

Die Re-Privatisierung des Tarifvertragsrechts*

Dr. Felix Syrovatka, Postdoktorand, Promotionskolleg
»Gerechtigkeit durch Tarifvertrag«, Freie Universität Berlin

I. Einleitung

In der deutschsprachigen Politikwissenschaft ist eine Beschäftigung mit dem Recht und den politischen Implikationen seiner Interpretation immer noch selten.¹ Trotz der beklagten Tendenz einer Verrechtlichung der Politik sind weiterhin nur schwache Bemühungen zu beobachten, sich mit der politischen Dimension des Rechts auseinanderzusetzen. Recht und Rechtsprechung gelten als technokratisch und regelgeleitet, weshalb ihnen im Gegensatz zur Politik etwas »Religiöses«² anhaftet. Insbesondere wenn es um das deutsche Kollektivarbeitsrecht geht, hat sich die sozialwissenschaftliche Forschung in der Vergangenheit weitgehend zurückgehalten.³

Dies mag überraschen, da sich, vor dem Hintergrund der Liberalisierungs- und Deregulierungswellen der letzten drei Jahrzehnte, in der Politikwissenschaft eine Neoliberalisierungsforschung etablieren konnte, die einen wesentlichen Fokus auf die spezifischen Träger von Liberalisierungsprozessen, dh. ihre Netzwerke und Thinktanks, gelegt hat. Allerdings fokussierte sie primär auf das ökonomische und politische Feld, während juristische Akteure und Diskurskoalitionen weitgehend ausgeblendet wurden.⁴ Ähnlich verhält es sich mit dem interdisziplinären Forschungszweig der Industriel-Beziehungen, die nur schlaglichtartig das Recht berücksichtigten⁵, obwohl doch gerade das Kollektivarbeitsrecht die juristische Grundlage ihres Untersuchungsgegenstandes bildet und damit eine wesentliche Grenzbestimmung für Gewerkschaften, Betriebsräte und Arbeitgeber(-verbände) darstellt. Die Arbeiten, die die Folgen gerichtlichen Handelns für die Arbeitsbeziehungen analysierten, fokussierten zumeist nicht die Policy-Dimension des Rechts und der Rechtsprechung. Daher wissen wir nur sehr wenig über die Wechselbeziehung zwischen dem politischen und dem juristischen Feld im Bereich der Arbeitsbeziehungen, über konkrete Diskurskoalitionen und ihre Argumentationsstrategien.

Die disziplinäre Blindstelle für rechtsbezogene Wandlungsprozesse führte dazu, dass der Politikwissenschaft

auch jener Paradigmenwechsel im Kollektivarbeitsrecht verschlossen blieb, den *Thomas Blanke*⁶ als »Schwächung ihrer Selbststabilisierungsfähigkeit unter privatrechtlichen Vorzeichen« interpretierte: Die Abkehr von der Delegationstheorie in der Rechtsprechung des BAG und BVerfG und die Etablierung eines individual-mandatorischen Legitimationsnarrativs der Tarifautonomie als »kollektiv ausgeübte Privatautonomie«⁷.

Im folgenden Beitrag soll sich dieser sozialwissenschaftlichen Blindstelle angenähert und die These vertreten werden, dass der Paradigmenwechsel im kollektiven Arbeitsrecht, eingebettet in gesellschaftliche Wandlungsprozesse, auf strategische Rechtskämpfe⁸ einer liberalen juristischen Diskurskoalition zurückgeführt werden kann.

* Für konstruktive Anregungen und Hinweise danke ich *Olaf Deinert*, *Rüdiger Krause* und *Florian Rödl*.

- 1 Wenn es eine aktuelle Beschäftigung gibt, dann va. mit dem Verfassungs- und Europarecht: *Vestena*, Das Recht in Bewegung, Weilerswist 2022 (zugl. Kassel, Univ., Diss. 2021); *Pichl*, Rechtskämpfe. Eine Analyse der Rechtsverfahren nach dem Sommer der Migration, Frankfurt aM. 2021 (zugl. Kassel, Univ., Diss. 2021); *Buckel*, in: Buckel et al. (Hrsg.), Kämpfe um Migrationspolitik seit 2015. Zur Transformation des europäischen Migrationsregimes, Bielefeld 2021; *Buckel/Pichl/Vestena*, Zeitschrift für Kultur- und Kollektivwissenschaft 2021, 45 ff.; *Hofmann*, International Journal of Law in Context 2018, 285 ff.; *Frick/Lembcke/Lemke/Wolf*, Recht und Politik 2021, 12 ff.; *Lembcke/Rehder*, in: Anders/Riese (Hrsg.), Politische Akteure und Institutionen in Deutschland. Eine forschungsorientierte Einführung in das politische System, Wiesbaden, 2022; *Engst/Gschwend/Sternberg*, Polit Vierteljahresschr 2020.
- 2 *Maus*, Justiz als gesellschaftliches Über-Ich. Zur Position der Rechtsprechung in der Demokratie, Berlin 2018, S. 18.
- 3 *Rehder*, Rechtsprechung als Politik, Frankfurt aM. 2011 (zugl. Münster, Univ., Habil. 2010); *Diekmann*, Die demokratische Bedeutung des kollektiven Arbeitsrechts. Der Arbeitskampf zwischen Zivilrechts- und Grundrecht dogmatik, Weilerswist 2023.
- 4 *Mirowski/Plehwe*, The road from Mont Pèlerin. The making of the neoliberal thought collective, Cambridge/Mass. 2009; *Plehwe/Hrubes*, Think tanks and the Law: Tinkering with the principle of judicial independence, Unveröffentlichtes Manuskript, Berlin 2022.
- 5 *Rehder/Vogel*, Industrielle Beziehungen 2015, 7 ff.
- 6 *Blanke*, KJ 2004, 2 ff.
- 7 *Dieterich*, in: Schlachter-Voll (Hrsg.), Tarifautonomie für ein neues Jahrhundert, München 1998; *Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie. Tarifrecht im Spannungsfeld von Arbeits-, Privat- und Wirtschaftsrecht, München 2005.
- 8 *Buckel/Pichl/Vestena*, Social & Legal Studies 2023, abrufbar unter: <https://journals.sagepub.com/doi/epub/10.1177/09646639231153783> (1.8.2023).

Diese Rechtskämpfe verdichteten sich auf der Ebene der Rechtsprechung erstmals im Urteil des BAG zur tarifvertraglichen Regelung zur Übernahme von Auszubildenden⁹ im Jahr 1997. Der Beitrag fokussiert daher auf die juristischen Strategien einer liberalen Diskurskoalition im Kollektivarbeitsrecht und den Prozess der Verallgemeinerung des individual-mandatorischen Legitimationsnarrativs der Tarifautonomie. Die folgende Darstellung beruht auf der Überlegung, dass das Tarif- und Arbeitskämpfrecht durch seinen relativ geringen Kodifizierungsgrad einen größeren Interpretationsspielraum aufweist und dadurch deutlich stärker als andere Rechtsgebiete durch juristische Deutungskonflikte geprägt ist¹⁰. Sie beruht auf einer hegemonietheoretischen Rechtsdiskursanalyse¹¹ eines 541 Dokumente umfassenden Dokumentenkorpus zum Thema Tarifautonomie. Diese Forschungsheuristik ermöglicht es, spezifischen Diskurskoalitionen und ihre strategischen Projekte im juristischen Diskurs zu identifizieren und Universalisierungsprozesse herauszuarbeiten. Als juristische Diskurskoalitionen werden nach *Maarten Hajer*¹² Gruppen juridischer Intellektueller gefasst, die gemeinsam, wenn auch nicht unbedingt bewusst und nicht zwingend in direkter Interaktion, eine juristische Strategie verfolgen und zugleich mit konkreten sozialen Kräften verbunden sind. Juridische Strategien sind im Sinne der diskurstheoretischen Arbeiten von *Martin Nonhoff*¹³ und *Sonja Buckel*¹⁴ als diskursive Praktiken zu verstehen, die darauf zielen, alternative Anordnungen diskursiver Elemente zu etablieren und dadurch konkrete diskursive Konstellationen und Bezugnahmen durchzusetzen. Konkret zielen juristische Strategien innerhalb des eigenlogischen und formalisierten Gerüsts des Rechts auf die Infragestellung etablierter Rechtsfiguren, die Problematisierung der bislang herrschenden Rechtsprechung und die Etablierung alternativer Rechtsdeutungen. Rechtskämpfe werden somit als spezifische Auseinandersetzungen im Rechtsdiskurs zwischen juristischen Intellektuellen um die Interpretation von konkreten Normen, allgemeinen Rechtsgrundsätzen und Rechtsprechungslinien verstanden¹⁵, dürfen also nicht mit der schlichten Verfolgung rechtspolitischer Ziele verwechselt werden.

Der Artikel ist wie folgt aufgebaut: In einem ersten Schritt (II.) werden die theoretischen Grundlagen des Beitrags knapp skizziert und die Hegemonie der Delegationstheorie im Rechtsdiskurs der frühen Jahre der Bundesrepublik Deutschland dargelegt. Daraufaufgehend (III.) wird die Formie-

rung der liberalen Diskurskoalition im Kollektivarbeitsrecht und ihre strategische Ausrichtung rekonstruiert, um daran anschließend (IV.) den Durchsetzungsprozess darzustellen. Im Anschluss sollen die Auswirkungen und Gefahren des Paradigmenwechsels für die Tarifpolitik der Gewerkschaften diskutiert werden.

II. Disziplinäre Ausgangslage

Eine politikwissenschaftliche Perspektive auf das Recht unterscheidet sich von einer rechtswissenschaftlichen Perspektive grundlegend darin, dass sie auf die Machtbeziehungen und umkämpften Rechtsschaffungsprozesse fokussiert. Ihr Erkenntnisinteresse liegt nicht auf der dogmatischen Dimension des Rechts, sondern auf dem sozialen Verhältnis, das hinter dem Recht und seiner spezifischen Auslegung und Anwendung steht. In diesem Sinne wird Recht als eine spezifische Vergesellschaftungsform sozialer Beziehungen verstanden, womit soziale Konflikte konstitutiv im Recht vorhanden sind. Die Besonderheit der Rechtsform liegt allerdings darin, dass sie durch ihre Logik kohärenter Regeln und der Formalität ihrer Prozesse soziale Konflikte kodifiziert und bearbeitbar macht. Dadurch erhält sie eine relative Autonomie gegenüber politischen Konjunkturen und gesellschaftlichen Kräfteverhältnissen, die sich im Recht nur in gebrochener Form wiederfinden. Denn das Recht transformiert den unmittelbaren sozialen Konflikt in eine juristische Auseinandersetzung und damit in eine geregelte Debatte unter Experten.¹⁶

9 BAG, 14.10.1997 – 7 AZR 298/96 1997 – NZA 1998, 775 ff.

10 *Däubler*, in: Römer (Hrsg.), *Der Kampf um das Grundgesetz. Über die politische Bedeutung der Verfassungsinterpretation*, Frankfurt aM. 1977.

11 *Buckel*, »Welcome to Europe« – Die Grenzen des europäischen Migrationsrechts (Fn. 2); *Petzold*, *Austerity forever?!*, Münster 2017 (zugl. Frankfurt aM., Univ., Diss. 2017); *Pichl*, *Rechtskämpfe* (Fn. 2).

12 *Hajer*, in: Fischer/Forester (Hrsg.), *The argumentative turn in policy analysis and planning*, London 1993.

13 *Nonhoff*, *Politischer Diskurs und Hegemonie*, Bielefeld 2015.

14 *Buckel*, »Welcome to Europe« – Die Grenzen des europäischen Migrationsrechts. *Juridische Auseinandersetzungen um das »Staatsprojekt Europa«*, Bielefeld 2014.

15 *Dies.*, in: Buckel et al. (Hrsg.), *Kämpfe um Migrationspolitik seit 2015. Zur Transformation des europäischen Migrationsregimes*, Bielefeld, 2021.

16 *Buckel*, *Subjektivierung und Kohäsion*, Weilerswist 2005 (zugl. Frankfurt aM., Univ., Diss 2005).

Vor diesem Hintergrund beschreibt *Pierre Bourdieu*¹⁷ die Rechtsform als ein tendenziell geschlossenes »soziales Feld«, auf dem nur jene agieren können, die einerseits die »Regeln des juristischen Spiels kennen und anerkennen« und andererseits die Kunst der juristischen Argumentation beherrschen. Diese juristischen Intellektuellen, seien es Theoretiker oder Praktiker des Rechts, tragen konfliktiv zur Gewinnung sowie Weiterentwicklung des Rechts bei und schaffen dadurch mit der »herrschenden Meinung« einen gemeinsamen Rechtskanon, der als »Autoritätsspeicher« die juristische Argumentation strukturiert. Soziale Kämpfe werden dadurch automatisch begrenzt, verbleiben sie doch im Korsett der juristischen Logik, die nur jene Positionen als legitim anerkennt, die sich auf bestehende Rechtsfiguren stützen können. Auseinandersetzungen im Recht konzentrieren sich darauf, »mögliche Normen zu durchforsten, auszuschlachten und effektiv als symbolische Waffe einzusetzen, um ihrer Sache zum Sieg zu verhelfen«¹⁸. Rechtskämpfe sind daher Auseinandersetzungen um die »legitime Benennung, Beschreibung und Deutung der gesellschaftlichen Verhältnisse«¹⁹.

Ein besonderes Ergebnis dieser historischen Rechtskämpfe war die Ausdifferenzierung des bürgerlichen Rechts und die Etablierung eines eigenständigen »Arbeiterrechts« in Deutschland. Die Kämpfe der Arbeiterklasse verdichteten sich zu Beginn des 20. Jahrhunderts im Recht und ermöglichten mit dem Kollektivarbeitsrecht die Herausbildung eines eigenständigen Rechtsfeldes. Im Kontext eskalierender politischer Kämpfe hatte eine Gruppe progressiver Intellektueller um *Hugo Sinzheimer* dafür gestritten, die individualistische Perspektive der bürgerlichen Rechtswissenschaften zurückzudrängen und die kollektive Dimension als primäre Regelungsebene im Arbeitsverhältnis zu etablieren.²⁰

Wie *Britta Rehder*²¹ herausgearbeitet hat, formierten sich auf dem Feld des Kollektivarbeitsrechts drei Strömungen. Während eine sozialdemokratische Strömung für ein eigenständiges Arbeitsrecht jenseits des Privatrechts stritt, beharrte die Mehrheit der deutschen Rechtswissenschaft auf dem privatrechtlichen Charakter des Tarifvertrags. Eine liberale Strömung um den Leipziger Arbeitsrechtler *Erwin Jacobi* interpretierte den Tarifvertrag als einen »kollektiven Schuldvertrag«, dessen Rechtsbeziehung sich aus dem Zusammenwirken individueller Einzelwillen ergebe, die im Verbandswillen gebunden ihren Ausdruck finden²². Tarifautonomie sei daher »kollektive Privatautonomie«.²³

Im Schatten dieser Auseinandersetzung etablierte sich eine dritte, konservative Strömung, die nach dem Zweiten Weltkrieg die Deutungsmacht über die Interpretation und Auslegung der Tarifautonomie erlangte.²⁴ Ihre Vertreter, insbesondere der spätere erste Präsident des BAG *Hans Carl Nipperdey*, argumentierten, dass der Tarifvertrag ein »Vertrag sui generis«²⁵ sei, dessen objektive Normwirkung sich aus einer staatlichen Delegation von Rechtssetzungsbefugnis an die Privatverbände der Tarifpartner speisen würde²⁶. Die gesetzgleiche Wirkung tarifvertraglicher Normen begründete sich für die Vertreter der »Delegationstheorie« erst aus dem Akt staatlicher Übertragung von Normsetzungskompetenz. Dieser Übertragungsakt wiederum sei aus der Ordnungsfunktion der Tarifautonomie abgeleitet, die zur Befriedung und Institutionalisierung industrieller und politischer Konflikte beigetragen, Ruhe und Planungssicherheit für die Unternehmen geschaffen habe, und somit im »Interesse der deutschen Volkswirtschaft«²⁷ liege.

Diese Interpretation der Tarifautonomie korrespondierte nach dem Zweiten Weltkrieg mit den politischen Bestrebungen der jungen Bundesrepublik Deutschland nach einer schnellen Westintegration.²⁸ Dafür benötigte es allerdings einen ordnungspolitischen Rahmen, der den Unternehmen Planungssicherheit und verlässliche Produktionsbedingungen garantierte. Als wesentliche Bedingung dafür galt die Befriedung industrieller Konflikte, insbesondere der Gewerkschaften, die einerseits durch materielle Zugeständnisse konsensual in das deutsche Wachstumsregime eingebunden und andererseits durch die juristischen Rahmenbedingungen (tarif-)politisch diszipliniert werden sollten. Die

17 *Bourdieu*, in: Kretschmann (Hrsg.), Das Rechtsdenken Pierre Bourdieus, Weilerswist 2019.

18 Ebd.

19 *Buckel*, in: Buckel et al. (Hrsg.), Kämpfe um Migrationspolitik seit 2015 (Fn. 2).

20 *Schulten*, Sozialer Fortschritt 2018, 849 ff.

21 *Rehder*, Rechtsprechung als Politik (Fn. 4), S. 94 ff.; vgl. auch: *Schulten*, Sozialer Fortschritt 2018, 849 ff.

22 *Jacobi*, Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig 1927, S. 273.

23 Ebd., S. 283 f.

24 *Rehder*, Rechtsprechung als Politik (Fn. 4).

25 So *Hueck*, Das Recht des Tarifvertrages, Berlin 1920, S. 36.

26 *Nipperdey*, Beiträge zum Tarifrecht, Mannheim 1924, S. 139.

27 *Hueck*, Das Recht des Tarifvertrages, Berlin 1920, S. 6; *Nipperdey*, Beiträge zum Tarifrecht (Fn. 27), S. 2 f.

28 *Altwater/Hübner*, PROKLA 1988.

Delegationstheorie entsprach daher den politökonomischen Regulationsdispositiven eines koordinierten und exportorientierten Kapitalismusmodells. Mit der »staatlichen Übertragung von Normsetzungsbefugnis« wurde einerseits die gesellschaftliche Funktion der Tarifautonomie unterstrichen, womit die Tarifparteien zu kollektiven Ordnungsmächten wurden, deren Regelungsanspruch Vorrang gegenüber der individuellen Vertragsfreiheit hatte. Andererseits wurde die Ordnungsfunktion durch die Delegationstheorie insofern überbetont, als dass sie als indirekte Drohung an die Tarifpartner verstanden werden konnte, sich im Sinne des sozialen Friedens und dem Interesse der deutschen Volkswirtschaft zu einigen. Denn der Staat könne seine Kompetenzübertragung vorbehaltlich einer seinerzeit freilich unsicheren verfassungsrechtlichen Gewährleistung auch jederzeit wieder rückgängig machen. Das etatistische Verständnis der Tarifautonomie hatte daher große Überschneidungen mit dem Konzept einer »formierten Gesellschaft«²⁹, wie sie die CDU in den 1960er Jahren propagierte und die von den Gewerkschaften eine Unterordnung unter den »Funktionswert der Wirtschaft« verlangte³⁰.

III. Die Neuformierung der liberalen Diskurskoalition

Während der liberalen Strömung um *Erwin Jacobi* in der Weimarer Republik eine wichtige Rolle im Rechtsdiskurs zukam, war sie nach dem Zweiten Weltkrieg zunächst weitgehend verschüttet. *Jacobi* selbst war in Leipzig geblieben und spielte für die bundesdeutsche Debatte keine Rolle mehr, während sich die meisten liberalen Arbeitsrechtler wie *Arthur Nikisch* zu Vertretern der Delegationstheorie wandelten. Erst in den 1960er Jahren sollte sich wieder eine Strömung liberaler Arbeitsrechtler formieren, die im Allgemeinen die Rechtsprechung des BAG und im Besonderen die Delegationstheorie kritisierten.

Den ersten Anstoß dafür gab ein Gutachten im Auftrag der IG Metall, in dem *Thilo Ramm* eine Fundamentalkritik an der Delegationstheorie formulierte und eine »Neubegründung der Tarifautonomie«³¹ auf privatrechtlicher Grundlage vornahm. Im Anschluss an die Arbeiten von *Jacobi* interpretierte er den Tarifvertrag als privatrechtlichen Schuldvertrag, der kein objektives Recht schaffe, da seine unmittelbare Wirkung sich ausschließlich aus den Individualwillen der Mitglieder der vertragsschließenden

Tarifparteien ergebe. Allerdings differenzierte er die Regelungsbefugnis der Gewerkschaften von jener der Arbeitgeberverbände.

Die Arbeit von *Ramm* brach die bestehende Homogenität im Kollektivarbeitsrecht auf und wurde zum Ausgangspunkt einer (sozial-)liberalen Kritik an der seinerzeit herrschenden Meinung.³² Während die antiautoritäre Linke das Sozialstaatsargument von *Ramm* weiter ausarbeitete³³, formierte sich um seine individual-mandatorischen Rekonstruktion der Tarifautonomie eine Diskurskoalition aus ehemaligen Schülern des Arbeitsrechtlers *Alfred Hueck*. Insbesondere *Wolfgang Zöllner*³⁴ und *Reinhard Richardi*³⁵ arbeiteten sich an der privatrechtlichen Rekonstruktion von *Ramm* ab, verwarfen seine Differenztheorie und plädierten für ein Verständnis des Tarifvertrags als ein schuldvertragliches Rechtsverhältnis von frei gebildeten Koalitionen, dessen normative Wirkung sich aus dem individuellen Unterwerfungsakt der Koalitionsmitglieder legitimiere. Die Tariffähigkeit einer Koalition sollte allein »vom Willen ihrer Mitglieder abhängig«³⁶ sein.

Die Arbeiten von *Zöllner* und *Richardi* bildeten die Grundlage, auf dem sich die liberale Diskurskoalition strukturieren und personell entfalten konnte. Im Schatten der gesellschaftlichen Transformation der 1970er und 1980er Jahre und den öffentlichen Diskussionen über den »Gewerkschaftsstaat«³⁷ nahm die individual-mandatorische Rekonstruktion der Tarifautonomie eine zunehmend prominente Position ein. Wichtige Vertreter einer liberalen Interpretation der Tarifautonomie hatten arbeitsrechtliche Professuren besetzt und konnten die eigene Argumentation im Rechtsdiskurs verbreiten. Mit Verweis auf *Jacobi* konnten sie sich auf eine bestehende Rechtstradition und anerkannte Rechtsfiguren berufen sowie in renommierten

29 *Altman*, Die Formierte Gesellschaft, Stuttgart 1965.

30 Ebd., S. 13 f. Den Gedanken verdanke ich einem Hinweis von *Wolfgang Streeck*.

31 *Ramm*, Die Parteien des Tarifvertrages; vgl. auch: *ders.*, JZ 1962, 78 ff.

32 Siehe dafür auch: *Rehder*, Rechtsprechung als Politik (Fn. 4).

33 *Däubler*, Das Grundrecht auf Mitbestimmung und seine Realisierung durch tarifvertragliche Begründung von Beteiligungsrechten, Frankfurt aM. 1973.

34 *Zöllner*, Die Rechtsnatur der Tarifnormen nach deutschem Recht, Wien 1966, S. 9 f.

35 *Richardi*, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, München 1968 (München, Univ., Habil. 1967), S. 135 ff.

36 *Richardi*, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses (Fn. 36), S. 146, 178.

37 *Schleyer*, Das soziale Modell, Stuttgart 1973.

Fachzeitschriften wie AcP oder RdA publizieren. Zugleich integrierten sie neuere Entwicklungen wie auch ökonomische und sozialwissenschaftliche Erkenntnisse in ihre Argumentation und verknüpften diese mit aktuellen Rechtsproblemen. Die individual-mandatorische Begründung der Tarifautonomie wurde somit als juristische Lösung für das in jenen Jahren drängendste Problem der Zeit dargestellt: die wachsende Arbeitslosigkeit.

In dieser Zeit entstand eine Nähe von Vertretern der liberalen Diskurskoalition zu den Arbeitgeberverbänden. Insbesondere mit der BDA ergab sich eine Zusammenarbeit, die einen wichtigen Ausgangspunkt wahrscheinlich in den Auseinandersetzungen um die Novellierung des Betriebsverfassungsgesetzes Anfang der 1970er Jahre hatte.³⁸ Diese wurde von den Arbeitgebern abgelehnt, war allerdings von der sozialliberalen Regierung *Willy Brandts* schon so weit vorangetrieben, dass sie politisch nicht mehr verhindert werden konnte. Die BDA fokussierte daher auf eine juristische Strategie der Verwässerung und Umgehung.³⁹ Daraus resultierte eine längerfristige und kontinuierliche Zusammenarbeit, insbesondere zu Themen der betrieblichen Mitbestimmung⁴⁰ aber auch zu Fragen der Tarifautonomie.

Die BDA wurde zu einem zentralen Bezugs- und Vernetzungsakteur für Vertreter der liberalen Diskurskoalition. Durch eine Vielzahl an Veranstaltungen bot sie einen Raum für die disziplinäre und interdisziplinäre Vernetzung. Insbesondere im Rahmen der BDA-eigenen *Walther-Raymond-Stiftung* und ihrer jährlichen Kolloquien wurden juristische Intellektuelle mit Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlern zu verschiedenen Fragen in einen Austausch gebracht. Hierbei zeigte sich, dass die individual-mandatorische Begründung der Tarifautonomie nicht nur mit den marktliberalen Konzepten aus den Wirtschaftswissenschaften, sondern auch mit den tarifpolitischen Strategien der BDA und ihrer Mitgliedsverbände kompatibel war.⁴¹ Zudem war die BDA mit ihrem Hauptgeschäftsführer *Hermann Franke*⁴² federführend an der Gründung der Zeitschrift für Arbeitsrecht (ZfA) beteiligt, die zum zentralen Resonanzraum und Debattenforum der liberalen Diskurskoalition avancierte. Als gemeinsames Projekt trug sie wesentlich zur Popularisierung und Verbreiterung des individual-mandatorischen Legitimationsnarrativs im Arbeitsrechtsdiskurs bei.

Darüber hinaus agierte die BDA als Ressourcengeber, die in vielfacher Weise und primär über die *Walther-*

Raymond-Stiftung Publikationsmöglichkeiten bot und finanzielle Projektmittel zur Verfügung stellte. In der »kleinen Reihe« und »großen Reihe« der Stiftung erschienen zahlreiche Werke von Vertretern des individual-mandatorischen Legitimationsnarrativs. Hinzu kam, dass die BDA liberalen Arbeitsrechtlern einen gewissen politischen Einfluss ermöglichte, indem sie sie als Schlichter⁴³, Sachverständige in Bundestagsanhörungen oder Gutachter und damit auch ihren juridischen Einfluss stärkte.

Wie das individual-mandatorische Legitimationsnarrativ an Einfluss auf den arbeitsrechtlichen Diskurs gewann, zeigte sich konkret bereits 1978 auf dem Deutschen Juristentag. Dessen arbeitsrechtliche Abteilung diskutierte auf Initiative von *Wolfgang Zöllner* die rechtlichen Konsequenzen der Arbeitslosigkeit. Zwar wurden die Anträge der liberalen Diskurskoalition abgelehnt, die prominente Stellung der individual-mandatorischen Begründung zeigte aber, dass sie sich als legitime Position im juridischen Diskurs etabliert hatte. Die Dominanz der Delegationstheorie im Schrifttum war gebrochen, auch wenn das BAG noch bis Ende der 1990er Jahre an ihr festhalten sollte.

IV. Paradigmenwechsel

Ende der 1980er Jahre dynamisierte sich eine mediale Debatte über das »Tarifkartell« und die Notwendigkeit einer Flexibilisierung und Deregulierung des Tarifvertragsrechts. Im rechtswissenschaftlichen Diskurs fand die Debatte in den Figuren der »Fremd- und Selbstbestimmung«⁴⁴ ihren Niederschlag, die von Vertretern der

38 *Kefßler*, KJ 1972, 90 ff.; *Löwisch*, KJ 1972, 192 ff.

39 DER SPIEGEL vom 5.12.1971, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/politik/in-kuehler-vernunft-a-08da0a4e-0002-0001-0000-000044914329?context=issue>. (1.8.2023).

40 Als Debattenstand: *Rüthers* (Hrsg.), Das Betriebsverfassungsgesetz auf dem Prüfstand, Stuttgart 1983.

41 Vgl. etwa: *Walther-Raymond-Stiftung* (Hrsg.), Die Zukunft der sozialen Partnerschaft. 23. Kolloquium München, 18. bis 20.3.1985, Köln 1986.

42 Vgl. *Zöllner*, ZfA 1974, 1; *Franke*, ZfA 1970, Geleitwort. Die Initiative für die Gründung der Zeitschrift ging von *Hermann Franke* aus, um nach eigenen Aussagen ein »wissenschaftliches Organ für den Bereich des Arbeitsrechts« zu schaffen. Als Träger fungierte die Arbeitgeberförderungsgesellschaft mbH.

43 So war etwa *Richard Richardi* 1977 bei Opel für Gesamtmetall als Schlichter eingesetzt worden, 1984 handelte *Bernd Rüthers* den Leber-Kompromiss zur Einführung der 35-Stunden-Woche mit aus.

44 *Löwisch*, BB 1991, 59 ff.; *Löwisch*, ZfA 1996, 293 ff.; *Richardi*, FS Merz, 1992, 481 ff.

liberalen Diskurskoalition eingebracht wurden. Vor dem Hintergrund rezessiver Tendenzen und steigender Arbeitslosigkeit wurde argumentiert, dass der einzelne Arbeitnehmer nun nicht mehr *durch*, sondern *vor* dem Kollektiv geschützt werden müsse⁴⁵. Ausgangspunkt war die erneut aufgeflamte juristische Diskussion um die Grundrechtsbindung⁴⁶ der Tarifvertragsparteien und die sich daraus ergebenden Grenzen der Tarifautonomie. Insbesondere von *Löwisch*⁴⁷ und *Richardi*⁴⁸ wurde die Berufsfreiheit nach Art. 12 GG herangezogen und als individuelles Schutzrecht gegen die Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG ins Feld geführt. Denn die Berufsfreiheit begründe die »Selbstbestimmung« gegenüber den Koalitionen, weshalb bei einer verfassungsrechtlichen Drittwirkung des Art. 12 GG die individuelle Entscheidungsfreiheit mit der Regelungskompetenz der Tarifvertragsparteien kollidieren würde. Damit war das juristische Argument für die bislang vor allem politisch geführte Debatte geliefert, denn der Rechtsausgleich müsse im Sinne praktischer Konkordanz durch eine Flexibilisierung des Arbeitsrechts ermöglicht werden.

Die rechtswissenschaftliche Debatte hatte praktische Konsequenzen und beschäftigte 1997 auch das BAG, das darüber zu entscheiden hatte, ob tarifvertragliche Regelungen zur Übernahme von Auszubildenden nach der Ausbildung gegen die Unternehmerfreiheit nach Art. 12 GG verstoßen.⁴⁹ Die Klage war exemplarisch für die Frage der Drittwirkung von Grundrechten und zielte strategisch auf eine Normenkontrolle von Tarifverträgen. In seiner Entscheidung wies das BAG die Klage mit dem Argument ab, dass die Ausübung der Koalitionsfreiheit bereits die Unternehmerfreiheit voraussetze.⁵⁰ Das Argument funktionierte jedoch nur, weil das BAG die Delegationstheorie implizit verwarf und die Tarifautonomie als »kollektiv ausgeübte Privatautonomie«⁵¹ definierte, womit der Tarifvertrag und daher auch die Übernahmeklauseln durch die Mitglieder der Koalitionen legitimiert sei.⁵² Damit aber wurde die individual-mandatorische Begründung der Tarifautonomie als herrschende Meinung bestätigt und der Paradigmenwechsel im kollektiven Arbeitsrecht vollzogen. Die Normsetzungsbefugnis der Tarifparteien wurde nun nicht mehr etatistisch, sondern privatautonom legitimiert. Damit jedoch verschoben sich die Grundkoordinaten des juristischen Gedankengebäudes der Tarifautonomie und damit auch der rechtsdogmatischen Grundlagen der Rechtsprechung.⁵³

Aus einer politikwissenschaftlichen Perspektive lässt sich daher argumentieren, dass sich in der Entscheidung des BAG – vor dem Hintergrund der gewachsenen Dominanz des individual-mandatorischen Legitimationsnarrativs, der weitgehenden Isolation der Delegationstheorie und dem Fehlen eines alternativen Legitimationsnarrativs – der hegemoniale Rechtsdiskurs zur Legitimation der Tarifautonomie materialisierte. Die juristische Strategie der liberalen Diskurskoalition floss – wenn auch in gebrochener und verdichteter Form – in den »Autoritätsspeicher des Rechts«⁵⁴ ein. Oder anders formuliert, mit dem BAG-Urteil hatte sich die individual-mandatorische Legitimation der Tarifautonomie universalisiert und war zur herrschenden Rechtsfigur geworden. Die juristische Perspektive auf die Tarifautonomie insgesamt hatte sich verändert, mit nicht zu unterschätzenden langfristigen Folgen für die Stabilität des Tarifvertragssystems.⁵⁵

V. Re-Privatisierung der Tarifautonomie

Kurz vor der Entscheidung des BAG hatte *Eduard Picker*⁵⁶ auf dem Jahreskolloquium der *Walter-Raymond-Stiftung* auf die tarifpolitischen Implikationen des sich abzeichnenden Paradigmenwechsels hingewiesen.

45 Exemplarisch: *A. Wiedemann*, Die Bindung der Tarifnormen an Grundrechte, insbesondere an Art. 12 GG, Heidelberg 1994, S. 153. *Richardi*, FS Merz, 1992, S. 481 ff.

46 Übersicht über den damaligen Debattenstand: *Singer*, ZfA 1995, 611 ff., der sich interessanterweise auf der Grundlage des individual-mandatorischen Legitimationsnarrativs (folgerichtig) gegen eine unmittelbare Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien durch Art. 12 GG wendet und im Übrigen argumentiert, dass die Ausübung der Koalitionsfreiheit bereits eine Ausübung der Berufsfreiheit ist und eben nicht durch sie begrenzt wird (vgl. S. 634–635).

47 *Löwisch*, BB 1991, 59 ff.; *Löwisch*, ZfA 1996, 293 ff.

48 Vgl. v.a. *Richardi*, FS Merz, 1992, S. 481 ff. Siehe auch die Dissertation von *A. Wiedemann*, Die Bindung der Tarifnormen an Grundrechte, insbesondere an Art. 12 GG (Fn. 45), die von *Richardi* betreut wurde.

49 BAG, 14.10.1997 – 7 AZR 298/96 – NZA 1998, 775 ff.

50 Ebd. *Dieterich*, in: Schlachter-Voll (Fn. 7).

51 BAG, 14.10.1997 – 7 AZR 298/96 – NZA 1998, 775 ff., Rn. 16.

52 *Dieterich*, GS Zachert, 2010, S. 532 ff.

53 *Rödl*, WSI-Mitteilungen 2023, 168 ff.; *Höpfner*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, Baden-Baden 2015 (zugl. Köln, Univ., Habil. 2014). Zum verfassungsrechtlichen Hintergrund siehe auch BVerfG, 24.5.1977 – 2 BvL 11/74 – BVerfGE 44, 322, 348; BVerfG, 14.6.1983 – 2 BvR 488/80 – BVerfGE 64, 208, 214.

54 *Bourdieu*, in: Kretschmann (Fn. 18).

55 *Rödl*, WSI-Mitteilungen 2023, 168 ff.

56 *Picker*, in: Walter-Raymond-Stiftung (Fn. 42).

Die individual-mandatorische Legitimation der Tarifautonomie ermögele durch den subjektiven Bezug auf die Privatautonomie ein hohes Maß an Gestaltungsflexibilität und hebe durch die Betonung der Mitgliedschaft die Bedeutung der negativen Koalitionsfreiheit hervor.

Pickers Überlegungen wiesen schon früh darauf hin, dass der Paradigmenwechsel eine Dynamik der »Privatisierung des Tarifvertragsrechts«⁵⁷ in Gang setzen und konkrete Folgen und Gefahren für das kollektive Arbeitsrecht mit sich bringen könnte. Denn mit der Verankerung des methodischen Individualismus wurden durch die Aufwertung subjektiver Freiheitsrechte und die damit einhergehende Bedeutungszunahme der negativen Koalitionsfreiheit Möglichkeitsräume für eine Liberalisierung des Tarifvertragssystems geschaffen. Die individuelle Perspektive auf die Tarifautonomie bestreitet ihre gesellschaftsregulierende Funktion und begrenzt daher die Wirkung der Tarifvertragsnormen auf die Mitglieder der Koalitionen.

Dies zeigte sich insbesondere in der BAG-Entscheidung zur Zulässigkeit der OT-Mitgliedschaft in den Arbeitgeberverbänden, die dazu führt, dass ein Arbeitgeber Mitglied in einem Arbeitgeberverband sein kann, ohne an den von seinem Verband abgeschlossenen Tarifvertrag gebunden zu sein. Die Rechtsprechung beruht in ihrer Argumentation grundlegend auf dem individual-mandatorischen Legitimationsnarrativ und stützt sich im Hinblick auf die Satzungsautonomie argumentativ zusätzlich auf die Koalitionsfreiheit.⁵⁸ Nach Auffassung des BAG legitimiert sich die Tarifgebundenheit durch den freiwilligen Beitritt zum Arbeitgeberverband und die Bereitschaft die individuelle Privatautonomie zur kollektiven Ausübung bereitzustellen. Wenn nun jedoch keine grundsätzliche Bereitschaft »bestimmter Mitglieder« besteht »Tarifverträge gegen sich gelten zu lassen«, also die individuelle Privatautonomie zur kollektiven Ausübung zur Verfügung zu stellen, so fehlt es nach Auffassung des BAG auch an der mitgliedschaftlichen Legitimation – trotz Mitgliedschaft in einem Arbeitgeberverband.⁵⁹ Politische Relevanz hatte das BAG-Urteil, wie Behrens/Helfen⁶⁰ betonen, vor allem darin, dass es zu einer erheblichen Ausweitung der OT-Mitgliedschaften führte, weil es für die Unternehmen und Arbeitgeberverbände erheblich zur Rechtssicherheit beitrug.

Eine weitere Folge des Paradigmenwechsels ist, dass alle Formen staatlicher Ausweitung tarifvertraglicher Normen unter hohen legitimatorischen Druck geraten.

Insbesondere die Allgemeinverbindlicherklärung (AVE), jedenfalls aber die Absenkung ihrer Voraussetzungen gilt im Lichte des individual-mandatorischen Legitimationsnarrativs als letztlich nicht zu rechtfertigender Eingriff des Staates in Freiheitsrechte. Daher wird sie verstärkt als »verfassungsrechtlich problematisch«⁶¹ diskutiert und darauf hingewiesen, dass sie auch den tarifpolitischen Außenseiter an die Tarifvertragsnormen der Koalitionen bindet. Auf dem (tarif-)politischen Feld zeigt sich die strategische Relevanz dieser Diskussion etwa darin, dass die Forderung nach einer gemeinsamen Antragstellung zur Allgemeinverbindlicherklärung von den Arbeitgeberverbänden als »rechtswidriges Streikziel« erklärt und mit Schadensersatzklagen gedroht wird.⁶² Auch politische Initiativen zur Stärkung der AVE werden aufgrund juristischer Bedenken bezüglich der Tarifautonomie abgeschwächt oder gar blockiert. Ebenso dient das Argument der BDA ihre seit Jahrzehnten verfolgte Blockadepolitik der Allgemeinverbindlichkeit zu legitimieren.⁶³

Zwar weist Ulber⁶⁴ zu Recht darauf hin, dass das BAG das individual-mandatorische Legitimationsnarrativ bislang nicht konsequent anwendet und sich zunehmend in Widersprüche verstrickt. Die genannten Beispiele machen aber deutlich, wie der juristische Paradigmenwechsel den Liberalisierungsdruck auf das kollektive Arbeitsrecht erhöht und politischen Initiativen zur Stärkung des Tarifvertragssystems ausbremst. Denn durch das individual-mandatorische Legitimationsnarrativ wird aus der kollektiven Institution der Tarifautonomie die Mobilisierung individueller Privatautonomien.⁶⁵ Staatliche Stützungsversuche wie die Allgemeinverbindlichkeit, aber auch

57 H. Wiedemann, BB 2013, 1379.

58 BAG, 18.7.2006 – 1 ABR 36/05 – NZA 2006, 1225, 1230, Rn. 51; Hensche, NZA 2009, 819.

59 BAG, 18.7.2006 – 1 ABR 36/05 – NZA 2006, 1225, 1230, Rn. 55. Bayreuther, BB 2007, 325 ff.

60 Behrens/Helfen, Hum Resour Manag J 2019, 51 ff.

61 Höpfner/Lesch/Schneider/Vogel, Tarifautonomie und Tarifgeltung, Berlin 2021, S. 419; vgl. auch: Hartmann, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, Tübingen 2014 (zugl. Heidelberg, Univ., Habil. 2012), S. 193; Henssler, RdA 2021, 6; Höpfner, ZfA 2019, 182; Reuter, FS Birk, 2008, S. 717 ff.

62 ver.di, Pressemitteilung: Arbeitgeber im Handel greifen Streikrecht an, Berlin 2023.

63 Günther/Höpner, Economic and Industrial Democracy 2023, 88 ff.; Günther, Staatliche Stützung der Tarifpolitik, Wiesbaden 2019; Paster/Nijhuis/Kiecker, WSI Mitt. 2021, 98 ff.

64 Ulber, in: Däubler (Hrsg.), TVG, 5. Aufl., Baden-Baden 2022.

65 Dieterich, GS Zachert, 2010, S. 532 ff.

Tariftreuregelungen im Zusammenhang mit der Vergabe öffentlicher Aufträge werden als verfassungswidrige Eingriffe in die Tarifautonomie diskutiert. Die dadurch produzierte juristische Unsicherheit für politische Akteure suggeriert, dass politische Eingriffspunkte nur noch auf Anreize zur freiwilligen Unterwerfung unter den Tarifvertrag begrenzt seien⁶⁶ und weitergehende Initiativen sich auf einem dünnen juristischen Eis bewegen. Die notwendige politische Stabilisierung des Tarifvertragssystems gerät daher schon früh an ihre juristischen Grenzen, eben auch weil eine liberale Diskurskoalition die Beschreibung und Deutung der Tarifautonomie und ihrer Rahmenbedingungen dominiert. Die individual-mandatorische Begründung der Tarifautonomie hat zur Folge, dass der Klassencharakter des Tarifvertrages verdeckt und die Wirkmächtigkeit des Tarifvertrages mit seiner Schutz- und Gerechtigkeitsfunktion begrenzt wird. Damit wird jedoch die Tarifautonomie ihrer kollektiven und solidarischen Dimension beraubt.

Insbesondere wenn man sich die aktuellen Debatten im Rechtsdiskurs vergegenwärtigt, wird deutlich, dass das individual-mandatorische Legitimationsnarrativ Anknüpfungspunkte für eine weitergehende Privatisierung des Tarifvertragssystems bietet. So werden auf der einen Seite Stimmen lauter, die die negative Koalitionsfreiheit als »Tarifnormfreiheit«⁶⁷ interpretieren und einen universellen Außenseiterschutz vor der Wirkung von Tarifnormen fordern. Allerdings werden die Konsequenzen der individual-mandatorischen Begründung im juristischen Diskurs, insbesondere die »Beschwörung der negativen Koalitionsfreiheit«⁶⁸ verstärkt zurückgewiesen.⁶⁹ So gibt es auf der anderen Seite neuerdings Ansätze, die Tarifautonomie als Realisierung von Austauschgerechtigkeit auf dem asymmetrisch verfassten Arbeitsmarkt privatrechtlich zu

rekonstruieren.⁷⁰ Damit wird der Versuch unternommen, das individual-mandatorische Legitimationsnarrativ herauszufordern und eine sozialdemokratische Legitimation zur Tarifautonomie zu (re-)etablieren. Insofern zeigt sich das soziale Feld des kollektiven Arbeitsrechts auch weiterhin durch verschiedene juristische Strategien geprägt.

Diese jüngsten Deutungskämpfe um die Legitimation der Tarifautonomie verweisen auf den konfliktiven Charakter des juristischen Felds, der wiederum ein gewichtiges Argument für eine intensivere und breitere politikwissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem Kollektivarbeitsrecht darstellt. Insbesondere der Forschungszweig der Industriellen Beziehungen würde davon profitieren, stellt das Kollektivarbeitsrecht doch eine zentrale Dimension in der Regulierung des Lohnverhältnisses dar. Eine tiefere Beschäftigung mit spezifischen Rechtskämpfen im Arbeitsrecht verspricht für verschiedene Bereiche neue Erkenntnisse und Perspektiven. Zugleich dürfte jedoch auch die Rechtswissenschaft von der politikwissenschaftlichen Beschäftigung mit dem Kollektivarbeitsrecht profitieren, verspricht sie doch eine genauere Kenntnis über die gesellschaftspolitische Einbettung und Wirkung der eigenen Profession⁷¹. Insofern verdienen die verschiedenen Rechtskämpfe im und um das kollektive Arbeitsrecht zukünftig einer größeren Aufmerksamkeit.

66 Hensler, RdA 2021, 1 ff.

67 Hartmann, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht (Fn. 61); Adomeit, Regelung von Arbeitsbedingungen und ökonomische Notwendigkeiten, München 1996.

68 Gamillscheg, AuR 2015, 225.

69 Däubler, KJ 2014, 372 ff.; Blanke, in: Schroeder (Hrsg.), Handbuch Gewerkschaften in Deutschland, Wiesbaden 2014, S. 173 ff.

70 Rödl, WSI-Mitt. 2023, 168 ff.; ders., SR 2022, 5.

71 Pichl, in: Bretthauer et al. (Hrsg.), Wandlungen im Öffentlichen Recht, 2020, S. 373 ff.

Anmerkung der Redaktion: Zur interdisziplinären Pluralisierung des Diskurses über ein zentrales Thema des Arbeitsrechts und der Arbeitsbeziehungen hat sich die Redaktion dazu entschlossen, den vorstehenden Beitrag zur Entwicklung des Tarifrechts aufzunehmen. Er betrachtet verschiedene Grundkonzeptionen der Tarifautonomie nicht aus einer juristischen Binnensicht, sondern unter Verwendung politikwissenschaftlicher Analyseinstrumente und Begriffsbildungen aus einer politologischen Außenperspektive.