Preisfreiheit belassen. Denn, es sei wiederholt, das Zivilrecht setzt Preisfreiheit ins Werk, insofern diese in der Bildung von Marktpreisen resultiert. Darum gilt in der Umkehrung: Fällt die Marktpreisbildung aufgrund der Art der Leistung aus, kann es nicht bei der Preisfreiheit bleiben.

Gemeint sind Leistungen von Geld, Boden und menschlicher Arbeit. Es sind die drei Gegenstände, die der große Wirtschaftssoziologe *Karl Polanyi* nicht umsonst als »fiktive Waren« bezeichnet hat.<sup>5</sup> Sie heißen eben deswegen »fiktive Waren«, weil sich keine kompetitiven Marktpreise bilden können. Auf Geld und Boden kann ich jetzt nicht eingehen, im Rahmen unseres Kollegs geht es allein um die menschliche Arbeit.

Dass sich für Leistungen, deren Kern in menschlicher Arbeitsleistung besteht, keine kompetitiven Marktpreise bilden können, liegt an einer sogenannten Anomalie der entsprechenden Märkte: Eine sinkende Nachfrage führt nicht wie sonst zu einem sinkenden Angebot, um den Preis stabil zu halten, sondern zur Ausweitung des Angebots, so dass der Preis noch weiter sinkt und immer so fort.<sup>6</sup> Diese Anomalie gilt wohlgerne für alle menschlichen Arbeitsleistungen, nicht nur für die in abhängiger Beschäftigung. Das ist der Hintergrund, warum auch für viele Leistungen im Rahmen freier Berufe Mindestvergütungen vorgesehen sind: für Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, für Ärzte und Zahnärzte, oder auch – bis zu einer erneut ausgesprochen unseligen Intervention des Europäischen Gerichtshofes<sup>7</sup> – für Architekten und Ingenieure. Für all diese Berufe greifen Mindestvergütungen, die in zwingenden Rechtsnormen festgelegt sind.

Was für die Preise der genannten selbständigen Dienstleistungen gilt, gilt gleich für die Preise für Leistungen abhängig Beschäftigter. Die Marktanomalie greift hier erst recht, die Preisbildung kann darum auch hier nicht der Preisfreiheit überlassen werden. Es müssen Mindestvergütungen festgelegt werden, und zwar wiederum durch zwingende Rechtsnormen.

---

<sup>5</sup> *Polanyi*, *The Great Transformation*, Boston 1944.

<sup>6</sup> Eingehendere ökonomische Explikation bei *Rödl*, in: Hartmann/Bieder (Hrsg.), *Individuelle Freiheit und kollektive Interessenwahrnehmung im deutschen und europäischen Arbeitsrecht*, Tübingen 2012, S. 81–101.

<sup>7</sup> EuGH, 4.7.2019 – C-377/17 – NVwZ 2019, 1120 (HOAI).

So viel kann man also ableiten aus der Logik des Zivilrechts, aus der Einsicht, dass die vertragsrechtliche Preisfreiheit nicht etwa als Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit für sich steht (und als solche auch noch über Art. 2 Abs. 1 GG oder 12 Abs. 1 GG geschützt wäre, wie es leider immer wieder zu lesen ist<sup>8</sup>), sondern mit Marktpreisbildung Hand in Hand gehen muss. Wo die Marktpreisbildung ausfällt, verliert darum die Preisfreiheit ihre normative Grundlage. Ihre Begrenzung durch zwingende Rechtsnormen verlangt im Arbeitsverhältnis also nicht erst die Verfassung mit Sozialstaatsprinzip oder Garantie der Koalitionsfreiheit, sondern schon die Eigenlogik des Zivilrechts.

## II. Tarifautonomie als Autonomie in der Rechtsnormsetzung

Von Tarifautonomie war bis hierher nicht die Rede, und zwar zu Recht. Tarifautonomie tritt tatsächlich erst auf den Plan, nachdem all das zuvor Gesagte schon feststeht. Vor dem eben entfalteten zivilrechtlichen Hintergrund bedeutet Tarifautonomie präzise, dass im Feld abhängiger Arbeit Urheber der Rechtsnormen nicht der staatliche Gesetzgeber, sondern Tarifvertragsparteien sein sollen. Es geht aber nur um die Urheberschaft. Im Übrigen leisten die Tarifverträge, was andernfalls das staatliche Gesetz leisten müsste. Tarifautonomie beinhaltet darum wesentlich eine Befugnis zur Setzung von Rechtsnormen<sup>9</sup>, also von Normen, die mit Bezug auf das Arbeitsverhältnis keine staatlichen Gesetze sind, aber ein funktionales Äquivalent zu staatlichen Gesetzen bilden.

Damit liefert Tarifautonomie eine Befugnis, die gerade kein Privater jemals haben kann. Grundsätzlich kann ein Privater bewirken, dass sich die Lage seiner Berechtigungen aus subjektiven Rechten ändert. Das bedeutet Privatautonomie allgemein.<sup>10</sup> Das schließt ein, dass ein Privater auch Verträge über den Austausch der

---

<sup>8</sup> Etwa *Scholz*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG-Kommentar, 95. Aufl., München 2021, Art. 12 Rn. 132 (mwN. in Fn. 4). Richtig ist demgegenüber die für öffentlich-rechtlich gerahmte Vergütungsregeln getroffene Festlegung des BVerfG, die Berufsfreiheit schließe die Freiheit ein, für die eigene berufliche Tätigkeit eine angemessene Vergütung zu fordern: BVerfG, 1.7.1980 – 1 BvR 349/75, 1 BvR 378/76 – BVerfGE 54, 251, 271. Diese Festlegung ist ohne Abstriche auf privatvertragliche Vergütungen zu übertragen. Folgerichtig muss die Möglichkeit, ausgerechnet eine unangemessene Vergütung zu vereinbaren, schon jenseits des Schutzbereichs der Berufsfreiheit liegen.

<sup>9</sup> Vgl. auch *Ulber*, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 5. Aufl., Baden-Baden 2022 (im Folgenden: Däubler TVG), Einl. Rn. 326: Tarifautonomie als »Rechtsmacht zur Gestaltung der Vertragsbeziehungen Dritter«.

<sup>10</sup> *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, Berlin 1840, S. 12 mAnm. (b); entsprechend *Flume*, Allgemeiner Teil, Bd. 2: Das Rechtsgeschäft, Heidelberg 1992, S. 5 f.

eigenen Leistungen schließen kann. Das bedeutet Privatautonomie für den vertragsrechtlichen Kontext. Ein Privater hingegen kann nicht festlegen (und zwei zusammen können das auch nicht), welchen Inhalt ein etwaiger Austausch von Leistungen hat, wenn er denn von anderen schuldvertraglich vereinbart wird. Eine solche Festlegung vermag an sich nur der Staat, und zwar im Regelfall durch den Zivil- oder Privatrechtsgesetzgeber (vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1, 11, 12 GG) und subsidiär durch die Rechtsprechung der Zivilgerichtsbarkeit über §§ 157, 242, 305 ff., 138 Abs. 2 BGB.

Im Fall der abhängigen Beschäftigung haben die Befugnis, den Inhalt von Schuldverträgen zu bestimmen, ausnahmsweise die Tarifvertragsparteien inne. Die Befugnis unterliegt dabei durchaus rechtlichen Maßgaben aus Verfassung und Gesetz. Im Übrigen aber wird sie autonom wahrgenommen, das heißt in diesem Zusammenhang nicht nach inhaltlichen Vorgaben oder gar Weisung. Mit der rechtsgeschäftlichen Autonomie der Privaten hat diese Autonomie definitiv nichts zu tun. Vor diesem Hintergrund ist das inzwischen so weit verbreitete Verständnis von Tarifautonomie als »kollektiver Privatautonomie« erst einmal eines: ein Missverständnis dessen, was Privatautonomie im Zivilrecht eigentlich bedeutet.

Das ist der zweite Ausgangspunkt des Kollegs, der erfreulicherweise das Interesse der gegenwärtigen Kollegiatinnen und Kollegiaten geweckt hat. Was wir in den letzten Monaten im Rahmen von mehreren Seminaren vertieft haben, ist das Verständnis von den konkurrierenden Ansätzen, also der mandatarischen Theorie als in der Rechtswissenschaft vertretene Mindermeinung und der Anerkennungstheorie als herrschender Meinung. Weil wir freilich Wissenschaft betreiben, kann ich im Folgenden vor allem das präsentieren, was ich selbst daraus mitgenommen habe; es mache also niemand die Kollegiatinnen und Kollegiaten haftbar dafür, was jetzt kommt. Aber es sei am Rande notiert, dass solche Erkenntnisse, wenn sie denn welche sind, keine einsame Leistung sind, sondern in gemeinschaftlicher Denkarbeit heranreifen.

Bei der mandatarischen Theorie, obgleich ein anspruchsvolles Gegenüber<sup>11</sup>, will ich mich in diesem Rahmen kurzfassen. Sie hat die dargelegte Belehrung über den Sinn zivilrechtlicher Privatautonomie eigentlich nicht nötig. Denn sie wendet sich konzeptionell eben gerade dagegen, dass Tarifverträge Rechtsnormen enthalten sollen.

---

<sup>11</sup> *Richardi*, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, München 1968, S. 127 ff.; *Picker*, ZfA 1998, 573 ff.

Grundidee der mandatarischen Theorie ist, dass der Tarifvertrag – entgegen § 1 Abs. 1 TVG – ausschließlich ein Schuldvertrag sei, in dem die Verbände Arbeitsverträge aushandeln, und zwar für ihre Mitglieder gebündelt und in diesem Sinne »kollektiv«. Das bedeutet, der Tarifvertrag soll tatsächlich nichts anderes sein als eine komplexe und wiederum rechtsgeschäftlich vermittelte Bündelung privatautonomer Vertragsschlüsse der Arbeitsvertragsparteien. Insofern präsentiert die mandatarische Theorie insgesamt ein Verständnis von Tarifautonomie als, präzise, »kollektiv ausgeübter Privatautonomie«.

Mit diesem Verständnis wird freilich, und das ist wohl auch anerkannt<sup>12</sup>, der essentielle Charakter tariflicher Vereinbarungen als zwingende Rechtsnormen verfehlt. In Reaktion auf diesen Befund sind von klugen Geistern inzwischen anspruchsvolle Versuche unternommen worden, die Grundidee der »kollektiv ausgeübten Privatautonomie« fortzuentwickeln mit dem Ziel, die Kluft zwischen Theorie und Tarifvertragsgesetz zumindest etwas zu verkleinern.<sup>13</sup> Dafür müssen allerdings bemerkenswerte zivilrechtliche Figuren kreiert werden, wie namentlich die »unwiderrufliche Verpflichtungsermächtigung«. Die jedoch kennt das geltende Zivilrecht nicht, und zwar gerade im Dienste der Idee von Privatautonomie. Aber in diese Tiefen des Zivilrechts will ich hier nicht weiter vordringen, sondern nur unsere Diagnose im Kolleg berichten: Je mehr es der mandatarischen Theorie gelingt, die Lücken zum geltenden Tarifrecht zu schließen, umso weniger überzeugend fallen ihre zivilrechtlichen Konstruktionen aus und umso weniger bleibt damit von der Privatautonomie übrig, in deren Namen das Ganze doch eigentlich betrieben wurde.

Wie steht es demgegenüber mit der herrschenden Anerkennungstheorie, die wohl auch der Rechtsprechung des BVerfG zugrunde liegt<sup>14</sup>? Die Anerkennungstheorie<sup>15</sup> startet mit der Vorstellung, dass die Tarifvertragsparteien zwar nicht gebündelt die Arbeitsverträge ihrer Mitglieder ändern, aber gleichwohl mit Blick auf die

---

<sup>12</sup> Stellvertretend *Thüsing*, in: Wiedemann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 8. Aufl., München 2019, § 1 Rn. 48, 56 f.

<sup>13</sup> *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, Tübingen 2014, S. 142 ff.

<sup>14</sup> Seit BVerfG, 27.2.1973 – 2 BvL 27/69 – BVerfGE 34, 307, 317 und zwar bemerkenswerterweise zur Normsetzung gerade nicht durch Tarifvertragsparteien in Gestalt frei gebildeter Koalitionen, sondern durch gesetzlich eingerichtete Heimarbeitsausschüsse (§ 4 HAG).

<sup>15</sup> Maßgeblicher Bezug für das Folgende ist *Waltermann*, FS Söllner, 2000, S. 1251 ff. und *ders.*, ZfA 2000, 53 ff.; sowie *Kirchhof*, Private Rechtsetzung, Berlin 1987, 181 ff.

Arbeitsbedingungen untereinander zunächst einmal nichts anderes als einen zivilrechtlichen Schuldvertrag schließen. Der Rechtsnormcharakter soll dann erst in einem zweiten Schritt gewissermaßen von außen kraft des staatlichen Gesetzes hinzutreten. Soweit aber der Tarifvertrag erst einmal zivilrechtlicher Vertrag sei, resultiere er aus der Ausübung zivilrechtlicher Privatautonomie.

Auch die herrschende Meinung präsentiert den Tarifvertrag also als eine Ausübung von Privatautonomie. Es ist aber im Unterschied zur mandatarischen Theorie nicht die Privatautonomie der Arbeitsvertragsparteien, sondern die der Tarifvertragsparteien. Nicht die Privatautonomie der Arbeitsvertragsparteien wird vermittels der Verbände, darum »kollektiv«, ausgeübt, sondern die Tarifvertragsparteien üben als Kollektive ihre eigene Privatautonomie aus. Das ist der präzise Sinn, den das Verständnis von »kollektiver Privatautonomie« im Rahmen der Anerkennungstheorie hat.

Ein erster wichtiger Einwand soll hier nur kurz notiert werden: Angenommen, der Rechtsnormcharakter wäre richtig begriffen als dem Tarifvertrag äußerlich, so wäre der Tarifvertrag selbst doch keine Ausübung von Privatautonomie. Denn die setzte die Freiwilligkeit der maßgeblichen Erklärungen voraus. Für den Abschluss eines Tarifvertrags ist jedoch die Drohung mit Streik essenziell. Und der Streik wiederum ist zivilrechtlich nur möglich, indem die Gewerkschaft von der Haftung für die mit voller Absicht bewirkte Vermögensschädigung freigestellt ist. Das Recht gibt also der Gewerkschaft entgegen § 826 BGB ein Mittel an die Hand, das Private untereinander sonst nicht haben, und es erklärt weiter dessen erfolgreichen Einsatz zur Herbeiführung eines Vertragsabschlusses entgegen § 123 Abs. 1 BGB und daher anders als sonst unter Privaten für irrelevant. Es erscheint vor diesem Hintergrund verfehlt, einen in solchem Kontext geschlossenen Vertrag dennoch als Ausübung von Privatautonomie zu präsentieren, die für einen Vertragsschluss nicht nur in der Form eine Vereinigung zweier Willen durch Angebot und Annahme verlangt, sondern in der Substanz eine freie Willensbildung voraussetzt.

Ein zweiter Einwand sei ausführlicher behandelt: Das Verständnis der herrschenden Meinung setzt voraus, dass der Tarifvertrag als zivilrechtlicher Vertrag verständlich sein müsste, wenn man sich den Rechtsnormcharakter wegdenkt. Das müsste bedeuten, dass die Bestimmungen im Vertrag ohne und mit Rechtsnormcharakter denselben Inhalt haben. Aber was wäre das dann zivilrechtlich für ein Vertrag? Anders als die mandatarische Theorie geht die Anerkennungstheorie schließlich gerade nicht davon



aus, dass die Tarifvertragsparteien eine Änderung der individuellen Arbeitsverträge bewirken. Aber was machen die Tarifvertragsparteien stattdessen?

Wenn wir nur den Text nehmen, den ein Tarifvertrag unter geltendem Recht regelmäßig enthält, würden sich aus den Bestimmungen zu den einzelnen Arbeitsbedingungen keine wechselseitigen schuldrechtlichen Verpflichtungen ergeben. Ohne Rechtsnormcharakter lieferte ein Tarifvertrag nichts anderes als einen Mustervertrag. Die kooperative Erarbeitung eines Mustervertrags hat in anderen Kontexten einen guten Sinn, als Resultat von Tarifautonomie wäre es aber sicher zu wenig. Man muss sich also zum Text hinzudenken, dass die Arbeitgeberseite die Verpflichtung eingeht dafür zu sorgen, dass die eigenen Mitglieder nicht zu anderen Bedingungen abschließen, und dass die Gewerkschaft im Gegenzug auf den Streik verzichtet. Das wäre der äußeren Form nach ein zivilrechtlicher Vertrag und zumindest dem Schein nach ein gegenseitiger Schuldvertrag, in dem also beide Seiten bestimmte Leistungen umeinander willen versprechen.<sup>16</sup> Und diese Art von Verträgen würde wohl tatsächlich abgeschlossen, wenn ein Tarifvertrag keine Rechtsnormen enthielte.<sup>17</sup>

Unter dem geltenden Tarifrecht geht der Arbeitgeberverband aber gerade keine Verpflichtung zur Sicherstellung der vereinbarten Arbeitsbedingungen durch seine Mitgliedsunternehmen ein (sondern allenfalls eine Verpflichtung zur Einwirkung). An die Stelle dieser Verpflichtung tritt vielmehr der in § 1 Abs. 1 TVG statuierte Rechtsnormcharakter der Vereinbarung. Tarifliche Arbeitsbedingungen können beim tarifgebundenen Arbeitgeber seitens der ihrerseits tarifgebundenen Beschäftigten nunmehr ohne weitere vertragliche Umsetzung eingeklagt werden. Mit der Verpflichtung entfällt im Gegenzug die Durchsetzung im Streikwege. Der Rechtsnormcharakter kommt also Hand in Hand mit der Friedenspflicht im Hinblick auf die Einhaltung der im Tarifvertrag aufgeführten Arbeitsbedingungen.

Damit wird die Pointe der über § 1 Abs. 1 TVG bewirkten gesetzlichen Statuierung des Rechtsnormcharakters deutlich: Der Rechtsnormcharakter tritt nicht von außen an einen Schuldvertrag der Tarifvertragsparteien heran, sondern er transformiert die Form

---

<sup>16</sup> Tatsächlich hakt es schon beim Verständnis des tarifvertraglichen Versprechens als kraft Vertrags im Gegenseitigkeitsverhältnis (vgl. § 320 Abs. 1 BGB) geschuldeter Leistungen, die auf Seite der Gewerkschaft in einem Unterlassen (§ 241 Abs. 1 S. 2 BGB) bestehen soll. Aber das sei an dieser Stelle nicht weiter vertieft.

<sup>17</sup> Vgl. die eingehende Analyse von *Sinzheimer*, Der korporative Arbeitsnormenvertrag, Erster Teil (Berlin 1907)/ Zweiter Teil (Berlin 1908).

des Vertrags mit Blick auf die tariflich vereinbarten Arbeitsbedingungen. Vor dem Hintergrund des Rechtsnormcharakters schließen Tarifvertragsparteien mit Bezug auf den Inhalt der Arbeitsbedingungen wesentlich keine Schuldverträge mehr. Es bleiben zwar womöglich schuldvertragliche Elemente stehen, aber wesentlich setzen Tarifvertragsparteien kraft ihres Vertragsschlusses geltende Normen.

### III. Zur Rolle mitgliedschaftlicher Legitimation

Warum ist dieser Widerspruch zur Konzeption der Anerkennungstheorie auch praktisch wichtig? Das liegt daran, dass zumindest die Rechtsprechung auf der Grundlage der Anerkennungstheorie annimmt, die Tarifverträge seien wesentlich mitgliedschaftlich legitimiert.<sup>18</sup>

Diese Vorstellung zeitigt immer dann Folgen, wenn die Wirkung von Tarifnormen über Arbeitsverhältnisse mit Gewerkschaftsmitgliedern hinausgeht. Sie setzt die entsprechenden Regelungen unter erheblichen Rechtfertigungsdruck. Zu nennen ist die Reichweite von betriebsbezogenen Normen nach § 3 Abs. 2 TVG, die Reichweite kraft Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 Abs. 4 TVG und kraft Rechtsverordnung nach §§ 7, 7a AEntG. Ebenfalls unter Druck stehen dadurch neue Instrumente zur Stärkung der Tarifbindung, wie vergaberechtliche Tariftreuevorgaben und tarifliche Spannenklauseln, oder Regelungen zur gesetzlichen Mindestvergütung unter konstitutiver Beteiligung von Tarifvertragsparteien oder ihrer Spitzenorganisationen (§ 11 AEntG, § 1 Abs. 2 S. 2 MiLoG).

Freilich kann man zugeben: Die Rechtsprechung hat diesem Druck bisher standgehalten. Aber anstelle sich den Gründen zuzuwenden, aus denen diese Standhaftigkeit resultiert, und ihre dogmatische Tragfähigkeit zu untersuchen, sei hier eine vorgreifliche Frage aufgeworfen: Woher kommt eigentlich jene restriktive Vorstellung einer mitgliedschaftlichen Legitimation, die eine Einbeziehung von Arbeitsverhältnissen mit Außenseitern normativ so problematisch erscheinen lässt?

Vielleicht besteht die Vorstellung, dass die Koalitionsmitglieder mit ihrem Beitritt zwar kein rechtsgeschäftliches Mandat (Vollmacht, Verpflichtungsermächtigung)

---

<sup>18</sup> BVerfG, 24.5.1977 – 2 BvL 11/74 – BVerfGE 44, 322, 347; BAG, 7.7.2010 – 4 AZR 549/08 – BAGE 135, 80, Rn. 22; anders aber wohlgermerkt sowohl *Waltermann* (vgl. ZfA 2000, 53, 66 ff.); als auch *Kirchhof* (Fn. 15), S. 185.

erteilen, aber doch ein (tarif-)politisches.<sup>19</sup> Ein politisches Mandat kann der Einzelne natürlich nur für sich selbst erteilen, das erscheint völlig richtig. Daraus soll aber offenbar gefolgert werden, dass das erteilte Mandat nur Normen tragen könne, die für das eigene Arbeitsverhältnis gelten. Es ist schwer erkennbar, was diese Folgerung stützen könnte.

Zieht man Parallelen zum Raum staatlicher Politik, in dem gleichfalls politische Mandate erteilt werden, leuchtet die Behauptung jedenfalls nicht ein<sup>20</sup>: Die erste denkbare Parallele ist die zur Parteimitgliedschaft. Der Eintritt in eine Partei ist jedoch sicherlich nicht damit verbunden, dass jene über ihre Parlamentsfraktionen nur an der Setzung von Rechtsnormen mitwirken dürfte, die lediglich für die Mitglieder der Partei gelten. Die zweite denkbare Parallele besteht darin, Koalitionsmitgliedschaft als »Tarifvertragsangehörigkeit« zu verstehen (in Anlehnung an die Terminologie im österreichischen Arbeitsverfassungsgesetz) und mit der – obgleich nicht durch Beitritt begründeten – Staatsangehörigkeit gleichzusetzen. Das politische Mandat, das die Staatsbürger durch Wahl den Parlamentsabgeordneten erteilen, ist im modernen Territorialstaat aber sicherlich ebenfalls nicht auf Rechtsnormen begrenzt, die nur Staatsbürger verpflichten.

Aber vielleicht ist die Idee einer mitgliedschaftlichen Legitimation eigentlich dem zivilrechtlichen Vereinsrecht entnommen.<sup>21</sup> Wenn das stimmt, würde die Idee das Grundprinzip aus § 32 Abs. 1 S. 1 BGB verdichten, demzufolge für die inneren Angelegenheiten des Vereins der Wille der Mitglieder maßgebend ist. Was auch immer ein Verein tut, es bedarf der mitgliedschaftlichen Legitimation. Das bedeutet, für jedes Handeln ist eine Rückführbarkeit auf den Willen der Mitglieder verlangt, über die Zwischenstationen von Beschlüssen, Organen und Satzung.

Genau das gilt auch für die Tarifvertragsparteien, weil es sich um frei gebildete Vereinigungen handeln soll, namentlich auch für die Gewerkschaften, ungeachtet eines etwaigen Fehlens der Rechtsfähigkeit als Verein. Alles, was eine Gewerkschaft tut, bedarf der mitgliedschaftlichen Legitimation, es verlangt eine Rückführbarkeit auf den

---

<sup>19</sup> Hierfür maßgeblich *Biedenkopf*, Grenzen der Tarifautonomie, Karlsruhe 1964, S. 47 ff., als »demokratische Legitimation«.

<sup>20</sup> Gleichsinnig schon Däubler, KJ 2014, 372, 379 unter Verweis auf die Reichweite kommunaler Satzungen.

<sup>21</sup> Ähnliche Überlegung bei *Waltermann*, FS Söllner, S. 1267.

Willen der Mitglieder. Das ist richtig und es geht bis hin zu denjenigen Handlungen, die normale Vereine nicht wirksam vollziehen können, eben die Rechtsnormsetzung durch die Unterzeichnung eines Tarifvertrags. Das ist freilich gerade die Pointe der Grundentscheidung für die Tarifautonomie: Die Setzung arbeitsrechtlicher Normen ist frei gebildeten Koalitionen überantwortet, die ihren Willen ohne inhaltliche Vorgaben und nach den selbstgesetzten Regeln bilden.

Weil mit der Unterschrift unter den Tarifvertrag der Inhalt des Tarifvertrags von jeder der Tarifvertragsparteien gewollt ist, ist es ganz zutreffend zu sagen, der Inhalt eines Tarifvertrags ist von der jeweiligen Mitgliedschaft legitimiert. Was hingegen gerade nicht mitgliedschaftlich legitimiert ist, ist der Rechtsnormcharakter. Dieser folgt aus dem Gesetz. Denn, es sei wiederholt, die Setzung von Rechtsnormen ist grundsätzlich nichts, was Private kraft ihrer Autonomie vermögen. Das gilt, wie oben erläutert, für Schuldvertragsparteien. Es gilt ebenso für einen Verband. Zwar mag man auch eine Satzungsbestimmung als »Norm« bezeichnen (obgleich es sich gerade nicht um eine Rechtsnorm handelt<sup>22</sup>). Aber eines sollte nicht bestritten werden: Die Satzungsautonomie der Mitgliedschaft reicht nicht über die inneren Angelegenheiten des Vereins hinaus. Auch die zivilrechtliche Satzungsautonomie und die ihr eingeschriebene Idee mitgliedschaftlicher Legitimation tragen keine Rechtsnormsetzung für Schuldverträge Dritter.

Die herrschende Meinung spricht also durchaus mit Recht von einer mitgliedschaftlichen Legitimation des Tarifvertrags, aber der Bezug dieser Legitimation muss präzise gefasst sein: Mitgliedschaftlich legitimiert ist der Inhalt der tariflichen Vereinbarungen. Von keiner mitgliedschaftlichen Legitimation getragen ist hingegen der Charakter der Vereinbarungen als Rechtsnormen und der Reichweite ihrer Geltung. Das staatliche Gesetz steht darum nicht nur hinter den angeblichen Sonderfällen von betriebsbezogenen Normen nach § 3 Abs. 2 TVG und für allgemeinverbindlich erklärten Normen nach § 5 Abs. 4 TVG. Es steht auch hinter der Reichweite der Inhaltsnormen nach §§ 4 Abs. 1, 3 Abs. 1 TVG.

---

<sup>22</sup> Staudinger-Schwennicke (Fn. 3), § 25 BGB Rn. 34.

#### IV. Zur Funktion der beschränkten Geltung

Nach diesem Befund muss sich freilich die Frage anschließen, aus welchem Grund der Gesetzgeber die Geltung der Tarifnormen überhaupt nach ihrer persönlichen Reichweite differenziert hat. Dabei ist durchaus unverkennbar, dass der beschränkteste Geltungstyp, die Geltung für Arbeitsverhältnisse mit beiderseits tarifgebundenen Vertragsparteien, den paradigmatischen Fall bilden soll. Das gilt im Verhältnis zur Allgemeinverbindlichkeit einerseits, weil jene einen zusätzlichen öffentlichen Akt verlangt, der in einem gesonderten Verfahren ergeht. Das gilt im Verhältnis zu den betriebsbezogenen Normen andererseits, weil jene nicht den Wert der Arbeitsleistung betreffen. Die Bestimmung des Wertes der Arbeitsleistung ist aber nach der zivilrechtlichen Logik, wie oben erläutert, der Kern des Tarifvertrags.

Gerade aus der zivilrechtlichen Logik heraus muss es auf den ersten Blick überraschen, dass die Geltung im paradigmatischen Fall die beiderseitige Tarifbindung voraussetzt. Denn aus der zivilrechtlichen Logik ergibt sich gerade keine Grundlage für eine solche Beschränkung der Tarifgeltung. Der Bestimmung des Wertes der Arbeitsleistung bedarf es mit Wirkung für jedes Arbeitsverhältnis.<sup>23</sup> Nach der Zurückweisung der kollektiv ausgeübten Privatautonomie gibt es im Zivilrecht selbst keinen Anhaltspunkt für eine solche Privilegierung von Arbeitsverhältnissen zwischen Verbandsmitgliedern. Vielmehr scheint die zivilrechtliche Logik, entsprechend staatlicher Rechtsnormen über Mindestvergütungen von Arbeits- und Dienstleistungen, für eine generelle Allgemeinverbindlichkeit zu sprechen.

Der Grund für die beschränkte Geltung liegt darin, dass die Urheber der Tarifnormen, und damit Träger der Tarifautonomie, frei gebildete Koalitionen sein sollen. Auf Arbeitnehmerseite ist dabei eine Koalition verlangt, die eine hinreichende organisatorische und finanzielle Stärke aufweist. Aus dieser Stärke resultiert die soziale Mächtigkeit, die die Arbeitnehmerkoalition von Rechts wegen erst als Gewerkschaft zur Tarifvertragspartei macht. Ihre Rolle in der Tarifierung von Arbeitsverhältnissen kann die Koalition also nur wahrnehmen auf der Basis einer starken Mitgliedschaft. Insofern aber die Mitgliedschaft mit einem gewissen Preis (Beiträge) und weiteren Verpflichtungen belastet ist, der Ertrag aber, die tarifliche Normsetzung, immer schon

---

<sup>23</sup> Diese leistet die Tarifnorm unabhängig von ihrer Geltung, insofern sie das Wertmaß unter § 138 Abs. 2 BGB liefert; dazu ausführlich Däubler TVG-Rödl (Fn. 9), § 5 Anhang I Rn. 1–31.

für alle anfehle, bestünde wenig materieller Anreiz zum Beitritt. Die Beschränkung der Tarifnormgeltung resultiert aus dem Erfordernis, die Funktionsfähigkeit einer Tarifaufonomie zu gewährleisten, die von frei gebildeten Koalitionen getragen werden soll.

So ist es auch den gewerkschaftlichen Organisationsstrategen wohl vertraut: Gewerkschaften gewinnen ihre Mitglieder häufig durch den Abstand zwischen tariften und nicht-tariftten Arbeitsverhältnissen. Eine generelle Allgemeinverbindlichkeit wäre darum ebenso schwierig für die Organisationspolitik wie ein allzu weites Vordringen des Gesetzgebers in die Materien der Tarifaufonomie jenseits von Höchstarbeitszeitgrenzen, Kündigungsschutz und allgemeinem Mindestlohn.

Allerdings ist zuzugeben: Dieser Gedanke trägt eigentlich nur das Erfordernis der Tarifbindung auf Arbeitgeberseite. Denn organisationspolitisch effektiv wird die beschränkte Reichweite in der Praxis nur gegenüber Beschäftigten von Außenseiter-Arbeitgebern. Hier kann die Gewerkschaft wirkungsvoll ihre tarifpolitische Aktivität gegen Beitrittserklärungen von mehr als der Hälfte der Belegschaft anbieten. Und in einigen Branchen, namentlich Metall oder Bau, hat diese Strategie auch weiterhin Ertrag. Das Erfordernis der Tarifbindung auf Arbeitnehmerseite hingegen wird so noch nicht verständlich. Denn der tarifgebundene Arbeitgeber behandelt alle gleich, schließlich will er den Organisationsgrad im eigenen Haus nicht mutwillig erhöhen.

Bevor hieraus jedoch geschlossen wird, der Arbeitgeber unterminiere mit der Gleichbehandlung den vom Gesetz eigentlich vorgesehenen Beitrittsanreiz, sollte man gewärtigen, dass jedenfalls im historischen Ursprung ein Abstand zwischen tariften und nicht-tariftten Arbeitsverhältnissen beim gleichen Arbeitgeber nicht angelegt war. Die tarifvertragliche Verpflichtung der Arbeitgeberseite war stets darauf aus, alle Beschäftigten unabhängig von ihrer Organisation nach den tariflichen Regeln zu vergüten.<sup>24</sup> Dies erzwang mutmaßlich der Umstand, dass der Kündigungsschutz seinerzeit noch völlig unterentwickelt war. Einer auf die Mitglieder beschränkten Verpflichtung hätte sich der Arbeitgeber nämlich durch Austauschrückungen

---

<sup>24</sup> Vgl. *Sinzheimer* (Fn. 17) Teil 2, S. 15. Das erhellt auch, warum seinerzeit eine individualvertragliche Bezugnahme die Tarifbindung begründete (vgl. § 1 Abs. 2 TVVO).

entziehen können. Erst mit der Etablierung eines allgemeinen Kündigungsschutzes<sup>25</sup>, der jenseits von Vertragsverletzungen nur betriebsbedingte Kündigungen zulässt, änderte sich die Situation, und ein Abstand von tarifierten und nicht tarifierten Arbeitsbedingungen beim tarifgebundenen Arbeitgeber wurde überhaupt erst möglich.

Doch auch vor diesem neuen Hintergrund ergeben sich Bedenken gegen eine systematische Rolle eines solchen Abstands. Denn seine Ausbeutung zugunsten der Mitgliedergewinnung würde die vollständige und dauernde Transparenz der Mitgliedschaft für den Arbeitgeber verlangen. Das ist eine Situation, die der gewerkschaftlichen Handlungslogik eigentlich widerspricht. Daher hat, so die hier vertretene These, die beschränkte Tarifgeltung mit Blick auf die geforderte Tarifbindung auf Arbeitnehmerseite in erster Linie ausnahmsweise eine rhetorische Rolle: Das Gesetz nimmt damit Stellung gegen das Trittbrettfahren der unorganisierten Beschäftigten. Das Gesetz statuiert einen Abstand, der nur eine rhetorische Rolle haben kann, weil ihr die praktische Wirkung im Normalfall versagt ist. Und die Gewerkschaften wiederholen diesen rhetorischen Zug des Gesetzes, wenn sie in ihren Tarifinformationen bisweilen betonen, nur die Mitglieder hätten einen Anspruch »aus dem Tarifvertrag«.

Und doch bleibt eine praktische Bedeutung. Es gibt nämlich Konstellationen, in denen aus Sicht der Gewerkschaft – und die ist maßgeblich, denn es geht im übergeordneten Interesse einer funktionsfähigen Tarifautonomie um ihre Organisation – auch beim tarifgebundenen Arbeitgeber ein Abstand doch wichtig und vor allem praktikabel wäre. Das kann die Situation einer Restrukturierung sein, in der allein die Mitglieder zusätzliche Abfindungen erhalten sollen, oder besondere Organisationsprobleme, in der ein zusätzliches Urlaubsgeld helfen würde. Hier geht es nicht an, der effektiven Absicherung solcher Abstände mit Verweis auf eine beschränkte Reichweite mitgliedschaftlicher Legitimation eine »Grenze der Tarifmacht« entgegenzuhalten.<sup>26</sup> Denn mit der Beschränkung der Normgeltung auf beiderseitige Tarifbindung setzt das Gesetz selbst die Möglichkeit eines weitaus größeren Abstands voraus.

---

<sup>25</sup> Zur Deutung des Kündigungsschutzes in der Logik des Zivilrechts: *Rödl*, in: Kuhli/Schmidt (Hrsg.), *Vielfalt im Recht*, Berlin 2022, S. 52, 56 ff.

<sup>26</sup> So aber BAG, 23.3.2011 – 4 AZR 366/09 – AP Nr. 147 zu Art. 9 GG.

## V. Verfassungsrechtliche Autorisierung

Nach alledem kann man abschließend natürlich fragen, ob der staatliche Gesetzgeber es eigentlich durfte, den Rechtsnormcharakter von tariflichen Vereinbarungen zu statuieren, obgleich ihr Inhalt von freien Koalitionen, also privaten Vereinigungen bestimmt wird.

Die Antwort ist schlicht: Das nun ergibt sich tatsächlich aus der Verfassung, aus Art. 9 Abs. 3 GG. Denn den Autoren des Grundgesetzes stand mit dem Tarifvertragsgesetz die Tarifautonomie als Institution vor Augen, und sie haben die dafür essenzielle Koalitionsfreiheit gegenüber staatlichen Eingriffen, aber auch unmittelbar gegenüber vertraglichen oder tatsächlichen Beeinträchtigungen durch Private besonders abgeschirmt. Dieser vertikale und horizontale Schutz ist sicher der primäre Sinn von Art. 9 Abs. 3 GG. Aber dieser Schutz hat nur Sinn angesichts der Funktion von freien Koalitionen für die Institution der Tarifautonomie.

Darum ist es richtig zu sagen: Art. 9 Abs. 3 GG setzt die Institution der Tarifautonomie voraus und garantiert sie.<sup>27</sup> Diese Garantie ist zwar unausgesprochen, aber logisch zwingend. Die Legitimation der gesetzlichen Konstitution von tariflichen Vereinbarungen als Rechtsnormen durch das Tarifvertragsgesetz verdankt sich daher unmittelbar der Verfassung. Die Verfassung garantiert die Tarifautonomie, wie sie in Gestalt des Tarifvertragsgesetzes vorgefunden wurde, das heißt unter Einschluss einer Befugnis zu autonomer Normsetzung. Am Ende also ist der Rechtsnormcharakter durch die Verfassung autorisiert. Mehr Legitimation gibt es auch für die Geltung von staatlichen Rechtsnormen nicht. Und mehr Legitimation ist im modernen Verfassungsstaat grundsätzlich nicht zu haben.

Ich komme an dieser Stelle zurück auf einen Großmeister des Kollektivarbeitsrechts, *Franz Gamillscheg*<sup>28</sup>: Das angebliche Legitimationsproblem, mit dem die mandatarische Theorie die rechtswissenschaftliche Diskussion in restriktiver Stoßrichtung vor sich hertreibt, und das mit den restriktiven Implikationen eines Erfordernisses mitgliederschaftlicher Legitimation auch schon gewisse Spuren in der Rechtsprechung hinterlassen hat, gibt es nicht, weil es immer schon geklärt ist.

---

<sup>27</sup> BVerfG, 18.11.1954 – 1 BvR 629/52 – BVerfGE 4, 96.

<sup>28</sup> *Gamillscheg*, Arbeitsrecht, Bd. 2/1, Kollektives Arbeitsrecht, München 1997, S. 558 ff.



Tarifliche Regelungen haben die Wirkung einer Rechtsnorm, weil das Gesetz, autorisiert durch die Verfassung, es so will. Tarifliche Regelungen haben den Inhalt, den die Tarifvertragsparteien ihnen im Einklang mit ihren Regeln mitgliedschaftlich legitimiert geben, weil das die Pointe einer von freien Koalitionen getragenen Tarifautonomie ist.

Von all dem bisher Gesagten ist vieles zu vertiefen. Einige Stränge sind noch weiter zu verfolgen. Weitere Implikationen sind auszuarbeiten, nicht zuletzt im Feld des Arbeitskämpfrechts. Schließlich soll es auch darum gehen, rechtspolitische Empfehlungen zu entwerfen. All das zusammen bezeichnet den Gegenstand unserer kommenden Arbeit im Kolleg, in den einzelnen Dissertationsvorhaben und in dem ein oder anderen Gemeinschaftsprojekt.