

# Soziales Recht

Wissenschaftliche Zeitschrift  
für Arbeits- und Sozialrecht

Herausgegeben von  
Prof. Dr. Olaf Deinert und  
Prof. Dr. Rüdiger Krause,  
Institut für Arbeitsrecht  
der Georg-August-Universität  
Göttingen



in Zusammenarbeit mit



## Editorial

Das demokratische Unternehmen: Bürgerrechte und Mitbestimmung  
am Arbeitsplatz – Der alte Chef hat ausgedient?

*Thomas Klebe* ..... Seite **37**

## Abhandlungen

Die Tarifbindung der Arbeitgeber –  
Ausgewählte juristische Faktoren mit fördernder oder schwächender  
Wirkung auf die Tarifbindung

*Filip Dorssemont / Manfred Walser* ..... Seite **41**

Das Schicksal der kleinen dynamischen arbeitsvertraglichen Bezugnahme  
bei Ablösung des BAT durch den TVöD bzw. TV-L – Ausnahmen von der  
Teilnahme an der Tarifsukzession?

*Gregor Thüsing / Gisela Hütter* ..... Seite **60**

## Rezensionsaufsätze

*Felix Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und  
europäischen Arbeitsrecht

*Claudia Schubert* ..... Seite **70**

Zusammenfassungen (Abstracts) / Vorschau

Seite **76**

# Das demokratische Unternehmen: Bürgerrechte und Mitbestimmung am Arbeitsplatz – Der alte Chef hat ausgedient?<sup>1</sup>

»Das demokratische Unternehmen – Aufbruch in eine neue Humanisierung der Arbeitswelt?«, so war der Titel einer Konferenz am 12. Februar 2015 an der Technischen Universität München. Dabei kamen vor allem Vertreter von Unternehmen eher mittlerer, kleinerer Größe zu Wort. Tenor: Eine unmittelbare demokratische Beteiligung der Beschäftigten an den Entscheidungen in den Unternehmen ist möglich und wünschenswert. Als Beispiele wurden angeführt, dass die Beschäftigten autonom ihren Urlaub festlegen, ebenso ihre Arbeitszeiten/Arbeitsaufgaben, die Führungskräfte wählen, Einfluss auf die Unternehmensstrategie haben und auch entscheidend bei der Frage mitsprechen, ob ein Eigentümer seine Anteile verkaufen kann und wenn ja, an wen.

Bestehen also realistische Chancen zu einer demokratischen Umwälzung, zu einer entsprechenden Humanisierungspolitik in den Betrieben, wie mehrere Referenten der genannten Tagung meinten,<sup>2</sup> die den Beschäftigten völlig neue individuelle Möglichkeiten, ja womöglich Rechte gibt, die Entscheidungen im Unternehmen mit zu treffen? Hat das fordistische Großunternehmen, beschrieben mit strenger Hierarchie, auf Befehl und Gehorsam basierend, und konsequent arbeitsteiliger Organisation, als Leitbild ausgedient, weil zukünftig innovative, mitdenkende und eigenverantwortlich handelnde Beschäftigte gefragt sind?<sup>3</sup>

Die Debatte trifft durchaus die Bedürfnisse der arbeitenden Menschen. Sie wollen zwar nicht immer und ständig mitentscheiden, sie wollen sich aber durchaus, wie eine Befragung von einer halben Million Beschäftigten, davon ca. ⅓ Nichtmitglieder, der IG Metall 2013 gezeigt hat, gerne selber stärker einbringen, wenn es um die Vertretung der Beschäftigteninteressen geht. Dies bejahen ca. 44 % der Befragten bei gleichzeitig hoher Zustimmung zur Arbeit der Betriebsräte und der IG Metall.<sup>4</sup> In dieselbe Richtung geht eine aktuelle Umfrage der TU München: Danach wünschen sich 62 % der 18- bis 65-Jährigen, dass Unternehmen demokratischer geführt werden.<sup>5</sup>

Die Debatte ist nicht neu, vielleicht aber die Blickrichtung doch etwas anders als in der Vergangenheit. »Endet die Demo-

kratie am Werkstor?« war eine populäre Formulierung, die das Thema in früheren Jahren auf den Begriff brachte. Einer der bekanntesten Vorstöße waren dabei die Ideen von *Hans Matthöfer*, der in den Gewerkschaftlichen Monatsheften<sup>6</sup> einen Vorschlag zur Novellierung des Betriebsverfassungsgesetzes machte. Neben einem besseren Schutz der Persönlichkeitsrechte der Beschäftigten in § 51 Abs. 2 (jetzt geregelt in § 75 BetrVG) sah sein Entwurf für Betriebe mit mehr als 500 Beschäftigten die Bildung von Arbeitsgruppen, die selbstständige Teilfunktionen erfüllen, vor und die Wahl von Sprechern von und für die Gruppe (§ 56a Abs. 1 des Entwurfs). Diese Arbeitsgruppensprecher, die in Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat die Interessen der Arbeitsgruppe gegenüber dem unmittelbaren Vorgesetzten vertreten sollten, waren nach *Matthöfers* Vorstellung mindestens eine Stunde pro Woche unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts für ihre Aufgaben freizustellen. Zudem sollte nach § 56b die Arbeitsgruppe das Recht haben, während der Arbeitszeit die betreffenden Fragen des Arbeitsbereichs zu besprechen. Ziel: Die Beschäftigten sollten bessere Mitsprachemöglichkeiten, Beteiligungsrechte, bei den sie betreffenden Fragen im Betrieb erhalten. Eine Konstruktion, die von den Gewerkschaften damals teilweise heftig abgelehnt wurde, weil sie eine Schwächung der Betriebsräte befürchteten, die aber inzwischen mit der Novellierung des Betriebsverfassungsgesetzes 2001 in §§ 28a (Über-

1 So die Überschrift eines Artikels zum gleich genannten Kongress in München im Wiesbadener Kurier vom 13.2.2015.

2 Vgl. *Boes*, Das Unternehmen der Zukunft in der digitalen Gesellschaft; *Sattelberger*, Demokratie ist eine Option; *Welpke*, Der Blick der Managementforschung und auch *Malone* (MIT Center for Collective Intelligence), The future of work: How can we create more intelligent organizations?; alle: <http://democraticorganization.com/impressionen-konferenz-2015/> (16.4.2015)

3 *Boes* (Fn. 2).

4 IG Metall Beschäftigtenbefragung, Extranet der IG Metall, 28.6.2013.

5 VDI-Nachrichten 27.2.2015, S. 32.

6 Gewerkschaftliche Monatshefte (GMH), 1968, 751 f.; vgl. auch die Vorschläge von *Vilmar*, GMH 1968, 472 ff. und 1970, 135 ff., sowie zur entsprechenden Diskussion *R. Hoffmann*, GMH 1968, 719 ff.; *Preis*, GMH 1969, 114; *M. Schumann*, GMH 1969, 226 ff.; *Lenk*, GMH 1970, 143 ff. oder *Plinther*, GMH 1970, 291 ff.

tragung von Aufgaben an Arbeitsgruppen), 87 Abs. 1 Nr. 13 (Grundsätze der Gruppenarbeit) und 80 Abs. 2 (Betriebsratsrecht, sachkundige Arbeitnehmer als Auskunftsperson in seine Arbeit einzubeziehen) Wirklichkeit geworden ist. Dies sind zwar nicht wörtlich die *Matthöfer*-Ideen, aber doch von der Intention her. Auf Initiative und mit Unterstützung der Gewerkschaften sind sie 30 Jahre später Teil der Betriebsverfassung geworden.

Eine andere Form der Demokratisierung der Unternehmen, nicht der Wirtschaft, wie sie mit Ideengeber *Fritz Naphtali* noch im DGB-Grundsatzprogramm von 1949 auftauchte, der besseren Beteiligung der Beschäftigten an der Entwicklung und den Entscheidungen *ihres* Unternehmens, war und ist die Idee, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer neben ihrer Mitbestimmung im Aufsichtsrat auch am Kapital des Unternehmens als Aktionäre zu beteiligen. Teilweise wurden Unternehmen sogar von den Beschäftigten insgesamt übernommen, wie zB. der IT-Dienstleister *DiTec* (1994–2001), eine Ausgründung der *Digital Equipment GmbH*, die *Pfalz-Flugzeugwerke* (1996–2001) oder die *Glashütte Süßmuth*. Dies waren jedoch im Ergebnis bei allem Respekt vor den Bemühungen keine dauerhaften Lösungen.<sup>7</sup> Belegschaftsaktien, die durchaus auch bei den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern eine gewisse Popularität haben, werden demgegenüber unverändert ausgegeben.<sup>8</sup> Sie geben den Beschäftigten aber selbst dann kaum Einfluss, wenn sie in Vereinen der Belegschaftsaktionäre gebündelt werden. Insbesondere in der Finanzkrise 2008/2009 spielte das Thema bei *Opel*, *Daimler*, *Schaeffler* oder auch bei *VW* eine besondere Rolle. Letztlich hatten die meisten Vorstände aber offensichtlich Angst, die Belegschaft so zu beteiligen, obwohl auch mit der Umwandlung von Ansprüchen (zB. der Jahressonderzahlung) in Aktien der Einfluss der Beschäftigten in der Regel nur sehr begrenzt gewesen wäre.

Die oben angesprochenen Novellierungen des Betriebsverfassungsgesetzes haben die betrieblichen Realitäten nicht wirklich verändert. Gewerkschaften, wie zB. die IG Metall, haben zwar Projekte in den Betrieben durchgeführt und Arbeitsmaterialien entwickelt, um die Möglichkeiten zB. des § 80 Abs. 2 BetrVG mit einer direkten Beteiligung der Beschäftigten an der Arbeit des Betriebsrats zu nutzen.<sup>9</sup> In der Breite ist die Vorschrift trotz positiver Bewertung der Projekte aber kein Durchbruch für mehr Beteiligung, mehr demokratische Mitsprache der Beschäftigten geworden. Beteiligung setzt eine Kulturveränderung und Restruk-

turierung der Betriebsratsarbeit, dabei deutlich mehr Aufwand voraus und natürlich auch, dass die Beschäftigten ein entsprechendes Interesse aufbringen: Nicht jedes Thema ist hierfür geeignet.

Sehr positive Beispiele für eine Beteiligung der Beschäftigten liefert demgegenüber die inzwischen ständige Praxis der IG Metall, Vereinbarungen, mit denen vom Tarifvertrag abgewichen wird (*Pforzheim-Regelungen*), nur nach Beteiligung der Mitglieder und abgestuft auch aller Beschäftigten am Entscheidungsprozess, am Ende nur mit Zustimmung der Mitglieder zu treffen.<sup>10</sup> Auch betriebliche Beispiele, wie die über Jahre praktizierte Beteiligung der Beschäftigten im Braunschweiger *VW-Werk*, belegen, dass der Aufwand lohnt. Mit der Beteiligung werden die politischen Ziele von Gewerkschaft und Betriebsrat deutlich besser ausgestaltet und natürlich auch getragen. Dies gilt generell, insbesondere aber, wie Beispiele zeigen, bei Arbeitszeitfragen, wie bei Regelungen für mobiles Arbeiten oder im Hinblick auf eine bessere Vereinbarkeit von Arbeit und Privatleben, oder auch beim Arbeits- und Gesundheitsschutz.

Wo stehen wir also jetzt bei der Demokratisierung der Unternehmen, wo stehen wir im Hinblick auf Bürgerrechte im Betrieb?<sup>11</sup> Führen uns Lösungen weiter, die jenseits der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats gefunden werden, die sie, wie in der Blütezeit der Startups in der New Economy gemeint, sogar ersetzen und überflüssig machen?

Ich meine nein. In größeren Betrieben ist es kaum denkbar, vom Prinzip der repräsentativen Demokratie, wie sie die Betriebsverfassung vorsieht, abzugehen. 280.000 *Daim-*

7 Daran ändern mE. auch einzelne dauerhaft positive Beispiele, wie das der Mondragon Cooperative Corporation, von dem Malone berichtet (Fn. 2), nichts.

8 Die Beteiligungsfonds nach dem Mitarbeiterkapitalbeteiligungsgesetz vom 7.3.2009 wurden allerdings per 4.7.2013 wieder beseitigt, weil sie, so die Gesetzesbegründung (BT-Drs. 791/12, S. 352), in der Praxis keine Bedeutung erlangten (vgl. hierzu *Kittner/Deinert*, Arbeits- und Sozialordnung, 40. Aufl., Frankfurt am Main 2015, S. 1726).

9 Vgl. zB. »6 Betriebe – ein Erfahrungsbericht«, Projekt: Betriebliche Auskunftspersonen, IG Metall-Vorstand, Dezember 2004; »Sachkundige ArbeitnehmerInnen im Einsatz«, Arbeitsmappe für VK-Leitungen und Betriebsräte, IG Metall-Vorstand, Dezember 2004.

10 Vgl. auch das Interview mit dem Vorsitzenden der IG Metall *Detlef Wetzel* in Mitbestimmung 10/2014, 44 ff.: »Wir müssen auf Beteiligung setzen«.

11 Vgl. schon *Sinzheimer*, Das Wesen des Arbeitsrechts (1927), in: *Sinzheimer*, Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Band 1, Frankfurt am Main und Köln 1976, S. 113, der das Ziel des Arbeitsrechts mit einer Umwandlung der »Wirtschaftsuntertänigkeit in ein wirtschaftliches Bürgertum« beschreibt. *Sinzheimer* fordert eine »Befreiung der Arbeit«, eine menschenwürdige Arbeitswelt, die dem Menschen soziale Grundrechte verleiht: »Die Verwirklichung dieser Freiheit wird sich in Formen vollziehen, die auf sozialem Gebiet den Veränderungsprozess wiederholen, der sich auf staatlichem Gebiet vollzogen hat.«

ler Beschäftigte werden *Dieter Zetsche* nicht im persönlichen Gespräch ihre Auffassung mitteilen können und auch nicht die praktischen Entscheidungen direkt beeinflussen. In kleineren und mittleren Betrieben und Unternehmen mag dies eher möglich sein. Aber auch hier gilt: Wenn es zu Konflikten kommt, sollte es rechtlich abgesicherte Belegschaftsvertreter mit verbrieften Rechten geben. Sonst ist die bis dahin gelebte Beteiligung oft nur vom Unternehmens-Herrn gegeben und von ihm anschließend genommen.<sup>12</sup> Darüber hinaus sollte auch nicht übersehen werden, dass der Betriebsrat die wichtige Funktion hat, die Einzelinteressen nicht nur zu bündeln und gegenüber dem Arbeitgeber zu vertreten, sondern auch einen Ausgleich der unterschiedlichen Interessen, eine praktische Konkordanz, herbeizuführen.

Die Zukunftslösung liegt meines Erachtens daher in einer Stärkung sowohl der repräsentativen Vertretung der Beschäftigten durch Betriebsräte und Gewerkschaften als auch ihrer individuellen Rechte im Betrieb.

Wie könnte eine solche Stärkung der individuellen Rechte aussehen? Das Leitbild hierfür könnte, wie es *Detlef Wetzel*, der Vorsitzende der IG Metall, genannt hat, »der selbstbestimmte Bürger am Arbeitsplatz« sein. Der Bürger, der substantielle Grundrechte nicht nur im gesellschaftlichen Leben, sondern auch im Betrieb, bei seiner Arbeit, hat und wahrnehmen kann. Grundrechte, die seine deutlich schwächere Position im Hinblick auf das individuelle Arbeitsverhältnis gegenüber dem Arbeitgeber wirklich stärken. Grundrechte, die die Mitbestimmung nicht ersetzen, sondern sie effektiver, gelebter machen und umgekehrt durch diese konstitutionell abgesichert und wirksamer gestaltet werden. Und Ziel ist auch, wie es in der der Präambel der *Charta der Arbeitsbeziehungen im Volkswagen-Konzern* vom 29.10.2009 formuliert ist, die Beschäftigten aktiv in die Unternehmens-Entwicklung einzubinden.

An welche Grundrechte und besseren Beteiligungsmöglichkeiten der Beschäftigten ist nun konkret zu denken? Es wird einerseits um eine Stärkung, um den Ausbau und die effektivere Wahrnehmung bereits vorhandener Rechte gehen. So sind die oben geschilderten Möglichkeiten in den §§ 28a, 80 Abs. 2 oder auch 87 Abs. 1 Nr. 13 BetrVG schlicht besser zu nutzen und mit mehr Leben zu erfüllen. Weiterhin sollte daran gedacht werden, die Möglichkeit von Betriebsversammlungen zu erleichtern und hierfür bereits ein Quorum von 15 % statt bisher 25 % der Beschäftigten

ausreichen zu lassen. Auch die Reklamationsrechte in Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen und die Beschwerderechte in §§ 83 ff. BetrVG sollten ausgebaut werden. Bei jeder Beschwerde der Beschäftigten sollte nach § 85 Abs. 2 BetrVG die Einigungsstelle angerufen werden können.<sup>13</sup> Dies würde individuelle Beschwerden erheblich wirksamer machen. Zudem sollten die Ergebnisse von Befragungen, die der Arbeitgeber durchführt, eine definierte Verbindlichkeit hinsichtlich des Votums der Beschäftigten erhalten.

Darüber hinaus sollten im Sinne einer Charta der Beschäftigtenrechte im Betrieb vom Gesetzgeber Regelungen in folgenden Bereichen getroffen werden:

Das Recht auf freie Meinungsäußerung und insbesondere die Stellungnahme zu betrieblichen Abläufen sollte, gerade auch vor dem Hintergrund sozialer Netzwerke, ausdrücklich verankert werden<sup>14</sup>. Dies muss den besonderen Schutz von Whistleblowern umfassen, also von Beschäftigten, die sich wegen Missständen in Betrieben zB. an Behörden wenden. Es ist nicht akzeptabel, dass sie, obwohl sie verantwortungsvoll auf Missstände im Betrieb aufmerksam machen, das Risiko haben, dadurch ihren Arbeitsplatz, ihre materielle Existenzgrundlage, zu verlieren.

Auch die Zurückbehaltungs- bzw. Leistungsverweigerungsrechte der Beschäftigten sollten erweitert und ausdrücklich gewichtige ethische Gründe anerkannt werden.

Der Schutz der Persönlichkeitsrechte, insbesondere des informationellen Selbstbestimmungsrechts beim Datenschutz, sollte verstärkt werden. Datenschutz wird dabei nur über eine Kombination von normativen und technischen Lösungen wirksam werden.<sup>15</sup>

Das Recht auf Achtung des Privatlebens und auf Vereinbarkeit von Familie und Arbeit sollte aufgenommen werden.

Insbesondere vor dem Hintergrund der zunehmenden Untersuchungen im Compliance-Bereich muss das Recht auf faire Behandlung für die Beschäftigten gesichert werden. Hierzu gehört ein zwingendes Recht auf rechtzeitige Anhörung bei solchen Verfahren und eine Unschuldsumutung. Zudem muss deutlich abgegrenzt werden, was

12 Vgl. auch *Boes* (Fn. 2): »Abgesicherte statt gewährte Beteiligung.«

13 *Däubler*, AiB 2001, 379 ff.

14 Vgl. schon § 82a des Gesetzentwurfs des DGB, Novellierungsvorschläge (2001).

15 Vgl. auch *Maas/Schmitz/Wedde*, Datenschutz 2014, HSI-Schriftenreihe, Band 9, Frankfurt am Main (2014).

unternehmensintern untersucht werden kann und was in die Zuständigkeit zB. der Strafbehörden gehört.

Immer wieder werden auch die individuellen Koalitionsrechte infrage gestellt, obwohl sie durch Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz garantiert werden. Dies sollte im Rahmen einer Regelung der Bürgerrechte im Betrieb ausdrücklich wiederholt bzw. klargestellt werden, denn die Werbung für die Gewerkschaft, die Wahl und behinderungsfreie Arbeit eines Betriebsrats oder die Inanspruchnahme des Streikrechts gehören noch längst nicht zur Normalität des Alltags in allen Betrieben. Die Vorgänge bei *Enercon* und *Hyundai* belegen dies beispielhaft.<sup>16</sup>

Auch die individuellen Rechte der Beschäftigten, in Produktion, Entwicklung und Produktqualität einbezogen zu werden, wie dies zB. beim VW-Innovationstarifvertrag geschehen ist, sollten gestärkt werden.

Schließlich noch ein Aspekt, der besonders wichtig, wenn nicht entscheidend, für die Effizienz von Bürgerrechten im Betrieb sein wird: Zur Durchsetzung dieser Rechte sollte ein Verbandsklagerecht der im Betrieb vertretenen Gewerkschaft eingeführt werden. Die einzelnen Beschäftigten haben oftmals wegen ihrer deutlich schwächeren Positionen gegenüber dem Arbeitgeber nicht die Bereitschaft, ihre Rechte durchzusetzen.

Alle diese Regelungen könnten in einem ersten Schritt durchaus auch durch Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag getroffen werden. Die in einer Vielzahl von sogenannten »Besser-Vereinbarungen« geregelten Besserstellungen

für Leiharbeiterinnen und -arbeiter gegenüber der gesetzlichen Regelung geben hier ein gutes Anschauungsmaterial.

Der hier gewählte Ansatz mag vorsichtiger erscheinen als die oben geschilderten Beispiele.

Er erscheint mir allerdings auch deutlich realistischer. Weitergehende Versuche einer Demokratisierung sind damit aber keineswegs ausgeschlossen, sondern vielmehr mit den geschilderten Rahmenbedingungen wünschenswert.

Zusammengefasst erscheint die Zeit reif für eine Initiative, die den mündigen Bürger auch im Betrieb ohne Wenn und Aber anerkennt und respektiert. Nicht zuletzt vor dem Hintergrund von teilweise wachsenden Entscheidungsspielräumen für die Beschäftigten und mehr Autonomie und letztlich auch im Hinblick auf die Innovationsfähigkeit der Unternehmen<sup>17</sup> sollten die Individualrechte wie beschrieben gestärkt und im Zusammenspiel mit einer Weiterentwicklung der Mitbestimmungsrechte eine deutliche Demokratisierung im Betrieb herbeiführen.

*Dr. Thomas Klebe*

*Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht Frankfurt*

<sup>16</sup> Vgl. zB. Frankfurter Allgemeine Zeitung 2.9.2013; Frankfurter Rundschau 4.4.2014; Berliner Zeitung 6.3.2015; Tageszeitung 11.2.2015.

<sup>17</sup> *Malone* (Fn. 2): Gerade wenn Innovationen im Unternehmen erforderlich sind, können demokratische Organisationen, richtig aufgesetzt, wünschenswert und intelligenter sein.

# Die Tarifbindung der Arbeitgeber – Ausgewählte juristische Faktoren mit fördernder oder schwächender Wirkung auf die Tarifbindung<sup>1</sup>

Prof. Dr. Filip Dorssemont, Université catholique de Louvain,  
und Dr. Manfred Walser, Universität Hamburg

## I. Die Bindung der Arbeitgeber als Schlüssel

Der Deckungsgrad (*coverage*) von Tarifverträgen definiert sich durch das Verhältnis der tarifgebundenen Arbeitnehmer zur gesamten werktätigen Bevölkerung.<sup>2</sup> Er wird alle zwei Jahre im *Industrial Relations Report* der Europäischen Kommission erhoben. Im Bericht von 2012 wird dazu ausgeführt:

- While trade union density is important at the sectoral level, the effective implementation of collective agreements will be determined principally by the number of employers [Hervorh. durch d. Verf.] who recognise the agreements.<sup>3</sup>

Die Botschaft ist deutlich: obwohl die Relevanz des rechnerischen Deckungsgrades in Hinblick auf einen Rechtsvergleich verschiedener nationaler Systeme der industriellen Beziehungen nicht überschätzt werden darf,<sup>4</sup> steht und fällt der Deckungsgrad eines Tarifvertrags in erster Linie mit der Bindung der Arbeitgeber. Die Frage, ob ein Arbeitnehmer gebunden ist, stellt sich nur, wenn auch sein Arbeitgeber gebunden ist. Ist der Arbeitgeber nicht gebunden, hat sich jede weitere Frage bereits erledigt. Nur wenn der Arbeitgeber gebunden ist, ist noch zu fragen, ob und wie der Organisationsgrad der Arbeitnehmer Einfluss auf deren Tarifbindung nimmt. Einzelne Arbeitnehmer können im Gegensatz zu einzelnen Arbeitgebern nämlich nicht Partei eines Tarifvertrags sein.<sup>5</sup>

Im Bericht über die kollektiven Arbeitsbedingungen wird nicht ausgeführt, weshalb die Europäische Kommission so viel Wert auf die Höhe des Deckungsgrades legt und warum es gleichgültig sein soll, ob Arbeitnehmer von einem Tarifvertrag erfasst werden. Die Überlegung, dass Arbeitnehmer, die keinem Tarifvertrag unterfallen, außer-

halb des Systems der kollektiven Arbeitsbedingungen stehen, ist banal. Historisch wird das Aushandeln von Arbeitsbedingungen im Rahmen der Kollektivautonomie als bessere Garantie zur Realisierung eines Rechts auf eine angemessene Entlohnung betrachtet, als die individuelle Vertragsfreiheit. Bereits in der päpstlichen Enzyklika *Rerum Novarum* (1891) wird dies zum Ausdruck gebracht.<sup>6</sup> Ohne ein System, welches das kollektive Aushandeln der Arbeitsbedingungen ermöglicht, fehlt der Grundstein, auf dem

1 Grundlage dieses Beitrags bildet ein von Dorssemont im Rahmen des durch die Hans-Böckler-Stiftung geförderten Projekts *Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber* auf dem 9. Hans-Böckler-Forum am 21.3.2013 in Berlin gehaltenen Vortrag. Die vorliegende Version basiert auf einem von Dorssemont in niederländischer Sprache in ArA 2/2014, 26–49 veröffentlichten Beitrag, der von Walser übersetzt und ergänzt wurde.

2 Brechter/Brandl, in: Europäische Kommission, *Industrial Relations in Europe* 2014, Luxemburg 2015, S. 28; aktuelle und detaillierte Zahlen zu Deutschland finden sich etwa bei Ellguth/Kohaut, WSI Mitt. 2014, 286 ff.

3 Brechter/Brandl, in: Europäische Kommission, *Industrial Relations in Europe* 2012, Luxemburg 2013, S. 21.

4 Sciarra, in: Sciarra, *The evolving structure of collective bargaining in Europe*, S. 21: »For all these reasons, it is not useful from a legal point of view to evaluate systems of collective bargaining in terms of efficiency, according either to the number of collective agreements signed or the coverage of the same. These are not irrelevant elements in the evaluation of national legal and voluntary systems, but it can be argued that quantitative measurements, if not properly contextualised, may leave the interpreter with a lot of unanswered qualitative questions.«

5 Jacobs, *Labour and the Law in Europe*, Nijmegen 2011, S. 114.

6 S. Rn. 45 der Enzyklika *Rerum Novarum*: »Let the working man and the employer make free agreements, and in particular let them agree freely as to the wages; nevertheless, there underlies a dictate of natural justice more imperious and ancient than any bargain between man and man, namely, that wages ought not to be insufficient to support a frugal and well-behaved wage-earner. If through necessity or fear of a worse evil the workman accept harder conditions because an employer or contractor will afford him no better, he is made the victim of force and injustice. In these and similar questions, however – such as, for example, the hours of labor in different trades, the sanitary precautions to be observed in factories and workshops, etc. – in order to supersede undue interference on the part of the State, especially as circumstances, times, and localities differ so widely, it is advisable that recourse be had to societies or boards such as We shall mention presently, or to some other mode of safeguarding the interests of the wage-earners; the State being appealed to, should circumstances require, for its sanction and protection.«

die individuelle Freiheit aufbauen kann.<sup>7</sup> Das Risiko, dass Arbeitnehmer bereit sind, in einen Wettbewerb über den Preis ihrer Arbeitsleistung einzutreten, ist nach dieser Auffassung hoch. Dieses Risiko birgt die Gefahr von *Sozialdumping* in sich, da sich Arbeitnehmer gegebenenfalls bereit erklären, ihre Arbeitskraft unter dem Niveau einer angemessenen Vergütung zur Verfügung zu stellen. Hierin erkennt manch einer eine schädliche Form der sozialen Konkurrenz zwischen Arbeitnehmern, die nicht auf der Qualität ihrer Arbeit basiert.<sup>8</sup>

Die positive Bewertung des Zustandekommens von Arbeitsbedingungen über Kollektivverhandlungen ist allerdings äußerst subjektiv. Wer an die seligmachende Wirkung der communitativen Gerechtigkeit glaubt, wird sich kaum für den Deckungsgrad von Tarifverträgen interessieren.

Meta-juristische Faktoren erklären, warum Arbeitgeber über ihre Verbände Tarifverträge schließen. Juristische Faktoren erklären, warum Arbeitgeber an kollektive Tarifverträge gebunden sind. Beide Analysen sind komplementär. In diesem Beitrag beschränken wir die Betrachtung auf eine Analyse der juristischen Faktoren, welche die Bindung fördern oder behindern. Er hat nicht das Ziel, das kollektive Zustandekommen von Arbeitsbedingungen in verschiedenen Ländern auf rechtsvergleichende Weise zu begründen. Der hier verfolgte Ansatz weicht zudem teilweise davon ab, wie die Frage der Tarifbindung in der juristischen Literatur behandelt wird, die ausschließlich auf das nationale Arbeitsrecht zugeschnitten ist. Zwar wird die Bindung eines Tarifvertrags unvermeidlich auch hier eine wichtige Rolle einnehmen, in der Literatur wird die Bindung allerdings häufig aus der Warte autonom vereinbarter oder allgemeinverbindlich erklärter Tarifverträge betrachtet. Faktoren und Techniken, die das Schließen von Tarifverträgen erleichtern oder erschweren, werden in diesen Handbüchern vielfach nicht unter diesem Begriff betrachtet. Der Ausgangspunkt für die Vergleichung ist ein soziologisches Konzept: der Deckungsgrad des Tarifvertrags. Dieses Konzept hängt nicht von der spezifischen nationalen juristischen Erfahrung ab. Hier sollen die juristischen Instrumente analysiert werden, die das Potential haben, den Deckungsgrad zu erhöhen oder zu senken. Dabei unterscheidet sich der Einsatz dieser Techniken zwischen den verschiedenen Ländern. Manche Techniken kommen nur in einzelnen Rechtsordnungen andere sogar nur in einer einzigen Rechtsordnung vor. Global betrachtet, soll hier nichtsdestotrotz ein funktionaler (Rechts-)

Vergleich angestellt werden: es wird unter Betrachtung verschiedener Rechtsordnungen untersucht werden, welche juristischen Techniken den Deckungsgrad fördern oder behindern.

Die Untersuchung muss jedoch zwangsläufig lückenhaft bleiben. Ein *Screening* aller 28 Mitgliedstaaten der EU ist im vorliegenden Rahmen nicht zu leisten. Daher werden nur die nachfolgenden nationalen Rechtsordnungen systematisch in den Vergleich einbezogen: Belgien, die Niederlande, Italien, Frankreich und Deutschland. Die Wahl dieser Länder ergibt sich aus den offiziellen Sprachen dieser Rechtsordnungen. Die Frage der Bindung an (europäische) Kollektivverträge wird ebenfalls im Rahmen der Rechtsordnung der Europäischen Union untersucht. Das britische Recht bleibt außen vor. Britische Tarifverträge sind aus sich heraus rechtlich nicht bindend.<sup>9</sup> Die Technik, durch die britische Arbeitgeber an Kollektivverträge gebunden werden, nämlich Bezugnahmeklauseln, sind nicht spezifisch arbeitsrechtlicher Natur.

Der Ausdruck »an einen Tarifvertrag gebunden« wird hier breit verstanden. Formal betrachtet macht es wenig Sinn, die Gebundenheit an ein Instrument zu erörtern, dem sowohl eine vertragliche wie auch eine normative Natur zugesprochen wird. Es muss also verdeutlicht werden, an welche Art von Tarifbestimmungen jemand gebunden ist. Im Rahmen dieses Beitrags liegt der Fokus auf den normativen Bestimmungen. Ungeachtet der Tatsache, dass ein Arbeitgeber uU. nicht an den obligatorischen Teil des Tarifvertrags gebunden ist, soll dennoch der Begriff der »Gebundenheit« verwendet werden. Ausreichend soll sein, dass er zumindest verpflichtet ist, einen Teil der normativen Bedingungen anzuwenden. Subtile Unterscheidungen zwischen der Verpflichtung, normative Tarifbedingungen anzuwenden, und der Gebundenheit an *den* Tarifvertrag werden hier außen vor gelassen.

Der Königsweg zur Tarifbindung der Arbeitgeber folgt dem voluntaristischen Prinzip der (Kollektiv-)Autonomie. Arbeitgeber werden an Firmentarifverträge gebunden, die sie selbst mit einer oder mehreren Gewerkschaften schließen. Die freiwillige Mitgliedschaft in einem Arbeitgeber-

7 Dazu ausführlich Rödl, in: Bieder/Hartmann, Individuelle Freiheit und kollektive Interessenwahrnehmung im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, Tübingen 2012, S. 81 ff.

8 Rigaux, Tussen burgerschap en sociale concurrentie, Antwerpen 2004, S. 8 ff., 19 ff.

9 Vgl. Deinert, Internationales Arbeitsrecht, Tübingen 2013, § 15 Rn. 7.

verband führt kraft der Satzung und/oder kraft des Gesetzes zu einer Gebundenheit an den Branchentarifvertrag oder branchenübergreifenden Tarifvertrag, der von einem Branchen- oder branchenübergreifenden Arbeitgeberverband abgeschlossen ist.

Wie der Untertitel des Beitrags bereits andeutet, sollen vorliegend die einzelnen juristischen Faktoren zentral behandelt werden, welche die Bindung fördern oder schwächen. Das klassische Szenario der Tarifbindung kann durch eine Verpflichtung der Arbeitgeber gefördert werden, in Verhandlungen einzutreten (II). Umgekehrt kann der Zugang zum Verhandlungstisch behindert werden, indem Arbeitgeberverbänden die Erfüllung von Repräsentativitätskriterien auferlegt werden (III). Ein Verband, der nicht repräsentativ ist, ist dann nämlich vom System der Tarifverhandlungen ausgeschlossen. So kann er keine Tarifverträge mit der durch den Gesetzgeber vorgesehenen Bindung schließen.

Zum klassischen Bindungsszenario bestehen in einigen nationalen Rechtsordnungen allerdings verschiedene Alternativen (IV). Sie führen dazu, dass ein Arbeitgeber, der weder an den Verhandlungen teilnimmt, noch Mitglied in einem verhandelnden Verband ist, dennoch zur Anwendung bestimmter Tarifvertragsbestimmungen verpflichtet wird. Nur in einem der hier untersuchten Szenarien (dem Beitritt) betrifft dies eine voluntaristische Bindung, die auf einer Willensäußerung des Arbeitgebers beruht.

Die Frage, ob die Gebundenheit (an einen Branchentarifvertrag oder einen branchenübergreifenden Tarifvertrag), die *nicht* auf einer Willensäußerung des Arbeitgebers beruht, *per se* der (negativen) Koalitionsfreiheit entgegensteht, wird ebenfalls zu behandeln sein (V). Diese Frage hat zwar der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) bereits verneint, wurde dann aber in der Rs. *Werhof* durch den Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) wieder auf die Tagesordnung gesetzt. Eine Gegenüberstellung der Rechtsprechungslinien der beiden Gerichtshöfe ist daher unvermeidlich. In der späteren Rs. *Alemo-Herron*, hat der EuGH es in Bezug auf einen vergleichbaren wenn auch nicht identischen Sachverhalt dann vermieden, auf die Koalitionsfreiheit des Arbeitgebers zu verweisen, beruft sich dann aber auf die Unternehmerfreiheit. Dieser Perspektivenwechsel soll freilich nicht unbeachtet bleiben.

In einer Schlussbetrachtung wird untersucht, welche Alternativen hilfreich sein können, um den Bindungsgrad

zu verbessern. Dabei gilt es allerdings zu beachten, dass die nationalen Systeme zur Regulierung der Arbeitsbedingungen stark in der Geschichte des Nationalstaates und in der historischen Entwicklung der Arbeiterbewegung verwurzelt sind. Wird eine alternative Bindungstechnik eingeführt, kann dies die Konsistenz des Systems beeinträchtigen. Die Grenzen möglicher *legal transplants* im Bereich der kollektiven Arbeitsbeziehungen werden ebenfalls im Fazit ausgelotet.

## II. Verhandlungspflicht (*duty to bargain*) als Katalysator für Kollektivverhandlungen

Zunächst stellt sich die Frage nach der Verbreitung des Instruments der Verhandlungspflicht für Arbeitgeber oder für Arbeitgeberverbände zur Stimulation von Tarifverhandlungen. In einer aktuellen rechtsvergleichenden Studie nennt *Jacobs*<sup>10</sup> insofern mehrere EU-Mitgliedsstaaten, in denen tatsächlich eine Verpflichtung für die Arbeitgeberseite besteht, in Verhandlungen um einen Tarifvertrag einzutreten. Das älteste Beispiel findet sich im Großherzogtum Luxemburg (1965). Ferner nennt er Frankreich, Spanien und Ungarn. Eine vergleichbare Regelung führt *Jacobs* auch für das Vereinigte Königreich auf. Dort folgt diese Verpflichtung aus der Pflicht zur Anerkennung einer Gewerkschaft zum Zwecke von Kollektivverhandlungen.<sup>11</sup> Belgien findet sich auf der Liste nicht wieder, worauf sogleich noch einzugehen sein wird.

Allen genannten Modellen ist gemein, dass zwar eine Pflicht zu Verhandlungen aber keine Verpflichtung zum Abschluss eines Tarifvertrags besteht. Unterschiede bestehen dagegen hinsichtlich des Niveaus, auf dem Verhandlungen geführt werden. Das französische Modell ist insofern besonders, als die Verhandlungspflicht in einem durch den Gesetzgeber festgelegten Rhythmus sowohl auf Unternehmens- wie auch auf Branchenebene besteht.<sup>12</sup> Die potentiellen Verhandlungsinhalte sind vielfältig. Sie reichen von Entgelt und Arbeitszeit über die Beschäftigungsmöglichkeit (Beschäftigte mit Behinderung, ältere Arbeitneh-

<sup>10</sup> *Jacobs* (Fn. 5), S. 116 f.

<sup>11</sup> Vgl. dazu auch *Lorber/Novitz*, *Industrial Relations Law in the UK*, Cambridge ua. 2012, S. 79 ff.

<sup>12</sup> *Lokiec*, *Droit du Travail*, Bd. II, Paris 2011, S. 275 f., 300 ff.

mer, Bildung und Ausbildung), die Gleichbehandlung von Mann und Frau bis hin zu Fragen der Arbeitsbelastung (*pénibilité du travail*).

Zu Recht hat *Jacobs* Belgien nicht in seine Liste aufgenommen. Unlängst wurde in Belgien zwar das *Loonkloofwet* (Lohngefällegesetz) geändert. Mit der Gesetzesänderung vom 12. Juli 2013 wurde für das Paritätische Komitee (*paritair comité*) die Verpflichtung eingeführt, eine spezialisierte Abteilung innerhalb des *Dienst Collectieve Arbeidsbetrekkingen* im Arbeitsministerium (*Federale Overheidsdienst Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg*) stets über die Ausgestaltung der Funktionsgruppen für die Eingruppierung in Branchentarifverträgen zu informieren.<sup>13</sup> Die Abteilung analysiert dann die Tarifverträge hinsichtlich der Geschlechterneutralität. Wenn die Empfehlung der Abteilung negativ ist, verlangt das Gesetz, dass das Paritätische Komitee innerhalb von 24 Monaten nach Bekanntgabe der Empfehlung die notwendigen Anpassungen vornimmt. Diese Regelung kann schwerlich anders verstanden werden, als dass sie eine Verpflichtung aufstellt, über einen Tarifvertrag mit geschlechtsneutralen Funktionsgruppen zu verhandeln und einen solchen auch abzuschließen. Allerdings hat der Gesetzgeber keine Sanktion für den Fall vorgesehen, dass keine Verhandlungen aufgenommen werden oder innerhalb der Frist kein Ergebnis erreicht wird. Erstaunlich ist insofern, dass das Komitee bei Untätigkeit nach Ablauf der Frist gesetzlich verpflichtet ist, diese zu rechtfertigen. Tatsächlich erscheint diese Bestimmung im Widerspruch zur Verpflichtung zu stehen, Tarifverträge geschlechtsneutral auszugestalten – entweder es besteht eine Verhandlungspflicht oder es besteht keine derartige Verpflichtung. Wenn eine solche Verpflichtung besteht, ist die Untätigkeit uE. nicht rechtfertigbar. Ist die Untätigkeit dagegen rechtfertigbar, besteht keine echte Verhandlungspflicht.

Die Sanktionen einer solchen *duty to bargain* reichen von zivilrechtlichen (im Vereinigten Königreich: *an order of specific performance*<sup>14</sup>) bis hin zu strafrechtlichen Sanktionen (teilweise in Frankreich für Firmentarifverträge).

Das Sekundärrecht der EU kennt ein bemerkenswertes Beispiel einer *duty to bargain*. Art. 4 der Richtlinie 94/45/EWG über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats (EBR-RL)<sup>15</sup> und Art. 4 der neugefassten EBR-RL 2009/38/EG<sup>16</sup> übertragen der zentralen Leitung die formelle Verantwortung, die Voraussetzungen zu schaffen und die Mittel bereit zu stellen, die für die Bildung eines Europäischen

Betriebsrates (EBR) oder ein Verfahren zur Unterrichtung und Anhörung erforderlich sind. Die Weigerung der Arbeitgeberseite, über einen Antrag der Arbeitnehmerseite auf Einrichtung eines EBR zu verhandeln oder ihr Unvermögen innerhalb von drei Jahren zu einer Vereinbarung zu kommen, wird durch die Anwendung subsidiärer Vorschriften sanktioniert. Wenn die Arbeitnehmer oder ihre Repräsentanten keinen (gültigen) Versuch unternehmen und die zentrale Leitung keine Initiative ergreift, werden die subsidiären Vorschriften jedoch nicht angewendet.<sup>17</sup> Kurz gesagt, es gilt eine *duty to bargain* unter Vorbehalt. Der Arbeitgeber ist von sich aus zwar nicht verpflichtet zu verhandeln, nur weil einer Unternehmensgruppe eine unionsrechtliche Dimension zukommt. Wenn die Arbeitnehmerseite aber Verhandlungen verlangt, kann sich die zentrale Leitung diesen nicht entziehen.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass mehrere Mitgliedstaaten eine *duty to bargain* für vereinbar mit dem voluntaristischen Charakter der Koalitionsfreiheit halten. Ein Mitgliedstaat zwingt die Tarifparteien auf diese Weise sogar, am Verhandlungstisch Platz zuzunehmen, allerdings ohne den Inhalt des Verhandlungsprozesses zu beeinflussen. Das Beispiel aus dem Unionsrecht, also die Verpflichtung der zentralen Leitung mit einem besonderen Verhandlungsgremium über die Einführung eines EBR zu verhandeln, greift hingegen stärker in die Verhandlungsautonomie ein. Die Verhandlungen finden nämlich stets im sprichwörtlichen Schatten der subsidiär eingreifenden Vorschriften statt.

Im aktuellen *Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee* der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO)<sup>18</sup> wird ausdrücklich festgestellt, dass sich das IAO-Übereinkommen Nr. 98<sup>19</sup> zur *duty to bargain* neutral verhält. Die dort festgeschriebene Verpflichtung

13 Wet 12 juli 2013 tot wijziging van de wetgeving met betrekking tot de bestrijding van de loonkloof tussen mannen en vrouwen, B.S. 26 juli 2013 (Gesetz zur Bekämpfung des Lohngefälles zwischen Männern und Frauen).

14 Vgl. *Bowers/Duggan/Reade*, *The law of industrial action and trade union recognition*, Oxford 2004, S. 363.

15 ABl. 1994, L 254/64.

16 ABl. 2009, L 122/28.

17 Vgl. Art. 7 EBR-RL 94/45/EG, der abschließend die Anwendbarkeit der Vorschrift beschreibt. Sinngemäß auch Art. 7 der neugefassten EBR-RL 2009/38/EG.

18 ILO, *Freedom of Association, Digest to decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, 6. Aufl., Genf 2006, Nr. 928.

19 Das deutsche Zustimmungsgesetz ist veröffentlicht in BGBl. 1955 II, S. 1123.

der Vertragsstaaten, Kollektivverhandlungen zu fördern, umfasst keine Verpflichtung eine *duty to bargain* einzuführen, steht ihr aber auch nicht entgegen.

### III. Repräsentativität als Voraussetzung für Verhandlungen

In einigen Staaten bestehen gesetzliche Vorschriften, die von den potentiellen Tarifparteien erfüllt werden müssen, damit sie überhaupt Tarifverträge abschließen dürfen. Diese Vorschriften können sich zB. auf die Rechtsform beziehen oder auch Anforderungen bezüglich der Repräsentativität der betreffenden Tarifparteien umfassen. Solche Repräsentativitätserfordernisse sind häufig der Preis, der dafür zu bezahlen ist, dass sich die Reichweite der Tarifbindung über den Kreis der Mitglieder hinaus erstreckt. In dem Maße, in dem an eine solche erweiterte Tarifbindung Voraussetzungen geknüpft werden, können sie als Zugangsvoraussetzung zu einem institutionalisierten Verhandlungsprozess qualifiziert werden. Je großzügiger das Repräsentativitätserfordernis für die Arbeitgeberorganisationen ausgestaltet ist, desto eher kommt die erweiterte Bindung zustande. In einigen Staaten besteht dagegen zwar eine erweiterte automatische Bindung von Tarifverträgen, ohne dass dort allerdings Anforderungen an die Repräsentativität gestellt würden. Diese Staaten (die Niederlande, Italien) werden an dieser Stelle daher nicht in den Vergleich mit einbezogen.

Die Verbände repräsentieren qua Definition ihre Mitglieder. Mit dieser Form von privatrechtlicher Repräsentation hat die tarifrechtliche Repräsentativität jedoch nichts zu tun. Die Frage der institutionellen Repräsentativität stellt sich erst dann, wenn eine Tarifpartei ermächtigt ist, Dritte zu binden.<sup>20</sup> Mit Dritten werden insofern die Personen bezeichnet, die den Tarifparteien von sich aus kein Mandat erteilt haben, ihre Interessen zu vertreten.

In Bezug auf Firmentarifverträge stellt sich auf Seiten der Arbeitgeber aus diesem Grund logischerweise kein Problem in Hinblick auf die Repräsentativität. Jeder Arbeitgeber ist stets repräsentativ, um selbst eine Bindung einzugehen.<sup>21</sup> Die Repräsentativität und die Fähigkeit, Tarifverträge zu schließen, fallen hier zusammen. Anders stellt sich die Situation auf Arbeitnehmerseite dar, wenn ein Firmentarifvertrag auch *nicht* organisierte Arbeitnehmer bindet. Für solche Fälle, stellen einige Systeme (zB.

Belgien und Frankreich) Anforderungen an die Repräsentativität.

Die Frage der Repräsentativität auf Arbeitgeberseite tritt erst bei Branchentarifverträgen oder branchenübergreifenden Tarifverträgen zutage, wenn diese Tarifverträge auch nicht organisierte Arbeitgeber binden sollen. Auf Seiten der Arbeitnehmer kann zwischen der *extension automatique* und der *extension erga omnes* (Allgemeinverbindlicherklärung) unterschieden werden, wobei letztere eine Folge staatlicher Intervention darstellt.<sup>22</sup> In Staaten, in denen ein Tarifvertrag automatisch auch die Arbeitnehmer des tarifgebundenen Arbeitgebers bindet (*extension automatique*), leuchtet es unmittelbar ein, dass ein Repräsentativitätserfordernis gestellt wird. Für Arbeitgeber scheint dagegen in die hier behandelten Rechtsordnungen kein Äquivalent zur *extension automatique* zu existieren. Der Tarifvertrag soll stets nur für die Mitglieder der unterzeichnenden Arbeitgeberorganisationen verbindlich sein, außer im Fall einer Allgemeinverbindlicherklärung (AVE). Die Frage der Repräsentativität stellt sich für Arbeitgeberverbände folglich nur im Fall der AVE.

Obwohl die Notwendigkeit eines Repräsentativitätserfordernisses im Kontext der AVE evident ist, glänzen die Rechtsordnungen, in denen mit der Arbeitgeberrepräsentativität gearbeitet wird,<sup>23</sup> nicht gerade durch große Bestimmtheit, was die konkreten Merkmale desselben angeht. So bestehen erhebliche Unterschiede in der Detailliertheit, in der das Repräsentativitätserfordernis für Arbeitnehmer und Arbeitgeber in den einzelnen Rechtsordnungen ausgearbeitet ist. Dies obwohl in der IAO-Empfehlung Nr. 163 sowohl für Arbeitgeber- *wie auch* für Arbeitnehmerorganisationen folgendes vorausgesetzt wird:

20 Vgl. auch Jaspers, ArA 1/2008, 4, 5, der zwischen dem juristischen Begriff der *Vertretung* (*vertegenwoordigen*) und dem soziologischen Begriff *Repräsentation* (*representativiteit*) unterscheidet. Das in diesem Beitrag behandelte Repräsentativitätsprinzip schließt semantisch an dem durch Jaspers verwendeten Begriff der *Vertretung* an. Vgl. zur Repräsentativitätsproblematik Dorsssement, Rechtspositie en syndicale actievrijheid van representatieve werknemersorganisaties, Brugge 2002, S. 9 ff.

21 Dies wurde bereits zutreffend festgestellt von Maggi-Germain, Droit social 2011, 1072, 1075.

22 In seiner in englischer Sprache veröffentlichten Dissertation unterscheidet Even in gleicher Weise zwischen *extension* und *enlargement*. Vgl. Even, Transnational collective bargaining in Europe, Den Haag 2008 (zugl. Rotterdam, Univ., Diss. 2008), S. 790. Im Gegensatz zu dem, was der Titel der Arbeit erwarten lässt, bietet sie eine wertvolle rechtsvergleichende Analyse und Übersicht über das nationale Tarifrecht. Italien und Frankreich werden allerdings nicht in den Vergleich einbezogen.

23 In Bezug auf die Allgemeinverbindlicherklärung betrifft dies Belgien, Deutschland, Frankreich und die Niederlande.

- 3. Soweit dies angebracht und notwendig ist, sollte durch Maßnahmen, die den innerstaatlichen Verhältnissen angepaßt sind, dafür gesorgt werden, daß
- a) repräsentative Verbände der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer für die Zwecke von Kollektivverhandlungen anerkannt werden;
  - b) in den Ländern, in denen die zuständigen Stellen Anerkennungsverfahren zur Bestimmung der Verbände anwenden, denen das Recht zu Kollektivverhandlungen zu gewähren ist, diese Bestimmung sich auf *objektive und im voraus festgelegte Kriterien* [Hervorh. durch d. Verf.] stützt, die den repräsentativen Charakter der Verbände betreffen und in Beratung mit repräsentativen Verbänden der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer festgelegt werden.

Die nationalen Gesetzestexte sind meistens vage gehalten oder schweigen sich völlig aus. So ist etwa in Deutschland die Repräsentativität weder auf Arbeitnehmer- noch auf Arbeitgeberseite ausdrücklich Voraussetzung für die Tariffähigkeit. Gewerkschaften müssen lediglich eine gewisse Durchsetzungsfähigkeit bzw. soziale Mächtigkeit besitzen. Diese kann aber nicht nur von der größten Gewerkschaft in einem bestimmten Tarifgebiet erreicht werden, sondern grundsätzlich auch von anderen, kleineren Gewerkschaften.<sup>24</sup> Dies unterscheidet das deutsche System von Rechtsordnungen mit echten Repräsentativitätskriterien, in denen nur die quantitativ größte Arbeitnehmerorganisationen oder diejenige, die in Wahlen die meisten Stimmen auf sich vereinigen konnten, wirksam Tarifverträge abschließen können (vgl. aber den Entwurf eines Tarifeinheitsgesetzes, dazu unten IV.1.). In Deutschland kommt es dagegen auf eine Gesamtbetrachtung an. Eine Gewerkschaft muss zumindest als Verhandlungspartner ernst genommen werden und zu Tarifverhandlungen kommen können.<sup>25</sup> Auf Arbeitgeberseite wird nicht einmal das verlangt. Für die Arbeitgeberverbände ist nach Auffassung des BAG das Erfüllen eines Mächtigkeitskriteriums keine Voraussetzung für die Tariffähigkeit.<sup>26</sup>

Zwar bestehen auch in Frankreich keine gesetzlichen Kriterien für den Repräsentativitätsbegriff auf Arbeitgeberseite. Art. L-2121 des französischen *Code du Travail* legt lediglich die Merkmale für die Repräsentativität der Arbeitnehmerorganisationen fest. Der französische *Conseil d'Etat* lehnt sich dann jedoch an diese Bestimmung an, wenn die Zulässigkeit einer AVE eines Tarifvertrags aufgrund einer

möglicherweise fehlenden Repräsentativität der Arbeitgeberverbände in Zweifel gezogen wird.<sup>27</sup> Nach belgischem Recht gelten nur subjektive Kriterien für die Repräsentativität der Arbeitgeberverbände. Solche Verbände stellen einen Teil der Organisationen dar, denen ein Sitz im *Nationale Arbeidsraad*<sup>28</sup> und dem *Centrale Raad voor het Bedrijfsleven*<sup>29</sup> zukommt. Ein solcher Sitz hängt von der Ernennung durch den König ab. Für die tarifrechtliche Repräsentativität auf Branchenebene stellt ebenfalls die Anerkennung durch den König eine Voraussetzung dar. Die Anerkennung setzt voraus, dass die Verbände ihre Repräsentativität nachweisen.<sup>30</sup> Aus dem Gesetz geht jedoch nicht deutlich hervor, auf Basis welcher Kriterien die Repräsentativität auf Branchenebene zu bestimmen ist.

In einem ganz anderen Kontext gelangte die Repräsentativitätsproblematik von Arbeitgeberorganisationen auf die europarechtliche Bühne. In der Rs. *UEAPME*<sup>31</sup> legte das Gericht Erster Instanz (EuG) ein stark kumulatives und auf qualitative Kriterien abstellendes Verständnis der Repräsentativität an.<sup>32</sup> Das Gericht hatte dabei zu entscheiden, ob der Arbeitgeberverband *UEAPME* erfolgreich widerlegen konnte, dass die Arbeitgeberverbände, welche die europäische Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub unterzeichnet hatten, *als Gesamtheit betrachtet* die ausreichende Repräsentativität aufbringen konnten. Es entschied jedoch, dass die Argumentation des klagenden Verbandes, der die Nichtigkeit des Rahmenübereinkom-

24 Vgl. etwa BAG, 5.10.2010 – 1 ABR 88/09 – NZA 2011, 300.

25 BAG, 5.10.2010 – 1 ABR 88/09 – NZA 2011, 300, 303.

26 BAG, 20.11.1990 – 1 ABR 62/89 – NZA 1991, 428; ausführlich zum Ganzen Walser, Einfluss der Rechtsordnung auf die Tarifbindung der Arbeitgeberseite, Frankfurt aM. 2015 (zugl. Göttingen, Univ., Diss. 2014), S. 90 ff., insb. 103 ff.; aA. etwa Gitter, FS Kissel, 1994, S. 265 ff.

27 Vgl. insb. Maggi-Germain, Travail et Emploi 2012, Nr. 131, 23 ff.; Maggi-Germain (Fn. 21), 1072 ff.

28 Nationaler Arbeitsrat; dieser setzt sich aus den repräsentativen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen zusammen. Im Rahmen dieses Gremiums werden Tarifverträge abgeschlossen und es berät als Körperschaft des öffentlichen Rechts die Minister auf föderaler Ebene sowie das Parlament in sozialen Fragen.

29 Zentraler Wirtschaftsrat; er setzt sich ebenfalls aus den repräsentativen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen sowie Verbraucherverbänden zusammen. Er berät ua. zu Fragen der Konjunktur und legt den Verhandlungsspielraum für die alle zwei Jahre stattfindenden Verhandlungen der Sozialpartner fest.

30 S. Art. 42 des belgischen Wet 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités.

31 EuG, 17.6.1998 – T-135/96 – Slg. 1998, II-2335 (*UEAPME*).

32 S. bereits Dorsemont, Nederlands Tijdschrift voor Sociaal Recht 2004, 143 ff.; außerdem Deinert, RdA 2014, 211, 220 ff.

mens aufgrund des vermeintlichen Fehlens der Repräsentativität zu begründen versuchte, nicht zu überzeugen vermochte. Das EuG begnügte sich mit der Feststellung, dass die kleineren und mittleren Unternehmen, für die sich die Klägerin als repräsentativ betrachtete, auch durch den europäischen Arbeitgeberverband *UNICE* vertreten worden seien. In seiner Begründung macht das Gericht deutlich, dass – bezogen auf die Art des Regelungsinstruments – der Anteil, der durch die Arbeitgeber *beschäftigten Arbeitnehmer*, für die Arbeitgeberrepräsentativität maßgeblich ist. Das EuG führt in diesem Zusammenhang aus, dass

- weniger die *Unternehmens-* als vielmehr die *Arbeitgeberbereignschaft* entscheidend [Hervorheb. durch d. Verf.] ist.<sup>33</sup>

Die Feststellung, dass sich die Mehrheit der Mitglieder von *UEAPME* aus solselbständigen Handwerkern zusammensetze, war freilich nicht geeignet, das EuG milder zu stimmen. Dieser Auszug macht deutlich, dass weder die bloße Zahl der Arbeitgeber in einem Arbeitgeberverband den Ausschlag gibt, noch deren ökonomisches Gewicht relevant ist.

## IV. Alternative Bindungstechniken

### 1. Beitritt

Eine Alternative zur klassischen Form der Tarifbindung stellt der Beitritt eines Arbeitgebers zu einem Tarifvertrag dar. Der Sachverhalt, welcher der Rs. *Laval* zugrunde lag, hat zur Bekanntheit dieses Instrument beigetragen.<sup>34</sup> Im Zentrum dieser berüchtigten Rechtssache stand eine kollektive Boykottaktion, die der schwedische Gewerkschaftsbund gegen eine Baustelle eines Unternehmens mit Sitz in Schweden organisierte, auf der ein Schulgebäude errichtet werden sollte. In die Aktion wurden auch die durch den Dienstleister *Laval* mit Sitz in Lettland entsandten Arbeitnehmer einbezogen. Dabei wurde das in Schweden niedergelassene Unternehmen *Baltic Bygg* mit dem Aufruf des schwedischen Gewerkschaftsbunds für die Baubranche konfrontiert, nicht für das boykottierte Unternehmen zu arbeiten. Die primäre Arbeitskämpfmaßnahme wurde durch eine sekundäre Solidaritätsaktion verstärkt, als der schwedische Gewerkschaftsbund für die Elektrobranche beschlossen hatte, der Baustelle die Elektrizitätszufuhr

abzuschneiden. Ziel war es, das ausländische Dienstleistungsunternehmen zu zwingen, ein sogenanntes *hängavtal* mit der lokalen Abteilung der Branchengewerkschaft zu schließen. Die Folge eines solchen Beitritts zum Tarifvertrag besteht nach schwedischem Recht darin, dass die Lohn- und Arbeitsbedingungen des Branchentarifvertrags auf die Arbeitsverhältnisse des Arbeitgebers Anwendung finden. Der Branchentarifvertrag in der Rs. *Laval* umfasste allerdings eine Öffnungsklausel. Mit einem von dem *hängavtal* zu unterscheidenden Firmentarifvertrag konnte vom Branchentarifvertrag zwar abgewichen werden. Es wäre jedoch falsch, die Reaktion des schwedischen Gewerkschaftsbundes auf einen korporatistisch-protektionistischen Aktivismus zu reduzieren. Schwedische Gewerkschaften neigen nämlich dazu, auch schwedische Außenseite-Arbeitgeber in gleicher Weise zu boykottieren. Die älteren Rs. *Gustafsson*<sup>35</sup> und Rs. *Kellermann*<sup>36</sup> sind hierfür ein deutlicher Beleg. Der EuGH hat die fragliche Boykottaktion in *Laval* dann auch keineswegs auf Grundlage der Koalitionsfreiheit verurteilt. Er hat sogar im Gegenteil die Koalitionsfreiheit aus Art. 11 EMRK zur Grundlage genommen, um das Recht auf Kollektivmaßnahmen als ein allgemeines Prinzip des Unionsrechts anzuerkennen.

Im schwedischen System der kollektiven Arbeitsbeziehungen bildet die Möglichkeit, mit einem Arbeitgeber einen *hängavtal* zu schließen, einen Ausgleich dafür, dass dort kein Institut der AVE von Branchentarifverträgen existiert. Der Rückgriff auf Boykottaktionen, um Arbeitgeber zu zwingen, einen *hängavtal* zu schließen, gewährleistet insofern, dass schwedische Tarifverträge eine hohe Reichweite erlangen. Der nicht organisierte Arbeitgeber profitiert dann trotz des Beitritts zum Tarifvertrag immer noch davon, dass er keine Mitgliedsbeiträge an den Arbeitgeberverband der Branche entrichten muss.<sup>37</sup>

Es wäre aber falsch zu behaupten, dass der Beitritt als Bindungstechnik nur in Ländern vorkommt, wo Tarifverträge *nicht* allgemeinverbindlich erklärt werden können. In Frankreich und Belgien bspw. können Branchentarifverträge sehr wohl allgemeinverbindlich erklärt werden. Die Regierungen machen dort sogar intensiv von dieser

<sup>33</sup> EuG, 17.6.1998 – T-135/96, Slg. 1998 – II-2335 (*UEAPME*), Rn. 102.

<sup>34</sup> EuGH, 18.12.2007 – C-341/05 – Slg. 2007, I-11767 (*Laval un Partneri*).

<sup>35</sup> EGMR, 25.4.1996 – Nr. 15573/89 – ÖJZ 1996, 869 (*Gustafsson/Schweden*).

<sup>36</sup> EGMR, 26.10.2004 – Nr. 41579/98 (*Kellermann/Schweden*).

<sup>37</sup> *Adlercreutz*, Labour Law in Sweden, Alphen aan den Rijn 2010, S. 188 f.

Möglichkeit Gebrauch. Dennoch wird in beiden Ländern einem Arbeitgeber auch die Möglichkeit geboten, einem Tarifvertrag beizutreten.

Nach belgischem Recht ist der Beitritt für Organisationen (von Arbeitgebern und Arbeitnehmern) und für individuelle Arbeitgeber möglich. Der Beitritt unterstellt die *Zustimmung* aller Parteien, die den Tarifvertrag eingegangen sind, außer im Tarifvertrag ist etwas anderes geregelt. Der Gebrauch des Begriffs *Zustimmung* (*instemming*) [im Gegensatz zu *Einvernehmen* (*toestemming*)] erweckt den Eindruck, dass der Beitritt eine individuelle Rechtshandlung darstellt, mit der Dritte übereinstimmen. Die französische Sprachversion macht jedoch deutlich, dass der Beitritt die Folge einer Vereinbarung (*moyennant un accord*) darstellt. Daher ist es kohärenter, den Beitritt als einen kollektiven Vertrag zu begreifen. Der Tarifvertrag, zu dem der Beitritt erfolgt, kann aber selbst bestimmen, dass eine Vereinbarung keine Voraussetzung für den Beitritt darstellt. Argumentiert werden kann jedoch auch, dass der Tarifvertrag einen Rahmen kreiert, zu dem im Wege einer individuellen Rechtshandlung ein Beitritt möglich ist.<sup>38</sup> Der Beitritt muss jedenfalls schriftlich erfolgen. Außerdem muss der Beitritt beim *Dienst Collectieve Arbeidsbetrekkings* des Arbeitsministeriums registriert werden. Der Verband oder der Arbeitgeber, die beitreten, werden durch diesen Beitritt an die normativen und obligatorischen Bestimmungen des Tarifvertrags gebunden. Arbeitgeber, die Mitglied eines beitretenden Verbandes sind, werden lediglich an die normativen Bestimmungen gebunden.

Nach französischem Recht<sup>39</sup> ist der Beitritt (*adhésion*) hauptsächlich als eine individuelle Rechtshandlung ausgestaltet. Diese Variante kann uE. den Deckungsgrad des Tarifvertrags erhöhen. Der Beitritt ist hier nämlich nicht davon abhängig, dass die Tarifparteien zustimmen. Vielmehr können die Parteien den Beitritt grundsätzlich nicht einmal durch eine Klausel im Tarifvertrag verhindern. Der Beitritt ist hier jedoch nur für Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften möglich. Im Gegensatz zum belgischen Recht besteht für den einzelnen Arbeitgeber keine Beitrittsoption.

Dafür scheint im belgischen System nur der Beitritt durch einzelne Arbeitgeber praktische Relevanz zu entfalten. Denn Branchentarifverträge und branchenübergreifende Tarifverträge werden *in der Regel* durch ein paritätisches Organ abgeschlossen. Grundsätzlich wird ein Tarifvertrag daher in breitem Umfang durch eine qualifi-

zierte Mehrheit getragen, die fast an Einstimmigkeit heranreicht.

Im deutschen Recht spielt das Instrument des Beitritts zum Tarifvertrag *de lege lata* keine Rolle. Soll ein Außen-seiter-Arbeitgeber an einen bereits bestehenden Tarifvertrag gebunden werden, ist dies – abgesehen von allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen – nur durch Beitritt zum Arbeitgeberverband möglich. Ein solcher hat dann aber auch in Bezug auf den bereits bestehenden Tarifvertrag die sofortige und unmittelbare Bindung nach § 3 Abs. 1 TVG zur Folge.<sup>40</sup> Alternativ kann freilich auch ein Firmentarifvertrag geschlossen werden, in dem die Anwendung der Bestimmungen des Branchentarifvertrags vereinbart wird.<sup>41</sup> Allerdings soll mit dem geplanten Tarifeinheitsgesetz<sup>42</sup> ein Instrument eingeführt werden, das mit dem Beitrittsrecht vergleichbar ist. Seit das BAG seine Rechtsprechung zur Tarifeinheit aufgegeben hat,<sup>43</sup> ist es möglich, dass in einem Betrieb mehrere auch überschneidende Tarifverträge nebeneinander anwendbar sind (Tarifpluralität). Der Gesetzesentwurf zielt darauf ab, mögliche Tarifkollisionen zu verhindern. Dabei sollen zunächst die konkurrierenden Gewerkschaften selbst zu einer Einigung kommen. Gelingt dies nicht, greift subsidiär das Gesetz ein. Dann gilt nur noch der Tarifvertrag der Gewerkschaft im Betrieb, die mehr Mitglieder im Betrieb organisiert (§ 4a Abs. 2 S. 2 Hs. 2 TVG-E). Die Einigung der betroffenen Gewerkschaften kann zB. darin bestehen, dass Tarifgemeinschaften gebildet oder zumindest inhaltsgleiche Tarifverträge abgeschlossen werden, da das Gesetz bei nicht inhaltsgleichen Tarifverträgen nicht zur Anwendung kommt (§ 4a Abs. 2 S. 2 Hs. 1 TVG-E).<sup>44</sup> Ferner können die Gewerkschaften ihren jeweiligen Zuständigkeitsbereich abgrenzen und damit nur Tarifverträge für die jeweilige Arbeitnehmergruppe abschlie-

38 *Rauws*, in: *Cox/Rigaux/Rombouts*, *Collectief onderhandelen*, Mechelen 2006, S. 127, 129 f.

39 S. Art. L2132-2 Code du Travail; dazu *Lokiec*, *Droit du Travail*, Bd. II (Fn. 12), S. 208 ff.

40 BAG, 20.12.1988 – 1 ABR 57/87 – NZA 1989, 564; dazu *Däubler*, *TVG-Lorenz*, § 3 Rn. 16.

41 BAG, 18.2.2003 – 1 AZR 142/02 – NZA 2003, 866.

42 Entwurf eines Gesetzes zur Tarifeinheit (Tarifeinheitsgesetz), Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 20.2.2015, BT-Drs. 18/4062.

43 BAG, 7.7.2010 – 4 AZR 549/08 – NZA 2010, 1068; vgl. zuvor zur Tarifeinheit etwa BAG, 20.3.1991 – 4 AZR 455/90 – NZA 1991, 736.

44 Eine Auflistung möglicher Mechanismen zur autonomen Auflösung von Kollisionen findet sich in den Erläuterungen zum Entwurf eines Tarifeinheitsgesetzes, BT-Drs. 18/4062, S. 9.

ßen, dann liegt nämlich keine Überschneidung vor (vgl. ebenfalls § 4a Abs. 2 S. 2 Hs. 1 TVG-E). Vorliegend von besonderem Interesse ist allerdings der geplante § 4a Abs. 4 TVG-E. Er spricht nämlich den Gewerkschaften, die bereits einen kollidierenden Tarifvertrag geschlossen haben, ein ausdrückliches Recht zur Nachzeichnung des Mehrheitstarifvertrags zu.<sup>45</sup> Damit erfolgt zwar formell kein Beitritt zum Tarifvertrag, es besteht aber ein Recht darauf, einen inhaltsgleichen Tarifvertrag abzuschließen. Voraussetzung ist aber, dass bereits ein kollidierender Tarifvertrag abgeschlossen worden ist. Letztlich betrifft die Neuregelung aber nur die Arbeitnehmerseite. Ein korrespondierendes Recht für einzelne Arbeitgeber oder Arbeitgeberverbände ist nicht vorgesehen, was sich aus der Zielsetzung des Tarifeinheitsgesetzes erklärt, die lediglich Kollisionen im Betrieb vermeiden will.

## 2. Allgemeinverbindlicherklärung

In einigen Staaten besteht die Möglichkeit, die Bindung an Branchentarifverträge und branchenübergreifende Tarifverträge durch staatliche Intervention zu verallgemeinern. Über diese *extension erga omnes* wird der Tarifvertrag auch für nicht organisierte Arbeitgeber bindend, die sich innerhalb der betreffenden Branche und innerhalb des Geltungsbereichs des Tarifvertrags befinden. Die Niederlande, Belgien und Frankreich gelten hierbei als klassische Vorbilder. Anders als im Postulat von Art. 39 der italienischen Verfassung, ist weder in Belgien noch in Frankreich die Sprache von einer vorbehaltlosen Delegation zugunsten der Sozialpartner, durch die der Tarifvertrag eine automatische *erga omnes*-Wirkung erfahren würde. Aus diesem Grund kann die *extension automatique*, also die Tarifbindung aller Arbeitnehmer eines tarifgebundenen Arbeitgebers *ex lege*, als Gegenstück zur *extension erga omnes* betrachtet werden. Im Fall der AVE ist die Sprache von einer durch den Gesetzgeber für die ausführende Gewalt kreierte Möglichkeit, einem Tarifvertrag *ad hoc erga omnes* Wirkung zu verleihen. Das Bestehen einer solchen Möglichkeit fördert den Deckungsgrad von Tarifverträgen.<sup>46</sup>

Bestimmte Faktoren erschweren jedoch die AVE. Zunächst stellt sich die Frage, ob die Möglichkeit zur AVE von einem Antrag der Arbeitgeber- und/oder der Arbeitnehmerseite abhängt. Der Respekt vor der Kollektivautonomie spricht an dieser Stelle gegen ein allzu eigenmächtiges Auftreten der Verwaltung. In der konkreten Anwendung

dieses Prinzips weichen die unterschiedlichen Systemen jedoch voneinander ab.

Nach belgischem Recht reicht ein Antrag aus, der von einer Organisation mit Sitz in dem paritätischen Organ ausgeht, in dem der Tarifvertrag geschlossen worden ist.<sup>47</sup> Diese Regel steht jedoch im Gegensatz zu der an Einstimmigkeit grenzenden qualifizierte Mehrheit, die für das Schließen eines Tarifvertrags in einem paritätischen Organ verlangt wird. Der Minister kann nicht auf eigene Initiative eine AVE einleiten.

Nach niederländischem Recht gelten dieselben Prinzipien. Es besteht kein Raum für ein Tätigwerden des Ministers, ohne dass ein Antrag einer der tarifschließenden Parteien vorliegt.<sup>48</sup>

Nach französischem Recht gilt, dass der Minister sehr wohl selbst die Initiative ergreifen kann. Er muss dann allerdings die Sozialpartner konsultieren. Daneben kann die Initiative auch von einer repräsentativen Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerorganisation ausgehen. Interessanterweise konsultiert der Minister jedoch nicht die Sozialpartner der betreffenden Branche, sondern die *Commission Nationale de Négociation Collective*. Selbst wenn sich die Sozialpartner nicht mehrheitlich positiv dafür aussprechen, kann der Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt werden. Bestimmte verfahrenstechnische Hürden müssen aber dennoch überwunden werden.<sup>49</sup>

Das deutsche Recht hat im vergangenen Jahr in dieser Hinsicht durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz<sup>50</sup> einige wesentliche Änderungen erfahren. Nach § 5 Abs. 1 TVG aF. konnte das BMAS bereits auf Antrag einer Partei des allgemeinverbindlich zu erklärenden Tarifvertrags tätig werden. Der neue § 5 Abs. 1 TVG verlangt hingegen, dass der Antrag von allen Tarifparteien gemeinsam gestellt wird. So soll nach dem Willen des Gesetzgebers gewährleistet werden, dass die Abstützung der tariflichen Ordnung aus

45 Erläuterungen zum Entwurf eines Tarifeinheitsgesetzes, BT-Drs. 18/4062, S. 14.

46 Vgl. dazu zB. die vergleichende Betrachtung von *Schulten*, WSI Mitt. 2012, 485 ff.

47 Art. 28 des belgischen Wet betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités (Wet CAO); dazu *Pertry/Sichien*, in: *Cox/Rigaux/Rombouts*, Collectief onderhandelen (Fn. 46), S. 150 f.

48 Art. 4 Wet van 25 mei 1937 op het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (Wet AVV); vgl. *Fase/van Drongelen*, CAO-recht, Deventer 2004, S. 144 f.

49 *Lokiec*, Droit du Travail, Bd. II (Fn. 12), S. 284

50 BGBl. 2014 I, S. 1348.

Sicht sämtlicher Parteien des Tarifvertrags erforderlich erscheint.<sup>51</sup> Aber auch nach der Reform wachen die Spitzenorganisationen auf Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite noch immer über das Verfahren. Gegen ihren Willen kann keine AVE erfolgen, da § 5 Abs. 1 TVG noch stets Einstimmigkeit im Tarifausschuss erfordert. Gerade diese Anforderung hat in der Vergangenheit häufig ein Zustandekommen der AVE verhindert.<sup>52</sup> Ferner liegt hierin eine gewisse Bevormundung der Branchenebene durch den branchenübergreifenden sozialen Dialog. Auf der anderen Seite wurden durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz aber vor allem Barrieren für das Zustandekommen einer AVE abgebaut. So forderte § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TVG aF., dass mindestens 50 Art. der Arbeitnehmer im Geltungsbereich des Tarifvertrags bei einem tarifgebundenen Arbeitgeber arbeiteten. Dieses Kriterium wurde mittlerweile zumindest teilweise aufgegeben. Voraussetzung ist jetzt nur noch, dass die AVE des Tarifvertrags im öffentlichen Interesse geboten ist. Hierzu nennt § 5 Abs. 1 S. 2 TVG zwei (nicht limitative) Regelbeispiele. Ein öffentliches Interesse ist zunächst idR. dann gegeben, wenn der Tarifvertrag überwiegende Bedeutung erlangt hat (§ 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG). Ein festes Quorum wie im alten Recht ist damit nicht mehr vorausgesetzt. Außerdem soll insofern nach der Neufassung auf die tatsächliche Reichweite des Tarifvertrags abgestellt werden, also auch auf Arbeitnehmer bei nicht unmittelbar nach § 3 Abs. 1 TVG gebundenen Arbeitgebern, auf deren Arbeitsverhältnisse aber die Tarifbedingungen angewendet werden, bspw. über Bezugnahmeklauseln.<sup>53</sup> Auch die Absicherung der Wirksamkeit der tariflichen Normsetzung gegen die Folgen wirtschaftlicher Fehlentwicklung soll regelmäßig eine AVE begründen können (§ 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG). Ob durch die Reformen die im europäischen Vergleich niedrige Zahl an allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen<sup>54</sup> künftig steigen wird, ist insbesondere aufgrund der unterbliebenen Reform des Tarifausschusses fraglich.

Nach niederländischem Recht müssen ebenfalls die Mehrheit der Arbeitnehmer durch den Tarifvertrag erfasst sein.<sup>55</sup> Allerdings wird diese Voraussetzung großzügig interpretiert. Es wird insofern – wie vor der Reform im letzten Jahr auch im deutschen Recht – die Zahl der Arbeitnehmer bei einem gebundenen Arbeitgeber betrachtet, unabhängig von deren Organisationsgrad.<sup>56</sup> Insofern kann argumentiert werden, dass hinsichtlich der AVE gehandelt wird, *als ob* eine *extension automatique* in Kraft wäre. In den Nie-

derlanden leuchtet dieses Vorgehen insofern besonders ein, als der tarifgebundene Arbeitgeber zumindest gegenüber den Tarifparteien verpflichtet ist, die Bestimmungen eines Tarifvertrags auch auf Arbeitnehmer-Außenseiter im Betrieb anzuwenden (Art. 14 Wet Cao).<sup>57</sup> Nach niederländischem Recht kann der Effekt der AVE jedoch durch die Gewährung von Ausnahmen abgemildert werden.

Auch wenn die Umsetzung eines europäischen Kollektivvertrags durch eine Richtlinie nicht mit einer AVE gleichgestellt werden kann, ist die Analogie zwischen der Richtlinie und der AVE evident.<sup>58</sup> Aus der Warte der rechtsvergleichen Analyse betrachtet, ist bemerkenswert, dass ein europäischer Kollektivvertrag nur umgesetzt wird, wenn *alle* beteiligten Parteien dies beantragen (Art. 153 AEUV).

Das Institut der AVE ist insgesamt nicht unumstritten. In der Vergangenheit gab es in diesem Zusammenhang einige Vorlagefragen an den EuGH. Sowohl in der viel diskutierten Rs. *Albany*<sup>59</sup> wie auch der Rs. *AG2R Prévoyance*<sup>60</sup> wendete der Gerichtshof noch unter Zuhilfenahme des Wettbewerbsrechts die Angriffe auf das Institut ab. Später deutet er dann in der Rs. *Kommission/Deutschland*<sup>61</sup> aber an, dass allgemeinverbindliche Tarifverträge gegen die Wirkung der sogenannten (ökonomischen) Grundfreiheiten nicht immun sind.

In allen Staaten kommt den staatlichen Organen ein Ermessensspielraum bei der Behandlung eines Antrags auf AVE zu. Es besteht kein Recht AVE. Dieser Ermessensspiel-

51 BT-Drs. 18/1558, S. 48.

52 Behrens, Das Paradox der Arbeitgeberverbände, Berlin 2011, S. 182; Walser, WSI Mitt. 2013, 491, 498.

53 BT-Drs. 18/1558, S. 48 f.

54 Schulten (Fn. 46), 491 ff.

55 Art. 2 Abs. 1 Wet AVV, vgl. *Fase/van Drongelen*, CAO-recht (Fn. 47), S. 145 ff.

56 Vgl. in diesem Zusammenhang Toetsingskader algemeen verbindend verklaring cao-bepalingen.

57 Die Verpflichtung zur Außenseitererreckung nach Art. 14 Wet Cao besteht nur gegenüber den Tarifparteien, ein einklagbarer Anspruch der Arbeitnehmer ergibt sich hieraus nicht, außerdem erfolgt sie nicht automatisch, sondern erfordert ein entsprechendes Angebot des Arbeitgebers gegenüber dem einzelnen Arbeitnehmer, sowie der Annahme durch letzteren, weshalb dies auch keine *extension automatique* darstellt.

58 Gelegentlich wird sogar auf die Möglichkeit verwiesen, dass das belgische Recht als Vorbild für diese Vertragsbestimmung gedient haben könnte: *Dumont*, in: Hachez, Les sources du droit revisitées, Limal 2013, S. 329, 337; *Degimbe*, La politique sociale européenne, Brüssel 1999, S. 33; grundlegend zum unionsrechtlichen Instrumentarium *Deinert*, Der europäische Kollektivvertrag, Baden-Baden 1999 (zugl. Rostock, Univ., Diss. 1998), S. 165 ff.

59 EuGH, 21.9.1999 – C-67/96 – Slg. 1999, I-5751 (*Albany*).

60 EuGH, 3.3.2011 – C-437/09 – Slg. 2011, I-973 (*AG2R Prévoyance*).

61 EuGH, 15.7.2010 – C-271/08 – Slg. 2010, I-7087 (*Kommission/Deutschland*).

raum steht im Gegensatz zum Wortlaut des Art. 155 AEUV, der die Umsetzung eines europäischen Kollektivvertrags im Wege einer Richtlinie (Beschluss) regelt. Bereits *Bercusson*<sup>62</sup> hat herausgestellt, dass diese Formulierung die Verweigerung der Umsetzung allein als Opportunität ausschließt. Der Autor argumentiert, dass die Kommission verpflichtet ist, einen Vorschlag zu erarbeiten, wenn ein entsprechender Antrag gestellt wird.<sup>63</sup> Teile der Literatur folgen dem Autor in dieser Auffassung. Genauso zahlreich sind allerdings diejenigen, die nach dem Modell der nationalen AVE zugunsten einer weitergehenden Zweckmäßigkeitprüfung plädieren.<sup>64</sup>

Das jüngste Zögern der Europäischen Kommission, einen Branchentarifvertrag der europäischen Sozialpartner im Zusammenhang mit der Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer im Frisörwesen mittels einer Richtlinie umzusetzen, deutet bereits an, dass diese Diskussion künftig nicht mehr nur von akademischem Interesse sein wird.<sup>65</sup>

### 3. Das Recht auf eine angemessene Entlohnung

In einigen internationalen Instrumenten ist das Recht auf eine angemessene Entlohnung festgeschrieben. So verweist etwa Art. 4 der Europäischen Sozialcharta (ESC) auf ein solches Recht. Angemessen ist der Lohn dabei dann, wenn er dem Arbeitnehmer und seiner Familie einen angemessenen Lebensstandard ermöglicht. In die Charta der Grundrechte der Europäischen Union wurde ein solches Recht dagegen nicht ausdrücklich aufgenommen. Obwohl der Titel von Art. 31 der Charta *Gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen* lautet, taucht im Artikel selbst das Konzept der *angemessenen Entlohnung* nicht auf. Der Umstand, dass Art. 152 AEUV diese Materie ausschließt, bietet für sich genommen weder eine überzeugende Erklärung noch eine Rechtfertigung hierfür. Denn auch das Recht auf Kollektivmaßnahmen wird in der Charta gewährleistet, obwohl diese Thematik ebenso in Art. 152 AEUV ausgeschlossen ist. Ferner umfasst Art. 7 des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskR) ein Recht auf angemessene Entlohnung.

Weder Art. 4 ESC noch Art. 7 IPwskR führen aus, auf Basis *welcher* objektiven oder subjektiven Kriterien die Höhe der angemessenen Entlohnung für den Arbeitnehmer und seine Familie zu bestimmen ist.

Der italienische Kassationsgerichtshof hat seit den 50er Jahren des 20. Jh. auf vorbildliche Weise gezeigt, wie durch

Rechtsfortbildung das in der italienischen Verfassung verankerte Recht auf angemessene Entlohnung<sup>66</sup> mit Leben gefüllt und zu einem Argument für die *erga omnes*-Wirkung von Mindestlohnbestimmungen eines Tarifvertrags entwickelt werden kann. Er ging dabei von der unmittelbaren und horizontalen Wirkung der betreffenden Verfassungsbestimmung aus.<sup>67</sup> Durch diesen Kunstgriff füllte er eine wichtige Lücke. Denn Art. 39 der italienischen Verfassung, dem keine unmittelbare Wirkung zugeschrieben wird, wurde nie umgesetzt. Dieser Artikel sieht ohne ein Zwischenschalten der Verwaltung (AVE) eine automatische *erga omnes*-Wirkung von Branchentarifverträgen vor, die durch repräsentative Organisationen geschlossen worden sind.<sup>68</sup>

Staaten, in denen kein System der AVE existiert, stehen vor der Herausforderung, alternative Mechanismen für die Erweiterung der Bindung von Tarifverträgen zu entwickeln. Hier bietet das italienische Vorbild einen gangbaren Weg für die richterliche Macht, indem es sich auf das Recht auf angemessene Entlohnung in den internationalen Instrumenten beruft und so Lohnbestimmungen von Branchentarifverträgen *erga omnes*-Wirkung verleiht. Abgesehen von der italienischen Rechtsordnung haben die hier behandel-

62 *Bercusson*, *European Labour Law*, London 1996, S. 542 f.; *Bercusson*, *European Labour Law*, 2. Aufl., Cambridge 2009, S. 523 ff.

63 *Hecquet*, *Essai sur le Dialogue social européen*, Paris 2007, S. 111; *Jacobs*, in: *Comisión Consultativa Nacional de Convenios Colectivos, Collective bargaining in Europe*, Madrid 2005, S. 347, 363; *Riesenhuber*, *European Employment Law*, Antwerpen 2012, S. 159 (»The Commission is considered to be obliged to make a requisite proposal if the social partners so request«); *Teyssié*, JCP E 1994, Chron I 352, 221; vgl. auch *Dorsemont*, in: *Vos, A decade beyond Maastricht, The European social dialogue revisited*, Den Haag 2003, S. 3, 27 (»However, the latter seems to be at odds with the wording of Article 139 EC Treaty«).

64 *Franssen*, *Legal aspects of the European Social Dialogue*, Antwerpen 2002, S. 207 f.; *Welz*, *The European Social Dialogue under Articles 138 and 139 of the EC Treaty*, Alphen aan den Rijn 2008, S. 322 f.

65 S. in diesem Zusammenhang COM (2013) 658 final: »In Fällen, in denen sich die Sozialpartner einig sind, dass Regelungsbedarf besteht, ist die Kommission verpflichtet, die entsprechenden Vereinbarungen zu prüfen und die Sozialpartner über das Ergebnis zu informieren. Die Kommission wird die Prüfung der Vereinbarung der Sozialpartner über den Schutz von Gesundheit und Sicherheit in der Friseurbranche fortsetzen. Einen Vorschlag zur legislativen Umsetzung dieser Vereinbarung wird die Kommission während dieses Mandats nicht vorlegen.«

66 S. Art. 36 der italienischen Verfassung: »Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa.«

67 S. *Caruso/Alaimo*, *Diritto sindacale*, Bologna 2012, S. 182 ff.; *Giugni*, *Diritto sindacale*, Bari 2006, S. 141 f.; *Bellocchi*, in: *Carinci, Il lavoro subordinato*, Bd. I, Turin 2007, S. 261, 283 f.

68 S. Art. 39 der italienischen Verfassung: »I sindacati registrati hanno personalità giuridica. Possono, rappresentati unitariamente in proporzione dei loro iscritti, stipulare contratti collettivi di lavoro con efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce.«

ten Staaten allerdings jeweils ein System der AVE. Daher erstaunt es auch nicht, dass dort diese Technik nicht eingesetzt wird.

#### 4. Tarifverträge als Quelle ergänzenden Rechts

In Belgien haben die individuellen normativen Bestimmungen von Tarifverträgen, die von sog. paritätischen Organen geschlossen worden sind (auf Branchenebene oder branchenübergreifender Ebene) ergänzenden Charakter. Sie binden die nicht organisierten Arbeitgeber und deren Arbeitnehmer, die in den Zuständigkeitsbereich des paritätischen Organs und unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallen, außer im individuellen Arbeitsvertrag wird ausdrücklich davon abgewichen.<sup>69</sup> Eine äquivalente ausdrückliche Bestimmung findet sich im Tarifrecht der anderen hier behandelten Systeme nicht.

Diese ergänzende Wirkung bietet deutlich mehr Rechtssicherheit als das Abstellen auf allgemeine Rechtsprinzipien. Allerdings ist der Rückgriff auf Branchentarifverträge als schriftliche Kodifizierung der üblichen Arbeitsbedingungen nicht unumstritten. So stellt die hM. in Deutschland hinsichtlich der Bestimmung des üblichen Entgelts nach § 612 Abs. 2 BGB zwar idR. zutreffend auf das tarifliche Entgelt ab,<sup>70</sup> in der Literatur finden sich jedoch immer wieder Stimmen, die hierin eine Überschreitung der Grenzen der Tarifgeltung zu erkennen glauben<sup>71</sup>. Dass die belgische Rechtsprechung solchen Bedenken nicht gefolgt ist, liegt in erster Linie an der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung.

#### 5. Der Betriebsübergang

Im Falle eines Betriebsübergangs bestimmt Art. 3 Abs. 3 der Betriebsübergangs-RL 2001/23/EG<sup>72</sup>, dass der Erwerber nach dem Übergang

- die in einem Kollektivvertrag vereinbarten Arbeitsbedingungen bis zur Kündigung oder zum Ablauf des Kollektivvertrags bzw. bis zum Inkrafttreten oder bis zur Anwendung eines anderen Kollektivvertrags [Hervorh. durch d. Verf.], in dem gleichen Maße aufrecht

erhält, wie sie im Kollektivvertrag für den Veräußerer vorgesehen waren. Die Mitgliedstaaten können den Zeitraum, in dem die Arbeitsbedingungen beibehalten werden müssen, zwar beschränken, er darf allerdings nicht kürzer als ein Jahr sein.

Angesichts der Formulierung dieses Artikels ist davon auszugehen, dass er sich nur auf die normativen Bestimmungen eines Tarifvertrags bezieht. Es ist naheliegend, dass diese Verpflichtung auf der anderen Seite aber alle normativen Bestimmungen erfasst, die das individuelle Verhältnis zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer betreffen. Weniger klar ist, ob die normativen Bestimmungen, welche die kollektiven Beziehungen zwischen den Arbeitnehmern und Arbeitgebern regeln, auch von Art. 3 Abs. 3 der RL erfasst werden. Jedenfalls wird das Schicksal der kollektiven Arbeitnehmervertretungen durch eine spezifische Bestimmung (*lex specialis*) der RL geregelt.<sup>73</sup>

Art. 3 Abs. 3 der RL hat nicht das Ziel, die Kollektivvertragsbindung in der EU zu harmonisieren. Die Weise, wie der Veräußerer an einen Kollektivvertrag gebunden ist, kann sich daher von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterscheiden. Der Artikel stellt aber eine feste und eine optionale Grenze für die Bindung des Erwerbers auf. Die Bindung wird zwingend dadurch beendet, dass der Kollektivvertrag gekündigt wird oder abläuft bzw. ein anderer Kollektivvertrag in Kraft tritt oder angewendet wird.

Der Richtliniengeber scheint beim ersten Tatbestandsmerkmal auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem der Kollektivvertrag als Instrument aufhört zu bestehen (Beendigung oder Ablauf). Das zweite Tatbestandsmerkmal (das Inkrafttreten oder die Anwendung eines anderen Kollektivvertrags) ist schwieriger zu deuten. Unklar ist, ob damit auf einen Kollektivvertrag abgezielt wird, der beim Veräußerer oder beim Erwerber in Kraft tritt bzw. angewendet wird. Wenn ein Kollektivvertrag gemeint ist, der beim Veräußerer in Kraft tritt, geht es logischerweise um einen Kollektivvertrag, der die Bindung des Veräußerers an den ursprünglichen Kollektivvertrag beendet. Folgt man dieser Interpretation, bestehen im Grundsatz drei Szenarien, durch die der Kollektivvertrag als Instrument aus der Rechtsordnung verschwindet. Zu denken ist an die einsei-

69 S. Art. 26 des belgischen Wet CAO.

70 Vgl. etwa BAG, 26.9.1990 – 5 AZR 112/90 – NZA 1991, 247; dazu Kittner/Zwanziger/Deinert-Schoof, § 29 Rn. 19 mwN.

71 Etwa Staudinger-Richardi/Fischinger, § 612 BGB Rn. 49; krit. auch HWK-Thüsing, § 612 BGB S. 41.

72 ABl. 2001, L 82/16.

73 S. Art. 6 Abs. 1 der RL 2001/23/EG. Hinsichtlich der Anwendung der Bestimmung S. EuGH, 29.7.2010 – C-151/09 – Slg. 2010, I-7587 (UGT-FSP). S. auch Zaal, ArA 3/2010, 74 ff.; Dorsssement, in: Dorsssement/Lamine, Les restructurations en droit social – Question spéciales-Capita Selecta, Waterloo 2014, S. 93 ff.

tige Beendigung durch Kündigung, die Beendigung von Rechts wegen durch Befristung oder die einvernehmliche Beendigung durch das Schließen eines neuen Kollektivvertrags. Die bloße Tatsache, dass der Erwerber sich auf einen Kollektivvertrag berufen kann, an den er selbst gebunden ist, reicht nach dieser Sichtweise nicht aus, um die Verpflichtung zu beenden, die Arbeitsbedingungen des Kollektivvertrags auf die übergegangenen Arbeitnehmer anzuwenden, der beim Veräußerer gegolten hat. Nach der anderen Auffassung muss Art. 3 Abs. 3 der RL so gelesen werden, dass die Bindung des Erwerbers sehr wohl ausreicht. Obwohl der beim Veräußerer geltende Kollektivvertrag als Instrument bestehen bleibt, soll die bloße Kollektivvertrags-Gebundenheit des Erwerbers die Geltung der Bedingungen des ursprünglichen Kollektivvertrags beenden. In der Rs. *Ivana Scattolon v. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca* scheint der EuGH eine vermittelnde Position zu wählen.<sup>74</sup> Der Gerichtshof belässt dabei Raum für die These der unmittelbaren Anwendbarkeit des Kollektivvertrags, die den Erwerber bindet und kraft Art. 3 Abs. 3 der RL seine Verpflichtung die Arbeitsbedingungen des alten Tarifvertrags anzuwenden beenden kann.<sup>75</sup> *Beltzer* und *Koopmann* verweisen für das niederländische Recht darauf, dass dort diese, durch den Gerichtshof entwickelte, Möglichkeit nicht anerkannt ist.<sup>76</sup> Nach belgischem Recht stellt dies einen wichtigen Streitpunkt in der Literatur und der Rechtsprechung dar, den der belgische *Hof van Cassatie* noch nicht endgültig entschieden hat.<sup>77</sup> Auch das deutsche Recht nimmt eine vermittelnde Position ein. Zwar kommt es im Grundsatz auf den Bestand des Tarifvertrags beim Veräußerer an. Allerdings lässt § 613a Abs. 1 S. 3 BGB eine Ausnahme dann zu, wenn beim Erwerber eine beiderseitige Bindung an einen anderen Tarifvertrag besteht. Außerdem können die Arbeitsbedingungen vor Ende der Jahresfrist geändert werden, wenn sich das Arbeitsverhältnis im Geltungsbereich eines anderen Tarifvertrags befindet und sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer nicht tarifgebunden sind, aber die Anwendung eines Tarifvertrags vereinbart haben (§ 613a Abs. 1 S. 4 Alt. 2 BGB).

In seinem Urteil zieht der EuGH eine nicht gerade von Rechtssicherheit geprägte Grenze für die unmittelbare Anwendbarkeit. Ausdrücklich wird vorausgesetzt:

- »Die Inanspruchnahme dieser Möglichkeit, die für die übergegangenen Arbeitnehmer nach dem beim Veräußerer geltenden Tarifvertrag vorgesehenen Arbeitsbedingungen mit sofortiger Wirkung durch die zu ersetzen, die nach dem beim Erwerber geltenden Tarifvertrag

vorgesehen sind, darf also nicht zum Ziel oder zur Folge haben, dass diesen Arbeitnehmern insgesamt schlechtere Arbeitsbedingungen als die vor dem Übergang geltenden auferlegt werden. Andernfalls könnte die Verwirklichung des mit der Richtlinie 77/187 verfolgten Ziels in jedem durch Kollektivverträge geregelten Bereich leicht in Frage gestellt werden, was die praktische Wirksamkeit der Richtlinie beeinträchtigen würde.«<sup>78</sup>

## 6. Entsendung

*Last but not least* soll noch die Entsende-RL Erwähnung finden. Art. 3 Abs. 1 der RL 96/71/EG<sup>79</sup> bestimmt nämlich, dass ausländische Dienstleistungserbringer in der Baubranche verpflichtet sind, die Bestimmungen von allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen anzuwenden, die den in der RL abschließend aufgezählten Merkmalen zugeordnet werden können. Die Ausdehnung dieser Verpflichtung auf andere Branchentarifverträge steht im Ermessen der Mitgliedstaaten.

## V. Koalitionsfreiheit versus Bindung an Tarifverträge

### 1. Unterscheiden und grundsätzlich trennen – die Position des EGMR

Die kursorische Übersicht über Alternativen zur klassischen Bindung der Arbeitgeber lässt die Frage aufkommen, wie sich die (negative) Koalitionsfreiheit und die Gebundenheit an Tarifverträge zueinander verhalten. Zur Beantwortung dieser Frage kann zunächst Rückgriff auf die Rechtspre-

74 EuGH, 6.9.2011 – C-108/10 – Slg. 2010, I-7491 (*Scattolon*); besprochen zB. durch *Beltzer/Koopman*, ArA 2/2012, 36 ff.

75 EuGH, 6.9.2011 – C-108/10 – Slg. 2010, I-7491 (*Scattolon*), Rn. 74.

76 *Beltzer/Koopman*, ArA 2/2012, 36, 48 (»De regel uit de richtlijn (...) dat de verkrijger na de overgang direct zijn eigen cao mag toepassen, is naar Nederlands recht geen eindigingsgrond«).

77 Umfassend und instruktiv einschließlich eines bedenkenwerten Lösungsansatzes im Lichte des Repräsentationsgedankens bei *Lamine*, in: Dorssemont/Lamine, *Les restructurations en droit social* (Fn. 75), S. 41 ff. Eine Gegenüberstellung zweier sehr gegensätzlicher Ansätze: *Dorssemont*, *Sociaalrechtelijke Kronieken* 2000, 20, 21 f. dagegen *Engels*, J.T.T. 2000, 27 ff.

78 EuGH, 6.9.2011 – C-108/10 – Slg. 2010, I-7491 (*Scattolon*), Rn. 76.

79 ABl. 1997, L 18/1.

chung des EGMR zu Art. 11 EMRK genommen werden. Die Frage wird insbesondere dann relevant, wenn ein Arbeitgeber durch einen Tarifvertrag gebunden wird, den er selbst nicht abgeschlossen hat oder der nicht durch einen Arbeitgeberverband abgeschlossen worden ist, bei dem er kein Mitglied ist. Er wird also gegen seinen eigenen Willen an den Tarifvertrag gebunden. Insofern ist zu prüfen, ob er damit nicht implizit gezwungen ist, einem Arbeitgeberverband beizutreten, um selbst auf den Verhandlungsprozess Einfluss nehmen zu können.

Diese Überlegung ist allerdings aus zwei Gründen erstaunlich. Zunächst ist die individuelle Koalitionsfreiheit auf Grundlage von Art. 11 EMRK vor allem für Arbeitnehmer relevant. Die Verwendung des Ausdrucks *trade union* in der englischen Sprachversion und des Ausdrucks *syndicat* in der französischen Version festigt diesen Eindruck noch.<sup>80</sup> Die Rechtsprechung des EGMR betrifft dann auch primär Arbeitnehmer, die einem gewissen Druck ausgesetzt werden, einer Gewerkschaft beizutreten oder ihr fernzubleiben. Im Zentrum stehen daher jeweils die negative oder die positive Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmer. In der Vergangenheit hatte der EGMR vor allem sogenannte *closed shop* Praktiken als kritisch angesehen, wenn diese mit Sanktionen verbunden waren, die für die Arbeitnehmer erhebliche ökonomische Nachteile nach sich zogen (bspw. Kündigung).<sup>81</sup> Wenn allerdings die Lebensgrundlage (*loss of livelihood*) nicht betroffen war, störte sich der EGMR nicht an einer Einschränkung der negativen Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmer.<sup>82</sup> Verschiedene Formen von Schikanen zum Nachteil von Gewerkschaftsmitgliedern einer bestimmten Gewerkschaft beizutreten (*union-busting*) beurteilte der Gerichtshof als Diskriminierung.<sup>83</sup> In einer Rechtsache<sup>84</sup> nahm der EGMR eine Form des *management by seduction* (die Ausübung von Druck durch Zuckerbrot anstatt der Peitsche) aufs Korn. Ein Arbeitgeber verletzte in diesem Fall die positive Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmer dadurch, dass er organisierte Arbeitnehmer belohnte, wenn sie ihr Mandat an die Gewerkschaft zurückzogen, ihre Belange in Tarifverhandlungen zu vertreten. Es ist auf der anderen Seite allerdings keine Entscheidung des Gerichtshofs bekannt, in der dieser exklusive Vorteile für organisierte Arbeitnehmer gegeißelt hätte.<sup>85</sup>

Zweitens stellt sich die Frage, inwiefern Arbeitgeber in diesem Zusammenhang überhaupt als Opfer einer Menschenrechtsverletzung betrachtet werden können. Bezo-

gen auf die ökonomisch äußerst unterschiedliche und nicht vergleichbare Position des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis scheint die Idee einer Verletzung der individuellen Koalitionsfreiheit des Arbeitgebers unschlüssig. Obwohl der Digest des IAO-*Freedom of Association Committee* auch Beschränkungen der kollektiven Aspekte der Vereinigungsfreiheit der Arbeitgeber betrachtet, spielt die individuelle Dimension der Koalitionsfreiheit der Arbeitgeber nur eine untergeordnete Rolle. Es ist auf den ersten Blick tatsächlich kaum ersichtlich, wer auf welche Weise einen Arbeitgeber zwingen kann, auf Kosten eines erheblichen ökonomischen Schadens (*a loss of livelihood*) Mitglied in einem Arbeitgeberverband zu werden (Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit). Ebenso schwierig ist es, sich vorzustellen, wie man einen Arbeitgeber so einschüchtern können soll, dass er davon abgehalten wird, Mitglied in einem Arbeitgeberverband zu werden (Verletzung der positiven Koalitionsfreiheit). In *Olafsson v Iceland*<sup>86</sup> scheint der EGMR zwar tatsächlich Schwierigkeiten mit der gesetzlichen Verpflichtung für Arbeitgeber zu haben, eine Abgabe zu entrichten, die im Endeffekt einem Arbeitgeberverband zugutekommt. Einige Mitglieder dieses Arbeitgeberverbands konnten diesen Betrag mit ihrem Mitgliedsbeitrag verrechnen. Der Gerichtshof bemängelte die fehlende Transparenz der Geldflüsse von Nichtmitgliedern an den Arbeitgeberverband. Dies könnte einen Hinweis darauf darstellen, dass der EGMR die Schwelle für die Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit für Arbeitgeber absenkt. Denn trotz des ökonomischen Nachteils der nicht organisierten Arbeitgeber ist ein *loss of livelihood* in keiner Weise gegeben. Dennoch gerät die negative Koalitionsfreiheit ins Blickfeld des EGMR.

80 S. für eine aktuelle Betrachtung *Napel/Dorsemont/Broeksteeg*, in: Gerards, Sdu Commentaar EVRM, Deel I: Materiele rechten, Den Haag 2014, S. 1024, 1051 ff.

81 EGMR, 13.8.1981 – Nr. 7601/76 – EuGRZ 1981, 559 (*Young, James and Webster*); EGMR, 11.01.2006 – Nr. 52562/99 und 5620/99 (*Sorensen and Rasmussen/Danmark*); dazu auch *Heuschmid*, KJ 2014, 384, 387 f.

82 Etwa EGMR, 20.4.1993 – Nr. 14327/88 und 14327/88 (*Sibson/UK*).

83 EGMR, 30.7.2009 – Nr. 67336/01 (*Danilenkov and others/Russia*).

84 EGMR, 2.7.2002 – Nr. 30668/96 (*Wilson, National Union of Journalists of Journalists*).

85 In Belgien sind Praktiken der Vorteilsgewährung für organisierte Arbeitnehmer (nicht die Gewerkschaft) sowohl im öffentlichen wie auch im privaten Sektor weit verbreitet.

86 EGMR, 27.4.2010 – Nr. 20161/06 (*Olafsson/Iceland*).

Eine solche Schlussfolgerung ist allerdings voreilig. *Van Hiel*<sup>87</sup> hat zu Recht auf den wesentlichen Unterschied zwischen den klassischen Fallgestaltungen im Zusammenhang mit der negativen Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmer und der Rs. *Olafsson* hingewiesen. Sie führt aus, dass in letzterem Fall eine gesetzliche Beschränkung der negativen Koalitionsfreiheit infrage stand. Das Gros der *closed shop* Praktiken, die durch den EGMR bislang behandelt worden sind, betrafen hingegen vertragliche Beschränkungen, die Ausfluss kollektiver Vereinbarungen zwischen dem Arbeitgeber und den Gewerkschaften waren. Nur in *Sigurður A Sigurjónsson v Iceland* ging es um eine gesetzliche Verpflichtung für selbstständige Taxifahrer, sich einem Berufsverband anzuschließen.<sup>88</sup> Ohne Mitgliedschaft konnten Taxifahrer keine Lizenz erlangen. *Van Hiel* schließt auf Grundlage einer Untersuchung der Rechtsprechung der Aufsichtsorgane der IAO, dass diese bei gesetzlichen Interventionen schneller als bei Handlungen der Sozialpartner zur Annahme einer Grundrechtsverletzung gelangten. Denn im Fall einer gesetzlichen Beschränkung, kann die gewerkschaftliche Freiheit und Gleichheit schneller unter Druck geraten, als wenn der Staat außen vor bleibt. Da jedoch viele der hier behandelten Bindungsinstrumente auf staatlichem Recht basieren, bleibt die Frage nach den Implikationen der *Olafsson*-Entscheidung im vorliegenden Kontext virulent.

Der EGMR scheint jedoch zu zögern, die Argumentation in der Rs. *Olafsson* radikal und konsequent auf die Frage der Tarifgebundenheit der Arbeitgeber anzuwenden. Der Gerichtshof würde so nämlich den ursprünglich hoch gehaltenen Beurteilungsspielraum der Vertragsstaaten bei der Errichtung eines Systems der kollektiven Arbeitsbeziehungen erheblich reduzieren.<sup>89</sup> Ein solcher Schritt stünde ausdrücklich im Gegensatz zur Rechtsprechung der Großen Kammer des EGMR.<sup>90</sup> Diese hatte sich nämlich bereits früher in der Rs. *Gustafsson v Sweden* mit der Zulässigkeit bestimmter Boykottaktionen im Lichte der (negativen) Koalitionsfreiheit zu befassen.<sup>91</sup> Dieser Rechtsache lag ein Sachverhalt zugrunde, in dem der schwedische Gewerkschaftsbund seine kollektiven Maßnahmen gegen Außen-seiter-Arbeitgeber richtete, die sich weigerten, Branchentarifverträge anzuwenden. Im betreffenden Fall ließen die infrage stehenden Boykottaktionen dem Arbeitgeber die Wahl zwischen zwei Techniken, um den Branchentarifvertrag anzuwenden. Zum einen konnte er Mitglied im Arbeitgeberverband der Branche werden, der den Tarifvertrag

geschlossen hatte. Die zweite Technik betraf das Schließen des bereits angesprochenen *hängavtal*. Wie bereits ausgeführt, handelt es sich dabei um eine Vereinbarung zwischen dem boykottierten Arbeitgeber und der Branchengewerkschaft, in der sich der Arbeitgeber verpflichtet, die normativen Bestimmungen des Branchentarifvertrags auf all seine Arbeitnehmer anzuwenden. Der Gerichtshof sah die negative Koalitionsfreiheit nicht verletzt, da die zweite Option keine Beitrittsverpflichtung zum Arbeitgeberverband umfasste und für den Arbeitgeber im Vergleich zur ersten Option auch ökonomisch keine so nachteiligen Folgen nach sich gezogen hätte, dass von einem impliziten Zwang zum Beitritt gesprochen werden könnte.

Der Gerichtshof hat dabei sehr wohl gesehen, dass Mitglieder eines Arbeitgeberverbandes mehr Möglichkeiten als Nichtmitglieder haben, den Ausgang von Kollektivverhandlungen zu beeinflussen. Er bezog folglich diesen Umstand in seine Abwägung mit ein, was jedoch am Ergebnis nichts änderte. Unter diesen Umständen konnte von einer Verletzung der Koalitionsfreiheit keine Rede sein. Ein anderslautendes Urteil hätte auch erstaunt. Freilich soll nicht bestritten werden, dass ein Arbeitgeber von der Mitgliedschaft in einem Arbeitgeberverband profitieren würde, wenn der Branchentarifvertrag oder branchenübergreifende Tarifvertrag, den dieser Arbeitgeberverband schließt, hinterher auf ihn anwendbar sein wird. Nicht einsichtig ist dagegen, dass dieser Umstand in unzulässiger Weise den Willen einer vernunftbegabten Person beeinflussen könnte. Warum soll ein Vorteil, den jemand durch den Abschluss eines Vertrags (lies: den Mitgliedschaftsvertrag) erlangt, Zweifel an der Gültigkeit seiner Willenserklärung zu erzeugen? Das Gegenteil ist eher der Fall.

In *Gustafsson* schreibt der Gerichtshof Tarifverträgen keineswegs Immunität zu. Tarifverträgen wird kein Freibrief hinsichtlich der Beschränkung der Koalitionsfreiheit ausgestellt. Er führt im Gegenteil aus:

87 *van Hiel*, *Oriëntatie* 2/2011, 30, 39 f.; *van Hiel*, in: Dorsemont/Lörcher/Schömann, *European Convention on Human Rights and the employment relation*, Oxford 2013, S. 287, 298 ff.

88 EGMR, 30.6.1993 – Nr. 16130/90 – 16 E.H.R.R. 462 (1993) (*Sigurjónsson/Island*).

89 *Napel/Dorsemont/Broeksteeg*, in: Gerards, *Sdu Commentaar EVRM Deel I: Materiële rechten* (Fn. 78), S. 1024, 1063.

90 EGMR, 25.4.1996 – Nr. 15573/89 – ÖJZ 1996, 869 (*Gustafsson/Schweden*).

91 EGMR, 25.4.1996 – Nr. 15573/89 – ÖJZ 1996, 869 (*Gustafsson/Schweden*).

- The positive obligation incumbent on the State under Article 11 (Art. 11), including the aspect of protection of personal opinion, may well extend to treatment connected with the operation of a collective-bargaining system, but only where such treatment impinges on freedom of association.<sup>92</sup>

Der EGMR stellt fest, dass von Boykottaktionen eine Form von Zwang ausgehen kann. Dieser Zwang ist nach Auffassung des Gerichtshofs allerdings keineswegs problematisch, wenn er im Ergebnis nicht auf *signifikante* Weise die Koalitionsfreiheit einschränkt. Der Gerichtshof gelangt dabei zu der Einsicht, dass der ökonomische Schaden, der durch die Boykottaktion hervorgerufen wird, für sich genommen *nicht* relevant ist:

- Compulsion which, as here, does not significantly affect the enjoyment of that freedom, even if it causes economic damage, cannot give rise to any positive obligation under Article 11 (Art. 11).<sup>93</sup>

Dass der ökonomische Schaden, den der Arbeitgeber infolge der Kollektivmaßnahmen erleiden kann, nicht in die Abwägung mit einfließt, erscheint umsichtig. Es ist kollektiven Maßnahmen schließlich inhärent, dass sie einen Schaden generieren, und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine Streik- oder eine Boykottaktion gegen einen Arbeitgeber handelt.

Der EGMR scheint einen formalen Unterschied zwischen der Frage der Mitgliedschaft in einer Arbeitgeberorganisation und der Frage der Bindung an einen Tarifvertrag zu machen. Die Tatsache, dass ein Tarifvertrag angewendet werden muss, stellt für sich genommen noch keinen Eingriff in die Koalitionsfreiheit dar. Maßgeblich scheint der Gedanke, dass die Bindung an den Tarifvertrag nicht *in se et per se* die (negative) Koalitionsfreiheit verletzt. Das kann nur dann anders sein, wenn der Tarifvertrag eine Bestimmung enthält, die in unzulässiger Weise in die Koalitionsfreiheit eingreift und der Bindungsmechanismus impliziert, dass die Bestimmung den Arbeitgeber auch effektiv bindet. Dies ist allerdings grundsätzlich von der Bindung des Arbeitgebers an den Tarifvertrag an sich zu unterscheiden. Es muss insofern stets beurteilt werden, an welchen Teil des Tarifvertrags ein Arbeitgeber gebunden ist.

Die Erwägungen des EGMR fanden auch Niederschlag im Urteil des BVerfG vom 18. Juli 2000.<sup>94</sup> In dieser Entscheidung ging es zentral um die Frage, ob eine Verpflichtung

eines ausländischen Dienstleisters, die Mindestlohnbestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags nach dem AEntG auch auf seine entsandten Arbeitnehmer anzuwenden, mit der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG vereinbar ist. Nach Ansicht des Gerichts war die Klage jedoch offensichtlich unbegründet und hatte daher keinen Erfolg. Es hat bereits früher im Rahmen rein innerstaatlicher Sachverhalte die Vereinbarkeit des Instituts der AVE mit der Koalitionsfreiheit festgestellt.<sup>95</sup> Auch in solchen Fallkonstellationen wird ein nicht organisierter Arbeitgeber verpflichtet, die normativen Bestimmungen eines Tarifvertrags anzuwenden.

## 2. Betriebsübergang und Koalitionsfreiheit in der Rechtsprechung des EuGH

In der Rs. *Werhof*<sup>96</sup> entschied der EuGH, dass eine dynamische Interpretation der klassischen Bezugnahme Klausel in einem individuellen Arbeitsvertrag bei einem Betriebsübergang uU. die negative Koalitionsfreiheit verletzen kann, wenn der Erwerber nach dem Übergang an einen neuen Tarifvertrag gebunden wird, den weder er noch sein Arbeitgeberverband geschlossen haben. Der Gerichtshof fügt noch an, dass eine statische Interpretation einer solchen Bezugnahme Klausel sicherstellen würde, dass die negative Koalitionsfreiheit *vollständig* gewährleistet ist. Der Gerichtshof scheint insofern eine Verbindung zwischen der Gebundenheit an einen für den Arbeitgeber fremden Tarifvertrag und einem Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit herzustellen. Diese Verbindung wird im Urteil selbst allerdings nirgends begründet, Hinweise finden sich nur in den Schlussanträgen von GA *Ruiz-Jarabo Colomer*.<sup>97</sup> Der Generalanwalt führt darin aus, dass ein Erwerber, der Einfluss auf den Ausgang von Tarifverhandlungen nehmen will, insofern gezwungen ist, einem Arbeitgeberverband beizutreten. Unklar bleibt, warum dieser offensichtliche Vorteil der Mitgliedschaft einen unzulässigen *Eingriff* in die (negative) Koalitionsfreiheit dar-

92 EGMR, 25.4.1996 – Nr. 15573/89 – ÖJZ 1996, 869 (*Gustafsson/Schweden*), Rn. 52

93 EGMR, 25.4.1996 – Nr. 15573/89 – ÖJZ 1996, 869 (*Gustafsson/Schweden*), Rn. 52.

94 BVerfG, 18.7.2000 – 1 BvR 948/00 – NZA 2000, 948.

95 Vgl. etwa BVerfG, 24.5.1977 – 2 BvL 11/74 – BVerfGE 44, 322; vgl. auch umfassend *Deinert*, RdA 2014, 129 ff.

96 EuGH, 9.3.2006 – C-499/04 – Slg. 2006, I-2397 (*Werhof*).

97 S. Rn. 49 der Schlussanträge von GA *Ruiz-Jarabo Colomer* in EuGH, 09.03.2006 – C-499/04 – Slg. 2006, I-2397 (*Werhof*).

stellen soll. Soweit man hierin überhaupt ein Argument erkennen möchte, fehlt die spezifische Begründung. Es scheint eher so zu sein, dass ein solches Argument genauso auf einen Arbeitgeber zutrifft, der auf einen Branchentarifvertrag Einfluss nehmen will, der allgemeinverbindlich erklärt wird. Mit demselben Recht könnte man sagen, dass ein nicht organisierter Arbeitnehmer, der an einen Tarifvertrag gebunden ist, der durch seinen Arbeitgeber unterzeichnet ist, in den Staaten, in denen der Gesetzgeber die Bindung der Arbeitnehmer über den gebundenen Arbeitgeber erzeugt,<sup>98</sup> oder der auch nur mit einer Bezugnahmeklausel in seinem Arbeitsvertrag konfrontiert wird, ein Interesse daran hat, einer Gewerkschaft beizutreten. Kein vernünftiger Mensch hat je behauptet, dass die Koalitionsfreiheit des Arbeitnehmers aus diesen Gründen beeinträchtigt ist. Besonders problematisch ist die Entscheidung des EuGH dort, wo sie die Begründung auf die angebliche Auslegung von Art. 11 EMRK durch den EGMR in der Rs. *Gustafsson* stützt.

In der noch aktuelleren Rs. *Alemo-Herron* hatte der EuGH über einen weitgehend vergleichbaren Sachverhalt zu entscheiden.<sup>99</sup> Das Verfahren betraf die Frage, ob eine Bezugnahmeklausel in einem Arbeitsvertrag dynamisch ausgelegt werden darf. Dabei ging es um die Anwendbarkeit eines Tarifvertrags, der nach dem Betriebsübergang durch einen Unternehmer geschlossen worden ist. Auffallend ist, dass der EuGH nicht mehr auf die negative Koalitionsfreiheit des Erwerbers Bezug nimmt. Der Gerichtshof erklärt diese relative Zurückhaltung durch die Bemerkung, dass der vorlegende Richter ausführe, dass die negative Koalitionsfreiheit *nicht* infrage stehe.

Der EuGH bekräftigt, dass dies den vorliegenden Richter, der das Unionsrecht anwenden muss, nicht davon entbinde, das Recht im Lichte der Grundrechte, die in die Charta von Nizza aufgenommen worden sind, auszulegen. Er richtet den Fokus dann aber primär auf Art. 16 der Charta (die Unternehmerfreiheit). Die Koalitionsfreiheit, die durch die Charta ebenfalls garantiert wird, erwähnt er nicht. Diese Feststellung scheint zu suggerieren, dass der Gerichtshof die Relevanz der Koalitionsfreiheit angesichts der Bindung an einen für den Arbeitgeber *fremden* Tarifvertrag nun doch relativiert. Kann daher von einem Wandel seiner Auffassung gesprochen werden? Der EuGH scheint in diesem Punkt vollständig dem vorlegenden Richter zu folgen, ohne an dessen Urteil gebunden zu sein. Der Gerichtshof knüpft die Unternehmerfreiheit an ein anderes Grundrecht, das Recht über Kollektivverhandlungen die Arbeitsbedingungen mit

Blick auf *zukünftige* ökonomische Aktivitäten zu beeinflussen.<sup>100</sup> Im Wesentlichen zielt der Gerichtshof damit auf ein Recht auf Zugang zum Verhandlungstisch ab. Dies steht im Zusammenhang mit einer anderen wichtigen Komponente der kollektiven Dimension der Koalitionsfreiheit, nämlich dem Recht, Tarifverhandlungen führen zu können.<sup>101</sup> Dass in der Rs. *Alemo-Herron* die Aktivitäten des Unternehmens vom öffentlichen in den privaten Sektor verschoben worden sind, erschwerte in besonderem Maße diesen Zugang. Dort wo in *Werhof* ein vermeintlicher Zwang, Mitglied in einem Branchenarbeitgeberverband zu werden, herausgestellt wird, steht in der Rs. *Alemo-Herron* die umgekehrte Situation infrage. Der Unternehmer *kann* gar nicht Mitglied werden, auch wenn er dies wollte.<sup>102</sup> Der EuGH geht davon aus, dass die Unternehmerfreiheit dadurch in ihrem Kernbereich betroffen ist.

## VI. Schlussbetrachtung

In diesem Beitrag wird eine Reihe juristischer Instrumente untersucht, welche die Bindung von Arbeitgebern an normative Tarifbestimmungen fördern oder schwächen. Systeme der industriellen Beziehungen stellen komplexe Bauwerke dar. Es kann deshalb nicht genug vor den Gefahren von *legal transplants*<sup>103</sup> in diesem sensiblen Bereich gewarnt werden.

Laut dem eingangs zitierten Bericht *Industrial Relations in Europe 2014* befindet sich Deutschland hinsichtlich des tariflichen Deckungsgrads im europäischen Mittelfeld.<sup>104</sup>

98 Dies betrifft die Rechtsfigur der *extension automatique*: alle Arbeitnehmer werden unabhängig von der Gewerkschaftsmitgliedschaft oder dem Organisationsgrad gebunden, wenn auch der Arbeitgeber gebunden ist.

99 EuGH, 7.9.2013 – C-426/11 – AuR 2013, 498 m. Anm. Heuschmid (*Alemo-Herron u. a.*); dazu auch *Jansen*, ArA 1/2014, 76 ff.

100 EuGH, 7.9.2013 – C-426/11 – AuR 2013, 498 m. Anm. Heuschmid (*Alemo-Herron u. a.*), Rn. 33: »Im Hinblick auf Art. 3 der Richtlinie 2001/23 folgt daraus, dass es dem Erwerber in Anbetracht der unternehmerischen Freiheit möglich sein muss, im Rahmen eines zum Vertragsabschluss führenden Verfahrens, an dem er beteiligt ist, seine Interessen wirksam geltend zu machen und die die Entwicklung der Arbeitsbedingungen seiner Arbeitnehmer bestimmenden Faktoren mit Blick auf seine künftige wirtschaftliche Tätigkeit auszuhandeln«.

101 Insofern ist zu betonen, dass in EGMR, 12.11.2008 – Nr. 34503/97 – NZA 2010, 1425 (*Demir und Baykara*) das Recht Tarifverhandlungen zu führen als ein wesentliches Element der Koalitionsfreiheit qualifiziert wird.

102 Vgl. in diesem Zusammenhang *Jansen*, ArA 1/2014, 76, 92 f.

103 *Kahn-Freund*, Modern Law Review 1974, 1 ff.

104 *Brechter/Brandl* (Fn. 2), S. 29.

Das kann jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Tarifbindungsquote in Deutschland seit etlichen Jahren kontinuierlich sinkt. Auf Seiten der Arbeitgeber waren 2013 weniger als ein Drittel der Betriebe in Westdeutschland und nur ein Fünftel der Betriebe in Ostdeutschland unmittelbar an einen Tarifvertrag gebunden.<sup>105</sup>

In diesem Beitrag wird die *duty to bargain* als ein Instrument betrachtet, das Tarifverhandlungen fördern kann. Das BAG hat jüngst noch einmal ausdrücklich festgestellt, dass in Deutschland keine Verpflichtung einer Koalition besteht, mit einer anderen Koalition einen Tarifvertrag zu schließen oder auch nur über einen solchen zu verhandeln.<sup>106</sup> Eine solche institutionalisierte Verhandlungspflicht lässt sich tatsächlich nur schwer in das traditionelle deutsche System der kollektiven Arbeitsbeziehung einfügen. In der deutschen Diskussion um die Reform des Tarifrechts spielt dieses Instrument folglich bislang auch nur eine untergeordnete Rolle.<sup>107</sup> Die Rolle, Tarifverhandlungen durchzusetzen, kommt hier dem Arbeitskämpfrecht zu. Dieses Modell steht allerdings angesichts sinkender Mitgliederzahlen in den Gewerkschaften<sup>108</sup> und dem damit verbundenen Verlust an Kampfkraft auf tönernen Füßen. Ähnlich stellt sich etwa die Situation in den Niederlanden dar, die ebenfalls keine Verpflichtung der Arbeitgeber kennen, regelmäßig mit den Gewerkschaften zu verhandeln, auch wenn dort die Freiheit von Arbeitgebern und Arbeitgeberverbänden Verhandlungen mit repräsentativen Gewerkschaften abzuwehren, durch die Rechtsprechung eingeschränkt worden ist.<sup>109</sup>

Die Anforderungen, die an die Repräsentativität gestellt werden, hängen regelmäßig davon ab, welche Reichweite Tarifverträge in einer Rechtsordnung erlangen. Daher verwundert es auch nicht, dass dieses Kriterium im Rahmen der klassischen Tarifbindung in Deutschland zumindest bislang keine Rolle spielt, da die Bindung eng an die Mitgliedschaft in einem Arbeitgeberverband oder einer Gewerkschaft geknüpft ist.<sup>110</sup> Die klassische Bindung von Tarifverträgen ist stark zivilrechtlich geprägt. Die Repräsentativität spielt erst dann eine Rolle, wenn es darum geht einen Tarifvertrag auszuwählen. Folglich umfasst das geplante Tarifeinheitsgesetz auf Arbeitnehmerseite Regelungen zur Repräsentativität und auch in Bezug auf die AVE wird in § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG bzw. §§ 7, 7a AEntG, § 3a AÜG auf dieses Kriterium abgestellt. Dabei kommt es wesentlich auf die Zahl der bei einem tarifgebundenen (bzw. tarifanwendenden) Arbeitgeber beschäftigten Arbeit-

nehmer an, deren Repräsentativität ist entscheidend. Die sinkende Mitgliederzahl der Gewerkschaften spielt also an dieser Stelle keine unmittelbare Rolle. Im Gegensatz bspw. zu den Niederlanden, funktioniert das deutsche System der AVE bislang mehr schlecht als recht. Zwar wurden durch die jüngsten Reformen einige zentrale Hürden wie das starre 50%-Quorum entfernt, eine Abschaffung des Einstimmigkeitsprinzips im Tarifausschuss ist allerdings genauso wenig erfolgt wie eine stärkere Verfahrensbeteiligung der Parteien des Tarifvertrags. Ihre Rolle hat sich nur insofern verändert, als sie künftig den Antrag auf die AVE gemeinsam stellen müssen und nicht mehr der Antrag einer Tarifpartei ausreicht. Insofern wurde sogar eine neue Hürde aufgebaut.

Im deutschen TVG findet sich bislang noch keine Bestimmung über den Beitritt zu einem Tarifvertrag. Eine Erklärung dafür mag auf Seiten der Arbeitnehmer der verbreitete Einsatz von Bezugnahme Klauseln bieten. Aber auch auf Arbeitgeberseite orientieren sich in Westdeutschland 44 und in Ostdeutschland 42 % der nicht tarifgebundenen Arbeitgeber am Branchentarifvertrag.<sup>111</sup> Im Entwurf zum Tarifeinheitsgesetz findet sich allerdings ein ähnliches Instrument, das zwar kein Recht zum Beitritt darstellt, dafür aber zur (inhaltsgleichen) Nachzeichnung des Tarifvertrags. Die Aufnahme eines solchen Rechts erklärt sich daraus, dass andernfalls die Arbeitnehmer im Betrieb, die in einer anderen als der Mehrheitsgewerkschaft organisiert sind, zum Gewerkschaftswechsel gezwungen wären, um sich unter den Schutz eines Tarifvertrags zu begeben. Insofern stellt sich die Frage, ob die angedachte Regelung nicht zu kurz greift, da sie das Recht zur Nachzeichnung nur den Gewerkschaften zukommen lassen will, die bereits einen kollidierenden Tarifvertrag abgeschlossen haben. Denn die Mitglieder der Gewerkschaft, die mangels Mehrheitseigen-

105 Ellguth/Kohaut (Fn. 2), 288.

106 BAG, 25.9.2013 – 4 AZR 173/12 – EzA Nr. 53 zu § 1 TVG, Rn. 23.

107 Vgl. aber zB. Hottgenroth, Die Verhandlungspflicht der Tarifvertragsparteien, Baden-Baden 1990 (zugl. Köln, Univ., Diss. 1989), der eine solche Pflicht bereits *de lege lata* aus Art. 9 Abs. 3 GG ableitet; als rechtspolitischer Vorschlag zB. angedeutet auch bei Thüsing, NZA-Beil. 2010, 104, 108.

108 Dazu etwa Haipeter/Schilling, Ind. Beziehungen 2006, 21, 29.

109 Diese Frage bildete die Problemstellung der Antrittsvorlesung von Jaspers, *Collectieve onderhandelingen, De macht in juridische banen of het recht in de ban van de macht*, Deventer 1987, S. 42 f.; vgl. auch Jacobs, *Collectief arbeidsrecht*, 3. Aufl., Deventer 2013, S. 127 ff.

110 Hanau, SR 2011, 3 ff.; Hanau, NZA 2012, 825 ff., dort auch zu den Durchbrechungen des Prinzips.

111 Ellguth/Kohaut (Fn. 2) 288.

schaft gar nicht mehr zu einem Tarifvertrag kommen kann, befinden sich in einer vergleichbaren Position. Aus einer ähnlichen Überlegung heraus findet sich in Systemen, in denen die *extension automatique* angewendet wird, eine gesetzliche Regelung der Beitrittsoption.

Oben wurde bereits der kreative Einsatz des Grundrechts auf eine angemessene Entlohnung durch den italienischen Kassationsgerichtshof erläutert. Die Bestimmungen über das Recht auf eine angemessene Entlohnung in der italienischen Verfassung (1948) findet im Grundgesetz kein entsprechendes Gegenstück. Ein weniger weit gehender Vorschlag erscheint die Anerkennung einer ergänzenden Wirkung von Tarifverträgen nach belgischem Modell.

In Deutschland wird die Grenze erst beim sittenwidrigen Entgelt nach § 138 Abs. 1 BGB eingezogen, wenn das übliche Entgelt um mehr als ein Drittel unterschritten wird.<sup>112</sup> Zur Bestimmung des üblichen Entgelts kann uU. das Tarifniveau herangezogen werden, dafür muss es aber selbst üblich sein.<sup>113</sup> Von untergeordneter Bedeutung scheint dagegen die Frage, ob eine solche ergänzende Wirkung auch über die Anwendung einer Norm durch das Wohlwollen eines Arbeitgebers erreicht werden kann.

---

112 BAG, 22.4.2009 – 5 AZR 436/08 – NZA 2009, 837, 838; dazu etwa ErfK-Preis, § 612 BGB Rn. 38.

113 BAG, 17.8.2011 – 5 AZR 406/10 – AP zu § 307 BGB Nr. 55.

# Das Schicksal der kleinen dynamischen arbeitsvertraglichen Bezugnahme bei Ablösung des BAT durch den TVöD bzw. TV-L – Ausnahmen von der Teilnahme an der Tarifsukzession?\*

Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M. (Harvard) / Wiss. Mit. Gisela Hütter, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität, Bonn

Die Liste der Judikate ist lang: Dort, wo im Arbeitsvertrag auf den BAT Bezug in seiner jeweils geltenden Fassung genommen wird, hat das BAG bislang regelmäßig angenommen, dass in ergänzender Vertragsauslegung von einer Bezugnahme auf das neue, an die Stelle des BAT tretende Tarifwerk (meist also auf den TVöD oder den TV-L) auszugehen sei.<sup>1</sup> Arbeitsverträge mit einer zeitdynamischen Bezugnahme auf den BAT in jedem Fall dem Regelungsregime des nachfolgenden Tarifvertrages zu unterstellen, ginge aber zu weit. Der folgende Beitrag will deshalb die Rechtsprechungslinie nachzeichnen, nach der in der Mehrzahl der Fälle der arbeitsvertraglich in Bezug genommene Tarifvertrag letztlich an der Tarifsukzession teilnimmt, und darauf aufbauend zwei Leitfragen beantworten. Erstens: Welche Ausnahmen lässt das BAG nach der bisherigen Rechtsprechung zu und sind diese richtig? Und zweitens: Drängen sich darüber hinaus weitere Ausnahmen auf, die das BAG nicht mit vollzieht, weil es von falschen Prämissen ausgeht? Regel und Ausnahmen sollen dabei auf den allgemeinen Grundlagen der ergänzenden Vertragsauslegung besehen werden.

## I. Die Ausgangssituation: Regelungslücke seit Ersetzung des BAT durch den TVöD/TV-L

Die Anwendbarkeit der Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung erfordert nach ständiger höchstrichterlicher zivil- sowie arbeitsgerichtlicher Rechtsprechung eine Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit.<sup>2</sup> Eine rechtsgeschäftliche Regelung ist in diesem Sinne dann lückenhaft, wenn ihr objektiver Regelungsgehalt eine Situation, die sich als regelungsbedürftig erweist, nicht mehr

erfasst<sup>3</sup>, bzw. – anders gewendet – eine Vervollständigung geboten ist, um eine angemessene und interessengerechte Lösung zu erzielen<sup>4</sup>. Dabei ist unmaßgeblich, ob diese Lückenhaftigkeit bereits bei Vertragsschluss besteht oder erst nachträglich durch Entwicklungen, die für die Parteien bei Vertragsschluss nicht vorhergesehen wurden, entstanden ist.<sup>5</sup>

Diese Prämisse liegt nach der Rechtsprechung des BAG ab dem Zeitpunkt vor, zu dem der BAT nicht weiter an einer dynamischen Fortentwicklung durch die Tarifvertragsparteien partizipiert, dh. mit seiner Ersetzung durch den TVöD am 1.10.2005 bzw. durch den TV-L am 1.11.2006. Zwar handelt es sich bei der Bezugnahme auf den BAT regelmäßig um eine dynamische Bezugnahme – aber oftmals eben nur auf den BAT. Erfasst ist damit nur eine dynamische Entwicklung dahin gehend, dass die Tarifvertragsparteien einzelne Regelungen modifizieren, das Regelungswerk als solches aber fortbesteht. Nicht erfasst ist hingegen eine Tarifsukzession, dh. der Fall, dass die Tarifvertragsparteien das namentlich benannte Regelungswerk nicht fortentwickeln,

\* Die Ausführungen beruhen auf einer Anregung aus der Praxis, die es uns wert schien, wissenschaftlich vertieft zu werden.

1 Vgl. nur BAG, 16.6.2010 – 4 AZR 924/08 – NJOZ 2010, 2446; BAG, 10.11.2010 – 5 AZR 633/09 – NJOZ 2011, 376; BAG, 19.5.2010 – 4 AZR 796/08 – AP Nr. 76 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; BAG, 25.8.2010 – 4 AZR 14/09 – NZA-RR 2011, 248; BAG, 16.11.2011 – 4 AZR 246/10 – BeckRS 2012, 67971; BAG, 18.4.2012 – 4 AZR 392/10 – NZA 2012, 1171; BAG, 3.7.2013 – 4 AZR 41/12 – NZA 2014, 102.

2 Vgl. nur BGH, 21.9.1994 – XII ZR 77/93 – NJW 1994, 3287, 3288; BGH, 17.4.2002 – VIII ZR 297/01 – NJW 2002, 2310 sowie BAG, 12.12.2007 – 10 AZR 97/07 – NJW 2008, 872.

3 Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB (MüKo), 6. Aufl., München 2012, § 157 Rn. 40.

4 Roth, in: Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 1 – Allgemeiner Teil, München 2010, § 157 BGB Rn. 15.

5 Schulze, in: NomosKommentar BGB, 8. Aufl., Baden-Baden 2014, § 157 Rn. 4; Roth (Fn. 4), § 157 BGB Rn. 15.

sondern stattdessen ein vollständig neues Tarifwerk schaffen. Hierzu bedürfte es einer Klausel, die nicht nur zeit-, sondern auch inhaltlich dynamisch ausgestaltet ist; das BAG verlangt dafür deutliche Worte der Vertragsparteien – etwa den Zusatz aus dem seit 1981 vom Arbeitgeberkreis der BAT-Kommission gebilligten Musterarbeitsvertrag, der im öffentlichen Dienst üblich ist, dass auch die *BAT ersetzenden Tarifverträge* zur Anwendung gelangen sollen.<sup>6</sup>

Doch stellt die Ersetzung des BAT durch den TVöD/TV-L einen Umstand dar, den die Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht vorhergesehen haben und der die vertragliche Regelung lückenhaft werden lässt: Denn die Dynamik des Verweises läuft ins Leere, wenn die Tarifvertragsparteien den BAT nicht mehr fortentwickeln – verwiesen wird letztlich statisch auf seine letzte Fassung:

- Nach dem Inhalt der arbeitsvertraglichen Regelung haben die Parteien unübersehbar eine Dynamik für ihre Arbeitsvertragsbeziehung vereinbart, die vor und nach Vertragsschluss innerhalb des in Bezug genommenen Tarifwerks stattfand. Die Parteien haben ein Ende der Fortführung des BAT nicht bedacht, sondern sie sind vielmehr von dessen ununterbrochener Fortschreibung ausgegangen. Sie haben deshalb für die Situation der *Ersetzung* des BAT durch einen Nachfolgetarifvertrag keine ausdrückliche Regelung getroffen. Für eine beiderseitige Vorstellung der Vertragsparteien, sie hätten sich mit der Bezugnahme zwar an den jeweiligen BAT binden wollen, die Dynamik jedoch dann ausschließen wollen, wenn es zu Nachfolgetarifverträgen kommen sollte, fehlt es sowohl in der vertraglichen Regelung selbst als auch im Übrigen an Anhaltspunkten. Nur wenn die Parteien die tatsächliche Entwicklung bedacht hätten, hätte überhaupt von einem diesbezüglichen Regelungswillen ausgegangen werden können, wie ihn die Bekl. geltend macht. Nur in diesem Fall hätte es entgegen der in der Bezugnahme Klausel vereinbarten Dynamik bei einer – nunmehr im Ergebnis statischen – Anwendung des BAT verbleiben und es deshalb an einer Vertragslücke fehlen können (BAG 19.5.2010 – 4 AZR 796/08 – Rn. 28, AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. AP TVG § 1 76 = EZA TVG § 3 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. EZA TVG § 3 48).<sup>7</sup>

Die Ausführungen des BAG überzeugen: Ihrem objektiven Regelungsgehalt nach erfasst die einfache dynamische Bezugnahme auf den BAT allein die Situation, dass der BAT

durch zukünftige Änderungen durch die Tarifvertragsparteien entwicklungs offen bleibt. Daher wird die ursprüngliche Vereinbarung zu dem Zeitpunkt vervollständigungsbedürftig, zu dem feststeht, dass der BAT sich nicht mehr dynamisch entwickeln wird, da an seine Stelle der TVöD/TV-L getreten ist.

## II. Schließung der Regelungslücke

Noch unbeantwortet ist damit die Frage, ob und wie Regelungslücken, die durch einen zeitdynamischen Verweis auf den BAT nach Abschluss des TvÖD/TV-L entstanden sind, im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen sind. Bevor die Rechtsprechungspraxis des BAG nachgezeichnet und hinterfragt werden kann, ist das Verfahren der Lückenschließung zunächst im Allgemeinen zu skizzieren.

### 1. Der allgemeine Maßstab

Um die ausfüllungsbedürftige Regelungslücke zu schließen, ist nach ständiger Rechtsprechung dasjenige zu ermitteln, was die Parteien nach dem Vertragszweck und bei einer angemessenen Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Fall bedacht hätten.<sup>8</sup> Der Zeitpunkt, auf den es bei der Bestimmung des hypothetischen Parteiwillens ankommt, ist nicht derjenige der Auslegung selbst, sondern der des Vertragsschlusses.<sup>9</sup> Ausgangspunkt ist dabei das Vertragswerk: In erster Linie zu berücksichtigen sind deshalb die in dem Vertrag schon vorhandenen Regelungen und Wertungen, auf deren Grundlage der Vertrag *zu Ende zu denken* ist.<sup>10</sup> Welches der hypothetische Parteiwille ist, unterliegt somit einer normativen Betrachtung. Unmaßgeblich ist hingegen, welche

<sup>6</sup> BAG, 10.6.2009 – 4 AZR 194/08 – BeckRS 2010, 65210, Rn. 38; ebenso BAG, 10.11.2010 – 5 AZR 633/09 – NJOZ 2011, 376, 377; BAG, 18.4.2012 – 4 AZR 392/10 – NZA 2012, 1171, 1173.

<sup>7</sup> BAG, 19.5.2010 – 4 AZR 796/08 – AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 94, Rn. 26; vgl. auch BAG, 10.11.2010 – 5 AZR 633/09 – NJOZ 2011, 376, 377; BAG, 18.4.2012 – 4 AZR 392/10 – NZA 2012, 1171, 1173.

<sup>8</sup> Vgl. nur jeweils mwN. BGH, 11.10.2005 – XI ZR 395/04 – NJW 2006, 54, 55; BGH, 4.3.2004 – III ZR 96/03 – NJW 2004, 1590, 1591 f.; BGH, 29.4.1982 – III ZR 154/80 – NJW 1982, 2184, 2185.

<sup>9</sup> BGH, 20.9.1993 – II ZR 104/92 – NJW 1993, 3193, 3194; Roth (Fn. 4), § 157 Rn. 34; Busche (Fn. 3), § 157 BGB Rn. 50; aA. Dörner (Fn. 5), § 157 Rn. 4.

<sup>10</sup> Dörner (Fn. 5), § 157 Rn. 4; Wendtland, in: BeckOK, Stand: 1.2.2015, § 157 Rn. 40; BGH, 4.3.2004 – III ZR 96/03 – NJW 2004, 1590, 1592.

Regelung die konkreten Parteien tatsächlich getroffen hätten, um die Lücke zu schließen.<sup>11</sup> Allerdings sind der ergänzenden Vertragsauslegung durch die Privatautonomie der Parteien Grenzen gesetzt, weshalb sie dann unzulässig ist, wenn sie zu einer vom Parteiwillen gelösten Gestaltung nach richterlichem Gutdünken degeneriert.<sup>12</sup> Der tatsächliche Parteiwille spielt deshalb insofern eine Rolle, als sich das Auslegungsergebnis, wie die höchstrichterliche Rechtsprechung immer wieder betont, hierzu nicht in Widerspruch setzen darf:

- Es ist daher unter Anlegung des in § 157 BGB vorgegebenen Auslegungsmaßstabes – Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte – danach zu fragen, wie die Parteien den Vertrag gestaltet hätten, wenn ihnen die nicht bedachte Unwirksamkeit der Tagespreisklausel bewußt gewesen wäre (vgl. BGHZ 9, 273 (278) = NJW 1953, 937; BGHZ 60, 353 (362) = NJW 1973, 1190; BGHZ 84, 1 (7) = NJW 1982, 2184). Dabei kann der tatsächliche Wille der Parteien, soweit er feststellbar ist, nicht außer Betracht bleiben (*Mayer-Maly*, in: Festschr. f. *Flume*, 1978, S. 625). Denn da eine inhaltliche Abänderung des Vertrages im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung nicht erfolgen darf (BGHZ 9, 273 (279) = NJW 1953, 937), kann das, was dem tatsächlichen Willen der Vertragsparteien widerspricht, nicht als Inhalt ihres hypothetischen Willens gelten (zust. *Mayer-Maly*, S. 627).<sup>13</sup>

Auch muss sie dann ausscheiden, wenn mehrere Möglichkeiten bestehen, die vertragliche Regelungslücke zu füllen, aber nicht zu ersehen ist, welche der Varianten die Parteien vorgezogen hätten.<sup>14</sup>

## 2. Ansätze des BAG

Das BAG hatte in den vergangenen Jahren mehrfach darüber zu befinden, wie Regelungslücken in Arbeitsverträgen zu schließen sind, die dadurch entstanden sind, dass der in Bezug genommene BAT durch andere Regelungswerke ersetzt worden ist. In der Mehrzahl der Fälle ist das BAG dabei zu dem Ergebnis gelangt, dass es dem hypothetischen Parteiwillen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht entsprochen habe, im Falle einer Tarifsukzession statisch auf den BAT in seiner Letztfassung zu verweisen; vielmehr sei anzunehmen, die Parteien hätten für den Fall einer Tarifsukzession vorgesehen, dass der dynamische Verweis sich

nunmehr auf das den BAT ersetzende Tarifwerk beziehen solle.<sup>15</sup>

Das BAG hat jedoch ausdrücklich zugestanden oder jedenfalls angedeutet, dass im Einzelfall eine andere Beurteilung geboten sein kann. Wie im Folgenden dargelegt wird, überzeugen diese höchstrichterlich anerkannten Ausnahmen, doch gehen sie nicht weit genug.

## 3. Vom BAG anerkannte Ausnahmen

Das BAG hat bisher in zwei Fällen deutlich gemacht, dass eine arbeitsvertragliche dynamische Bezugnahme auf den BAT nicht dahin gehend ergänzt werden kann, dass sie sich nunmehr auf das nachfolgende Tarifwerk beziehen soll: einerseits dann, wenn die Tarifvertragsparteien über einen längeren Zeitraum hinweg weiterhin den BAT in seiner Letztfassung angewandt haben; andererseits dann, wenn Einzelregelungen des BAT nach Art eines Baukastensystems in Bezug genommen werden.

### a) Längere Praxis der Anwendung des BAT bzw. der Nichtanwendung des TVöD/TV-L

Bereits in mehreren Entscheidungen, in denen es um das Schicksal einer Bezugnahmeklausel im Falle einer Tarifsukzession ging, finden sich Andeutungen, dass kein dynamischer Verweis auf den TVöD/TV-L in dem (nicht untypischen) Fall in Betracht kommt, in dem der Arbeitgeber über viele Jahre hinweg den BAT in seiner letzten Fassung anwendet, etwa weil die tatsächliche Vergütung demjenigen entspricht, was in der Letztfassung der von der arbeitsvertraglichen Verweisung erfassten BAT-Regelungen vorgesehen war, und gerade nicht demjenigen, was das Nachfolgeregelungswerk des TVöD/TV-L vorgesehen hätte:

11 *Mansel*, in: Jauernig/Berger/Mansel ua. (Hrsg.), Kommentar zum BGB, 15. Aufl., München 2014, § 157 Rn. 4.

12 *Ellenberger*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 74. Aufl., München 2015, § 157 Rn. 8 sowie bereits BGH, 22.4.1953 – II ZR 143/52 – NJW 1953, 937.

13 BGH, 1.2.1984 – VIII ZR 54/83 – NJW 1984, 1177, 1178; vgl. auch BGH, 10.2.2009 – VI ZR 28/08 – NJW 2009, 1482, 1484 sowie BGH, 17.4.2002 – VIII ZR 297/01 – NJW, 2002, 2310, 2311.

14 Vgl. nur BGH, 3.11.1999 – VIII ZR 269/98 – NJW 2000, 1110; BGH, 1.2.1984 – VIII ZR 54/83 – NJW 1984, 1177; BGH, 10.2.2009 – VI ZR 28/08 – NJW 2009, 1482, 1484.

15 Vgl. nur BAG, 10.11.2010 – 5 AZR 633/09 – NJOZ 2011, 376 sowie BAG, 3.7.2013 – 4 AZR 41/12 – NZA 2014, 102 mit jeweils weiteren Nachweisen.

■ Zwar darf sich das Ergebnis einer ergänzenden Vertragsauslegung nicht in Widerspruch zum Parteiwillen setzen. Dieser Grundsatz ist aber dahingehend zu präzisieren, dass eine ergänzende Vertragsauslegung nicht im Widerspruch zu dem im Vertrag zum Ausdruck gebrachten Parteiwillen stehen und nicht zu einer unzulässigen Erweiterung des Vertragsgegenstandes führen darf (BGHZ 9, BGHZ Band 9 Seite 273 = NJW 1953, NJW Jahr 1953 Seite 937). Ohne Bedeutung sind hingegen unterschiedliche Auffassungen der Parteien, wie eine Regelungslücke zu schließen ist. Bei den Begleitumständen, die Rückschlüsse auf den erklärten Geschäftswillen haben können, sind bei der Auslegung grundsätzlich nur diejenigen zu berücksichtigen, die bei Abschluss des Rechtsgeschäfts erkennbar waren. Dies gilt auch im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung. Soweit gleichwohl ein nachträgliches Verhalten der Parteien bei der Auslegung von Willenserklärungen berücksichtigt wird (vgl. Staudinger/Singer, BGB, Neubearb. 2012, § 133 Rn. 50 mwN.), muss es *Rückschlüsse auf den tatsächlichen Willen und das tatsächliche Verständnis der an dem Rechtsgeschäft Beteiligten zulassen*. Hierzu bedarf es aber einer über längere Zeit geübten einverständlichen Vertrags- und Zahlungspraxis (BGH, 29.4.1993 – III ZR 115/91 – BGHZ 122, 287).<sup>16</sup>

Das BAG hat, soweit ersichtlich, die Voraussetzungen einer derart langwierigen Zahlungspraxis bisher nicht als erfüllt angesehen und ist deshalb in den bereits judizierten Fällen noch nicht zu dem Ergebnis gelangt, die tatsächliche Durchführung des Vertrages könne dem Ergebnis entgegen stehen, dass die arbeitsvertragliche Bezugnahme Klausel nun das Nachfolgewerk des BAT zum Gegenstand hat. Weil sich die Erfurter Richter aber in mehreren Entscheidungen immer wieder mit dem Zeitraum der statischen Vertragspraxis auseinandergesetzt haben, liegt auf der Hand, dass sie diesem Umstand bei der ergänzenden Vertragsauslegung ein erhebliches Gewicht zusprechen. Sie halten es jedenfalls für möglich, dass sich hierin ein entgegenstehender tatsächlicher Parteiwillen ausdrückt.

Mit Blick auf die allgemeinen Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung ist dieser Ansatz nur konsequent, so dass es darüber hinaus lohnt, Erwägungen zum *maßgeblichen Zeitraum geübter Vertragspraxis* anzustellen. Wer diesen Weg dennoch nicht gehen will, muss gleich-

wohl zugestehen, dass das Recht, sich auf Regelungen des TVöD/TV-L zu berufen, bei einer langwierigen abweichenden Vertragspraxis unter Umständen verwirkt sein kann; auch dies hier im Wege eines Exkurses darzutun, drängt sich angesichts der identischen Rechtsfolge auf, den TVöD/TV-L im Ergebnis nicht über das Scharnier einer arbeitsvertraglichen Bezugnahme anzuwenden.

### (1) Dynamischer Verweis auf TVöD/TV-L vs. tatsächlicher Parteiwille

Wie einleitend grundlegend dargestellt, ist bei der ergänzenden Vertragsauslegung zwar nicht der tatsächliche, sondern der hypothetische Parteiwille im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu ermitteln, da Richtschnur stets die normativen Vorgaben des Vertrages und die Maßstäbe redlicher Vertragsparteien sind. Der tatsächliche Parteiwille ist aber als Schranke zu berücksichtigen, wenn er mit dem hypothetischen nicht in Einklang zu bringen ist. So aber liegt es, wenn die tatsächliche Vergütungspraxis der Parteien der Annahme entgegen steht, dass die konkreten Parteien einen dynamischen Verweis auf den TVöD/TV-L vereinbart hätten, wenn sie bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses daran gedacht hätten, einen Regelungsplan für eine Tarifsukzession zu formulieren. Wenn ihr Verhalten – nämlich die Vergütung nach der Letztfassung des BAT einerseits und deren beanstandungslose Entgegennahme andererseits – davon zeugt, dass sie nicht nur *ad hoc*, sondern über einen längeren Zeitraum hinweg eine Vergütung nach den Vorgaben der Letztfassung des BAT für näher liegend erachtet haben als eine Anpassung an die Vorgaben des TVöD/TV-L, drängt sich der Schluss auf, dass ersteres dem übereinstimmend Gewollten entsprochen hat – auch wenn sie dies im Regelungsplan des Vertrages nicht ausdrücklich abgebildet haben.

Hieran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass dieses Verhalten erst nach Vertragsschluss zu Tage getreten ist, die ergänzende Vertragsauslegung aber den Parteiwillen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu ermitteln hat. Auch wenn die Parteien sich erst nach dem Vertragsschluss in der einen oder anderen Weise äußern,

<sup>16</sup> BAG, 18.4.2012 – 4 AZR 392/10 – NZA 2012, 1171, 1174; BAG, 16.11.2011 – 4 AZR 246/10 – juris, Rn. 31; BAG, 16.11.2011 – 4 AZR 781/09 – AP TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 102, Rn. 25.

können hierin Anhaltspunkte für den tatsächlichen Parteiwillen zu einem früheren Zeitpunkt, namentlich auch dem des Vertragsschlusses, zu sehen sein. Denn einem Verhalten kann durchaus zu entnehmen sein, dass bereits im Vorhinein der Wille bestanden hat, eben dieses Verhalten an den Tag zu legen, wenn äußere Umstände dies erfordern. Anders formuliert: Durch ein im Nachhinein geübtes Verhalten kann sich der Wille manifestieren, der im Vorhinein zwar latent vorhanden war, aber der Manifestation bisher nicht bedurfte.

Mit dem BAG ist das Verhalten der Vertragsparteien also jedenfalls dann berücksichtigungsfähig, wenn die Anforderungen an eine über längere Zeit geübte einverständliche Vertrags- und Zahlungspraxis erfüllt sind. Einen ersten Anhaltspunkt, ob dem so ist, wenn über viele Jahre hinweg eine der Letztfassung des BAT entsprechende Vergütung erfolgt ist, liefert ein Blick auf die in der Vergangenheit vom BAG gewürdigten Sachverhalte: Zurecht hat das BAG es für nicht ausreichend gehalten, dass in den ersten beiden Monaten nach Inkrafttreten des ersetzenden Tarifwerks gleichwohl eine Zuwendung nach dem BAT gezahlt worden ist.<sup>17</sup> Auch eine Zeitspanne vom 1.10.2005 bis zum 31.7.2006, dh. ein Zeitraum von zehn Monaten, reichte dem BAG nicht, um Rückschlüsse auf den tatsächlichen Willen der Parteien zu ziehen.<sup>18</sup> Ebenso wenig ließ es genügen, dass bis zum 31.12.2006 ein tarifliches Urlaubsgeld nach dem BAT gewährt worden ist, obwohl dessen Nachfolgewerke, deren Einschlägigkeit kraft Bezugnahme hier in Betracht kam, diesen bereits zum 1.10.2005 bzw. zum 1.11.2006 ersetzt haben.<sup>19</sup> Gesetzt den Fall, maßgebliches Eckdatum wäre der 1.10.2005, würde folglich auch eine Zeitspanne von 14 Monaten nicht ausreichen, um eine berücksichtigungsfähige Zahlungspraxis zu begründen.

Demgegenüber ließ das BAG jedenfalls einen Zeitraum von 17 Jahren genügen. Denn den Passus, dass es einer über längere Zeit geübten einverständlichen Vertrags- und Zahlungspraxis bedarf, um auf den tatsächlichen Willen der Beteiligten zu schließen, hat es aus einer Entscheidung des Dritten Zivilsenats entnommen, in der dieser eine im Zeitraum zwischen 1971 und 1988 fortwährende Zahlungspraxis als berücksichtigungsfähig erachtete<sup>20</sup>.

Die Untergrenze der maßgeblichen Zeitspanne muss in der Mitte liegen. Es bietet sich hierbei ein Seitenblick auf Zeitspannen an, die nach gesetzlichen Wertungen vergangen sein müssen, damit sich ein Wille für den ande-

ren Teil mit hinreichender Deutlichkeit manifestiert bzw. ein anders lautender Wille nicht mehr gehört wird: Jedenfalls, wenn drei Jahre vergangen sind, dh. ein Schuldner nach der regelmäßigen Verjährungsfrist davor sicher ist, dass ein Anspruch gegen ihn durchgesetzt wird, muss ein Verhalten der Parteien als Indiz zur Ermittlung ihres Willen bei Vertragsschluss herangezogen werden können. Wenn nach diesem Zeitraum die *Prognose* des Schuldners, dass der Gläubiger nicht mehr einfordern wird, was ihm zusteht, durch das eindeutige Wort des Gesetzes zum Faktum wird (denn dann kann der Gläubiger tatsächlich nicht mehr einfordern, was ihm zugestanden hätte), muss ausgehend von einem gleichbleibenden Verhalten der Parteien auch die *Retrognose* erlaubt sein, dass bereits zu einem früheren Zeitpunkt der Wille vorlag, der dieses Verhalten trägt.

Dies muss jedenfalls in Konstellationen gelten, in denen das Verhalten der Parteien innerhalb dieser Zeitspanne hinreichend oft wiederholt wird: Das ist insbesondere der Fall, wenn die Zahlungspraxis sämtliche Vergütungsbestandteile, insbesondere auch das laufende Entgelt, betrifft. Das Verhalten der Parteien, das die Annahme nährt, dass eine statische Fortgeltung des BAT tatsächlich gewollt war, zeigt sich dann nicht nur einige wenige Male, sondern jeden Monat aufs Neue über einen hinreichend langen Zeitraum hinweg.

Eine stimmige Lückenfüllung kann dann, wenn diese Voraussetzungen einer über längere Zeit geübten einverständlichen Vertrags- und Zahlungspraxis vorliegen, nur dahin gehend erfolgen, dass der dynamische Verweis auf den BAT nunmehr als statischer Verweis auf dessen Letztfassung gelesen wird.

## (2) Verwirkung

Auch wenn davon ausgegangen wird, dass die vertragliche Regelungslücke – trotz einer langjährigen entgegenstehenden Vertragspraxis – im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung durch einen dynamischen Verweis auf den TVöD/TV-L zu füllen ist, stellt sich die Frage, ob der Arbeitnehmer sich hierauf tatsächlich noch berufen kann,

17 BAG, 16.11.2011 – 4 AZR 246/10 – juris, Rn. 34.

18 BAG, 18.4.2012 – 4 AZR 392/10 – NZA 2012, 1171, 1174.

19 BAG, 16.11.2011 – 4 AZR 781/09 – AP TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 102, Rn. 26.

20 BGH, 29.4.1993 – III ZR 115/91 1849 – NJW 1993, 1847, 1849.

nachdem er die Vergütungspraxis nach der Letztfassung des BAT jahrelang stillschweigend geduldet hat. Einiges spricht dafür, dass er das Recht, eine Eingruppierung in eine der Vergütungsgruppen des TVöD/TV-L zu verlangen, dann verwirkt haben wird: Zwar hat das BAG in der Vergangenheit offen gelassen, ob das Recht, die Anwendung des Tarifvertrages zu verlangen, der den eigentlich in Bezug genommenen ersetzt, der Verwirkung unterliegt.<sup>21</sup> Es hat aber gleichfalls anklängen lassen, dass selbst das Verlangen, ein Arbeitsverhältnis fortzusetzen, grundsätzlich wegen Verwirkung ausgeschlossen sein kann.<sup>22</sup> Wenn bereits die Möglichkeit, sich darauf zu berufen, dass das Arbeitsverhältnis als Ganzes fortbesteht, der Verwirkung unterliegt, muss dies *a maiore ad minus* gleichfalls für das Recht, sich auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zu bestimmten Konditionen zu berufen, dh. auf die Fortgeltung einzelner Bestandteile der arbeitsvertraglichen Vereinbarung, gelten.

Auch die von der ständigen Rechtsprechung<sup>23</sup> für die Verwirkung definierten Voraussetzungen des Zeit- und des Umstandsmoments liegen dann typischerweise vor: Das Zeitmoment verlangt, dass seit der Möglichkeit, das Recht geltend zu machen, eine längere Zeit verstrichen sein muss; als Orientierungspunkt dient dabei der Zeitraum, innerhalb dessen ein durchschnittlicher Rechtsinhaber sein Recht üblicherweise geltend macht.<sup>24</sup> Ein durchschnittlicher Arbeitnehmer würde sich sehr zeitnah ab dem Zeitpunkt auf die im TVöD/TV-L vorgesehene Vergütung berufen, zu dem ihm hierdurch eine günstigere Vergütung zuteil würde, als diejenige, die in der Endfassung des BAT vorgesehen war. Dies war in der Regel bereits unmittelbar nach Inkrafttreten des TVöD/TV-L der Fall – selbst, wenn man ihm noch einen gewissen Verzögerungsspielraum gewähren mag, würde ein durchschnittlicher Arbeitnehmer jedenfalls nicht erst mehrere Jahre zuwarten, um eine Eingruppierung nach dem TVöD/TV-L zu verlangen.

Beim Umstandsmoment kommt es darauf an, ob der Verpflichtete sich darauf einrichten durfte, dass er mit einer Rechtsausübung durch den Berechtigten nicht mehr zu rechnen brauchte, mit der Folge, dass die verspätete Geltendmachung des Rechts für ihn eine mit Treu und Glauben unvereinbare Härte bedeuten würde.<sup>25</sup> Eine maßgebliche Rolle spielt dabei, ob die Gegenpartei im Vertrauen auf die Nichtgeltendmachung des Rechts Vermögensdispositionen getroffen hat, oder sich in sonstiger Weise hie-

rauf eingerichtet hat.<sup>26</sup> Ein starkes Indiz wäre es wohl auch, wenn in der Folgezeit im Betrieb immer wieder Einstufungen nach dem BAT vorgenommen oder Neueinstufungen abgelehnt wurden, also eine Praxis an den Tag gelegt wurde, angesichts derer sich dem Arbeitnehmer aufdrängen musste, dass weiterhin der BAT für einschlägig befunden wurde, und trotz derer er sich nicht rührte.

## b) Inbezugnahme von Einzelregelung nach Art eines Baukastensystems

Das BAG hat zudem in einem Einzelfall eine Ausnahme von dem oben gezeichneten Grundsatz angenommen, in dem nicht der gesamte Regelungskomplex, sondern nur einzelne Bestimmungen des BAT dynamisch in Bezug genommen worden waren. Dabei lag die Besonderheit darin, dass die in Bezug genommene Regelung lediglich neben weiteren, denselben Regelungsgegenstand betreffenden Regelungen stand und dieses nach Art eines *Baukastensystems* geschaffene Regelungskonglomerat in seiner Gesamtheit einen eigenständigen, gegenüber dem BAT verschiedenen Regelungsgehalt hervorgebracht hat:

- Diese in den AVB zusammengestellte Kombination eigenständiger Regelungen mit der Bezugnahme auf verschiedene Teile mehrerer externer Regelwerke schließt es aus, die AVB dahin auszulegen, dass dann, wenn eines dieser in Bezug genommenen externen Regelwerke in seinem allgemeinen Regelungsbereich durch eine strukturell gänzlich andere Gesamtregelung – sukzessive – ersetzt wird, auch der in Bezug genommene Teil trotz grundsätzlich unverändertem normativen Fortbestand des externen Regelwerkes abgelöst werden soll. Die zum TV-L vereinbarten Vergütungstabellen spiegeln die dem TV-L zu Grunde liegende und vom BAT abweichende Vergütungsstruktur wider. In ihnen ist die Verlängerung der wöchentlichen Arbeitszeit

21 BAG, 12.12.2012 – 4 AZR 65/11 – juris, Rn. 42.

22 BAG, 27.1.2011 – 8 AZR 326/09 – NZA 2011, 1162, 1166.

23 S. nur BGH, 20.7.2010 – EnZR 23/09 – NJW 2011, 212, 213; 381 sowie BAG, 28.5.1998 – 2 AZR 615-97 – NJW 1999, 379, 381.

24 Vgl. nur *Looschelders/Olzen* (Fn. 4), § 242 Rn. 307; *Sutschet* (Fn. 10), § 242 Rn. 137.

25 BGH, 27.6.1957 – II ZR 15/56 – NJW 1957, 1358; BGH, 17.3.1994 – X ZR 16/93 – NJW-RR 1995, 109; BGH, 14.11.2002 – VII ZR 23/02 – NJW 2003, 824; BGH, 30.10.2009 – V ZR 42/09 – NJW 2010, 1074.

26 *Sutschet* (Fn. 10), § 242 Rn. 141; *Mansel* (Fn. 11), § 242 Rn. 61b.

bei gleichzeitiger Flexibilisierung ebenso berücksichtigt wie der Wegfall der familienbezogenen Vergütungsbestandteile und die Schaffung einer neuen Entgeltstruktur mit der Bildung neuer Tarifgruppen. Die vor diesem Hintergrund von den Tarifvertragsparteien vereinbarten Vergütungen können nicht als *Fortsetzung* der Vergütung nach der bisher verbindlichen – und nach wie vor normativ geltenden – Vergütungsstruktur des BAT angesehen werden. Insofern ist es auch von Bedeutung, dass die AVB die jeweilige Geltung der Vergütungsregelungen der den BAT auch ersetzenden Tarifverträge gerade nicht vorgesehen haben.<sup>27</sup>

Auch dieser Ansatz des BAG überzeugt. Ganz deutlich wird dies, wenn man sich die Regelungsstruktur des konkreten Arbeitsvertrags vor Augen führt, der besagter Entscheidung zu Grunde lag: Die Parteien hatten hierin Vertragsbedingungen in Bezug genommen, die ausdrücklich vorsahen, dass sich die Vergütung aus Grundvergütung, Ortszuschlag und evtl. gewährten Zulagen zusammensetzen soll; allein bzgl. der Höhe der Vergütung wurde auf den BAT verwiesen. Die so vertraglich ausdrücklich vereinbarten Elemente der Vergütung entsprachen denjenigen, nach denen auch der BAT noch differenzierte. Mit dem TVöD/TV-L wurde die Unterscheidung nach einzelnen Vergütungsbestandteilen jedoch aufgegeben. Den bereits im Vertrag vorhandenen Regelungen widerspricht es deshalb, den Vertrag dahin gehend zu Ende zu denken, dass dennoch die Vergütungsregelungen des TVöD/TV-L zur Anwendung gelangen sollen. Denn der TVöD/TV-L bildet die im BAT festgelegte Vergütungsstruktur, die in das Regelungsprogramm der Parteien fest integriert ist, nicht mehr ab.

Deshalb drängt sich auch hier auf, den Vertrag dahingehend zu ergänzen, dass im Falle einer Tarifsukzession die Vergütungsregelungen des BAT in seiner Letztfassung gelten sollen.<sup>28</sup> Allein diese Lösung ist sinnvoll, da sie weiterhin die Regelungsstruktur erhalten kann, die sich aus der Gesamtschau des Arbeitsvertrages ergibt.

#### 4. Was vom Grundsatz bleibt und weitere Ausnahme

Dass das BAG in den oben genannten Konstellationen nicht den Weg geht, den TVöD/TV-L mit seinem Inkrafttreten zum Bezugnahmeobjekt arbeitsvertraglicher zeit-

dynamischer Bezugnahmen anstelle des BAT zu erheben, ist richtig. Dann, wenn die simpelste aller denkbaren Konstellationen vorliegt und der Arbeitsvertrag umfassend zeitdynamisch auf den BAT verweist<sup>29</sup>, drängt sich hingegen der hypothetische Parteiwille auf, dass die Vertragsparteien das Schicksal der arbeitsvertraglichen Regelungen insgesamt in die Hände der Tarifvertragsparteien legen wollten. Schließlich lässt die arbeitsvertragliche Konstruktion keinen Zweifel daran, dass die Arbeitsvertragsparteien es den mit Bedacht ausgewählten Tarifvertragsparteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zuge-  
traut haben, ein insgesamt ausgewogenes Regelungssystem zu schaffen. Dieser Gedanke, der die Arbeitsvertragsparteien dazu veranlasst, die Regelung des Arbeitsverhältnisses an Dritte zu delegieren, trägt unabhängig davon, ob selbige das ursprünglich in Bezug genommene Regelwerk fortentwickeln oder ein neues Regelwerk schaffen: Der Weg führt deshalb in dieser Konstellation zum TVöD/TV-L. Er ist aber, entgegen der bisherigen Linie des BAG, auch dann nicht gangbar, wenn nur einzelne Regelungen in Bezug genommen werden.

#### a) Fundamentalkritik an der Rechtsprechung zur Inbezugnahme von Einzelregelungen

Das BAG hat es bisher als ausreichend erachtet, dass die ursprüngliche Bezugnahme auf den BAT nicht vollumfänglich erfolgt, sondern nur einzelne Regelungskomplexe betrifft (namentlich die Regelungen zu Vergütung, Urlaub und/oder Arbeitszeit), damit zuletzt der TVöD/TV-L den Vertragsinhalt in den entsprechenden Regelungsbereichen bestimmt. Das lassen folgende Ausführungen zu in Bezug genommenen Vergütungsregelungen erkennen:

- Aus der dynamischen Ausgestaltung der Bezugnahme auf das tarifliche Regelwerk ergibt sich zum einen der Wille der Parteien, die Vergütung nicht in einer bestimmten Höhe bis zu einer Vertragsänderung festzuschreiben, sondern sie – dynamisch – an der jeweiligen Höhe der Vergütung der Angestellten im öffentlichen Dienst auszurichten. Deshalb hätten die Parteien redli-

<sup>27</sup> BAG, 10.6.2009 – 4 AZR 194/08 – AP BGB § 157 Nr. 38, Rn. 43.

<sup>28</sup> So auch BAG, 10.6.2009 – 4 AZR 194/08 – AP BGB § 157 Nr. 38, Rn. 45.

<sup>29</sup> Vgl. hierzu etwa BAG, 16.11.2011 – 4 AZR 781/09 – AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 102, Rn. 23.

cherweise für den Fall einer Tarifsukzession das dem im Arbeitsvertrag benannten tariflichen Regelungswerk nachfolgende tarifliche Regelungswerk vereinbart, weil ein Einfrieren der Vergütung auf den Zeitpunkt der Tarifsukzession nicht ihren Interessen entsprach (vgl. BAG, 9.6.2010 – 5 AZR 122/09 – juris; 19.5.2010 – 4 AZR 796/08 – NZA 2010, 1183; 16.12.2009 – 5 AZR 888/08 – EzA TVG § 3 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 44). Zum anderen haben sich die Parteien mit der dynamischen Ausgestaltung der Bezugnahme auf das tarifliche Regelungswerk für die Zukunft der Regelungsmacht der Tarifvertragsparteien des öffentlichen Dienstes anvertraut. Die mit der Tarifsukzession verbundene Änderung der Tarifwerke wirkt nicht anders auf den Arbeitsvertrag ein als eine (tiefgreifende) inhaltliche Änderung des im Arbeitsvertrag benannten Tarifvertrags. Mit dem Nachvollziehen der Tarifsukzession auf arbeitsvertraglicher Ebene werden die Parteien nicht anders gestellt, als sie stünden, wenn die Tarifvertragsparteien des öffentlichen Dienstes den BAT reformiert und ihm einen neuen Inhalt gegeben hätten.<sup>30</sup>

Da der Arbeitsvertrag in dieser Konstellation die jeweilige Materie allein durch den Verweis auf den BAT regelt und keine sonstigen Regelungen enthält, schafft er in Abweichung zu der bereits dargestellten Konstellation kein eigenständiges Regelungssystem nach Art eines Baukastensystems. Die Vertragskonstruktion, in der das BAG es in der Vergangenheit ausdrücklich abgelehnt hat, den Parteien im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung einen dynamischen Verweis auf den TVöD/TV-L in den Mund zu legen, liegt somit nicht vor.

Doch scheint es auch – entgegen der bisherigen Rechtsprechungspraxis des BAG – nicht sachgerecht, eine arbeitsvertragliche dynamische Bezugnahme Klausel die Ersetzung des BAT durch den TvÖD/TV-L mit vollziehen zu lassen, wenn sie sich nur auf einzelne Regelungskomplexe bezieht. Dass dies dem Willen redlicher Parteien nicht entsprochen haben kann, wird offenbar, wenn man sich die Entwicklungsdynamik eines Tarifwerkes vergegenwärtigt: Erfahrungsgemäß bleibt das Regelungsgefüge, in das sich die einzelnen Regelungskomplexe einpassen, im Zuge tarifvertraglicher Änderungen erhalten bzw. unterliegt nur geringfügigen Verschiebungen. In diesem Sinne ist *a priori* davon auszugehen, dass Veränderungen einzelner Regelungen nur sukzessive erfolgen, da die Grundstruktur, die nach Maß-

gabe der Tarifvertragsparteien ein ausgewogenes Verhältnis einzelner Regelungen herzustellen bezweckt, im Großen und Ganzen beibehalten wird. Anders sieht es jedoch aus, wenn ein vollständig neues Tarifwerk vereinbart wird: Denn dann werden die Tarifvertragsparteien es gerade als notwendig befunden haben, *tabula rasa* zu machen und ein vollständig neues Regelungsgefüge zu schaffen. Dadurch, dass die Angemessenheit des Tarifwerkes sich aus Warte der Tarifvertragsparteien erst in der Gesamtschau der Regelungen ergibt, kann es sein, dass in einem Regelungskomplex signifikante Verschlechterungen zu Lasten der tarifgebundenen Arbeitnehmer oder Arbeitgeber vorgenommen werden, die an anderer Stelle durch Begünstigungen aufgewogen werden. Vom Willen der Tarifvertragsparteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses kann es aber nicht gedeckt sein, unerwartet an eine Entwicklung gebunden zu sein, die nur für eine von ihnen ungünstig ist, da der Arbeitsvertrag den an anderer Stelle im Tarifvertrag vorgesehenen Vorteil nicht aufgreift. Das Argument des BAG, die mit der Tarifsukzession verbundene Änderung der Tarifwerke wirke nicht anders auf den Arbeitsvertrag ein als eine (tiefgreifende) inhaltliche Änderung des im Arbeitsvertrag benannten Tarifvertrages<sup>31</sup>, überzeugt nicht. Zuzugeben ist, dass die Tarifvertragsparteien sehenden Auges in Kauf nehmen, dass es durch eine Veränderung des in Bezug genommenen Tarifwerkes zu solch tiefgreifenden Veränderung kommen kann. Die Wahrscheinlichkeit, dass sich dieses Risiko realisiert, ist aber, da ein bestimmtes Regelungsgefüge gerade schon vorgesehen ist, geringer als wenn die Tarifvertragsparteien darüber einig sind, dass ein gänzlich anderes Tarifwerk geschaffen werden muss. Dass die Vertragsparteien den damaligen *status quo* der in Bezug genommenen Regelungen des BAT als Prognosegrundlage für eine zukünftige sukzessive Entwicklung verstanden haben, steht damit einer Lückenfüllung über einen dynamischen Verweis auf den TVöD entgegen.

30 BAG, 10.11.2010 – 5 AZR 633/09 – juris, Rn. 20 f.; ebenso BAG, 23.3.2011 – 5 AZR 153/10 – juris, Rn. 18 f. sowie – bzgl. eines Verweises auf Regelungen zur Arbeitszeit – BAG, 23.3.2011 – 10 AZR 831/09 – juris, Rn. 22 f.

31 BAG, 10.11.2010 – 5 AZR 633/09 – juris, Rn. 20 f.; ebenso BAG, 23.3.2011 – 5 AZR 153/10 – juris, Rn. 18 f. sowie – zgl. eines Verweises auf Regelungen zur Arbeitszeit – BAG, 23.3.2011 – 10 AZR 831/09 – juris, Rn. 22 f.

**b) Alternative Lückenfüllung: statischer Verweis auf BAT oder dynamischer Verweis auf Firmentarifvertrag**

Scheidet ein dynamischer Verweis auf den TVöD/TV-L aus, weil bloß einzelne Regelungen des BAT pauschal in Bezug genommen worden sind, stellt sich die Folgefrage, wie die entstandene Regelungslücke dann zu schließen ist. Da die Arbeitsvertragsparteien die Entwicklungstendenzen des BAT kalkuliert haben, sprechen gute Gründe dafür, dass redliche Parteien die Vergütungsregelungen der Letztfassung des BAT zementiert haben würden, die Regelungslücke folglich über einen statischen Verweis auf diesen zu schließen ist. Auch dies lässt sich mit der ursprünglich vorgesehenen Regelungsstruktur insofern vereinbaren, als jedenfalls das Tarifwerk beibehalten wird, das in Bezug genommen ist.

Zu einem anderen Auslegungsergebnis kann die ergänzende Vertragsauslegung aber gelangen, wenn ein spezieller Firmentarifvertrag vorliegt. Allerdings hat das BAG in der Vergangenheit ausdrücklich klargestellt, dass auch die Existenz eines spezielleren Tarifwerkes, das an sich sachnähere Regelungen enthält, an dem Ergebnis nichts zu ändern vermag, dass die Regelungslücke durch einen dynamischen Verweis auf den TVöD/TV-L zu schließen ist:

- Für die Annahme der Bekl., lückenfüllend solle anstelle eines Tarifvertrages mit einem bundesweiten Geltungsbereich ein für das Unternehmen der Bekl. in einigen Bundesländern geltender Haustarifvertrag zur Anwendung kommen, der im Wesentlichen auf den sog. DRK-Reformtarifvertrag verweist, fehlt es an Anhaltspunkten. Gegen einen Willen der Parteien des Arbeitsvertrages, eine etwaige Regelungslücke durch dann bestehende speziellere Tarifregelungen zu schließen, spricht im Übrigen auch, dass sie für das im Jahre 1988 begründete Arbeitsverhältnis nicht auf die (Vorgänger-) Regelungen des Tarifvertrages über Arbeitsbedingungen für Angestellte, Arbeiter und Auszubildende des Deutschen Roten Kreuzes vom 31.1.1984 und dessen Änderungsstarifverträge verwiesen haben. Darüber hinaus bestand bei Eintritt der vertraglichen Regelungslücke spätestens am 1.11.2006 der Haustarifvertrag noch nicht. Auch fehlt es an Anhaltspunkten, die Parteien hätten – wie es die Bekl. meint – in einem solchen Fall dem Arbeitnehmer ein Wahlrecht zwischen den später geschlossenen Haustarifverträgen eingeräumt. Ein

anderes Auslegungsergebnis lässt sich entgegen der Auffassung der Bekl. nicht damit begründen, der Haustarifvertrag sei gegenüber den Nachfolgetarifverträgen für den öffentlichen Dienst der *speziellere* Tarifvertrag. Es handelt sich bei dem Prinzip der Sachnähe oder Spezialität um eine tarifrechtliche Kollisionsregel, die dazu dient, eine Tarifkonkurrenz aufzulösen (BAG, 9.12.2009 – 4 AZR 190/08 – AP Nr. 48 zu § 3 TVG, Rn. 49). Für die ergänzende Vertragsauslegung ist das tarifrechtliche Prinzip der Spezialität ohne Belang, sofern sich nicht aus dem Regelungsplan des Arbeitsvertrages mit hinreichender Deutlichkeit Gegenteiliges ergibt (BAG, 9.6.2010 – 5 AZR 122/09 – juris, Rn. 24).<sup>32</sup>

Das stimmt sicherlich, wenn vollumfänglich auf den BAT verwiesen worden ist. Denn würde man in diesem Fall den Firmentarifvertrag die arbeitsvertragliche Lücke ausfüllen lassen, nachdem der TVöD/TV-L durch den BAT abgelöst worden ist, ließe sich das allenfalls auf die Begründung stützen, dass der Firmentarifvertrag speziellere Regelungen enthält. Dafür aber, dass die Arbeitsvertragsparteien dem Empfinden der Tarifvertragsparteien misstraut hätten, ein insgesamt ausgewogenes Regelungsgefüge zu schaffen, und eine Austarierung der Interessen eher in die Hände der Tarifvertragsparteien des Firmentarifvertrages gelegt hätten, bietet eine bloße Bezugnahme auf den gesamten BAT tatsächlich keine Anhaltspunkte. Das Spezialitätsprinzip ist, wie das BAG richtig erkennt, nicht einschlägig, weil es nicht darum geht, eine Tarifkonkurrenz aufzulösen, sondern darum, das Regelungskonzept eines Arbeitsvertrages stimmig fortzuentwickeln.

Anders stellt sich die Situation aber uU. dar, wenn einzelne Regelungen des BAT in Bezug genommen worden sind und ein speziellerer Firmentarifvertrag vorliegt. Der oben entwickelte Ansatz zeigt, dass es bei der Anwendung des Firmentarifvertrages über die arbeitsvertragliche Bezugnahme Klausel auf eine einzelne Regelung des BAT nicht darum geht, das Spezialitätsprinzip schematisch zu übertragen: Redliche Parteien hätten einem dynamischen Verweis auf den TVöD/TV-L einem solchen auf den Haustarifvertrag nicht vorgezogen, weil das Gesamtwerk pauschal als sachnäher zu qualifizieren ist, sondern weil die

<sup>32</sup> BAG, 16.11.2011 – 4 AZR 781/09 – AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 102, Rn. 20 f. sowie BAG, 16.11.2011 – 4 AZR 246/10 – juris, Rn. 26 f.

Wahrscheinlichkeit, dass die Tarifvertragsparteien arbeitsvertragliche Bezugnahmen auf einzelne Klauseln bei der Gestaltung des Tarifvertrages berücksichtigen, bei dieser Lösung größer ist als bei jener. Schließlich haben die Tarifvertragsparteien eines Haustarifvertrages, an den der Arbeitgeber gebunden ist, im Blick, dass dieser Arbeitgeber in Einzelarbeitsverträge Verweisungen auf Einzelregelungen des Tarifwerkes aufgenommen hat. Die Tarifvertragsparteien des TVöD/TV-L können hingegen nicht die Interessen sämtlicher fremder – weil nicht tarifgebundener – Arbeitgeber und deren Arbeitnehmer berücksichtigen, die unter Umständen arbeitsvertraglich auf ihre Tarifverträge verweisen. Als konkreter Anhaltspunkt für diese Lückenfüllung muss es entgegen der Rechtsprechung des BAG ausreichen, dass die Vertragsparteien ausdrücklich auf die den BAT ersetzenden Tarifwerke hätten Bezug nehmen können, wenn sie das Risiko, der Vertragsinhalt könne durch Schaffung eines vollständig neuen Tarifwerkes *auf den Kopf gestellt werden*, nicht gescheut hätten.

Hält man eine Lückenfüllung sowohl über einen dynamischen Verweis auf den Firmentarifvertrag als auch über einen statischen Verweis auf die Letztfassung des BAT für möglich, muss die ergänzende Vertragslösung scheitern, wenn man es für unsicher hält, welcher Lösung die Parteien den Vorzug gegeben hätten. In diesem Fall bliebe die Vergütung unregelt, so dass auf § 612 Abs. 2 BGB zurückzugreifen wäre. Als vereinbart anzusehen wäre folglich die übliche Vergütung und somit die tarifliche.<sup>33</sup> Da bei der Frage der tariflichen Vergütung das Spezialitätsprinzip unbestritten greift, müsste sich die Vergütung dann folglich nach dem Firmentarifvertrag richten.

### III. Schlussfolgerung

Das BAG ist *lege artis* zu dem Ergebnis gelangt, dass an die Stelle des umfassend in Bezug genommenen BAT mit der Tarifsukzession dessen Nachfolgeregelungswerk treten muss. Das ist ganz im Sinne seiner bisherigen Andeutungen nicht haltbar, wenn über mehrere Jahre hinweg die

Letztfassung des BAT angewandt worden ist, da dann der tatsächliche Parteiwille entgegen steht. Ebenfalls richtig ist, dass die Erfurter Richter ausdrücklich entschieden haben, dass der TVöD/TV-L auch dann nicht maßgeblich sein kann, wenn dessen Regelungen sich nicht stimmig in einen Regelungskomplex, der nach Art eines Baukastensystems geschaffen worden ist, einfügen ließen. Dem hypothetischen Parteiwillen entspricht es in beiden Fällen, den Vertrag um eine statische Verweisung auf die Letztfassung des BAT zu ergänzen.

Nicht mit den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung zu vereinbaren ist allerdings die ständige Rechtsprechungspraxis in Fällen, in denen bloß einzelne Regelungskomplexe des BAT in Bezug genommen worden sind. Dem hypothetischen Parteiwillen entspricht es dann nicht, dass an die Stelle der Regelungen des BAT deren Entsprechungen im TVöD/TV-L als Bezugnahmeobjekt treten. Vielmehr gebietet die ergänzende Vertragsauslegung dann entweder auch einen statischen Verweis auf die Letztfassung des BAT oder aber einen dynamischen Verweis auf einen etwaigen Firmentarifvertrag, liegt er denn vor. Die Faustregel, die ergänzende Vertragsauslegung führe dazu, dass der Arbeitsvertrag die Tarifsukzession stets mit vollzieht, erweist sich vor diesem Hintergrund als unzutreffend. Denn Bezugnahmen auf einzelne Regelungen des BAT werden mindestens ebenso häufig sein wie umfassende Bezugnahmen auf das gesamte Tarifwerk. Erfurt mag erwägen, sich auf den Zweck des Instituts der ergänzenden Vertragsauslegung zu besinnen, nämlich Individualverträge unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelvertrages zu vervollständigen. Eine allzu großzügige Gleichbehandlung grundsätzlich verschiedener Konstellationen, wie sie das BAG jedenfalls teilweise befürwortete, sollte korrigiert werden.

<sup>33</sup> Preis, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 15. Aufl., München 2015, § 612 Rn. 38.

## Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht

Habilitationsschrift von Felix Hartmann, 2014, Mohr Siebeck, Tübingen, 521 S. (ISBN 978-3-16-152539-1), 89,- €, erschienen als Band 11 der Schriftenreihe Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen (HeiRA)

Die Geschichte der Tarifautonomie war historisch zunächst ein Kampf um die Anerkennung der kollektiven Akteure und der Kollektivverträge als Gestaltungsfaktoren für eine gerechte Arbeitsordnung. Der Blick auf die sog. Außenseiter war geprägt von der Perspektive der Gewerkschaften, aus der dieser Profiteur, nicht bevormundetes Individuum ist<sup>1</sup>. Der Schutz der individuellen Freiheit des nicht-organisierten Arbeitnehmers ist nach dem heute vorherrschenden Verständnis grundrechtlich durch die negative Koalitionsfreiheit und durch die Arbeitsvertragsfreiheit als Ausprägung der Berufsfreiheit gesichert. Der Schutz vor der tariflichen Normsetzung wird dabei überwiegend, wenn auch nicht unstreitig, Art. 12 Abs. 1 GG zugeordnet. An diesem Punkt setzt die Habilitationsschrift von *Felix Hartmann* an, die den Schutz der negativen Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Recht ausleuchtet und dabei die Legitimation der Tarifvertragsparteien zur Tarifnormsetzung gegenüber den Außenseitern in den Vordergrund rückt. *Hartmann* bezieht seine Ergebnisse nicht primär aus verfassungsrechtlichen Erwägungen. Anknüpfend an seine akademischen Lehrer, *Picker* und *Lobinger*, unternimmt er eine privatrechtliche Rekonstruktion des Tarifvertragsrechts. Auf dieser – einfachrechtlichen – Grundlage interpretiert er nicht nur das Tarifvertragsrecht, sondern auch die Verfassung. Dass er dies als historisch informierte Arbeitsrechtsdogmatik bezeichnet (S. 156 ff.), kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Grundrechte normhierarchisch übergeordnet sind, so dass eine solche Hypothese auch als Interpretation der Verfassung überzeugen muss.

Die Arbeit ist getragen von einer individualistischen Perspektive, die an das inzwischen überwiegend favorisierte Verständnis der Tarifautonomie als kollektiv ausgeübter Privatautonomie anknüpft. *Hartmann* stellt dabei zu Recht fest, dass dieser grundsätzliche Wandel im Verständnis der Tarifautonomie in der Rechtsprechung nicht in jeder Hinsicht zu einer konsequenten Neuausrichtung

in allen Folgefragen geführt hat. Vor allem kritisiert er die Vernachlässigung der individuellen Freiheit der Außenseiter. *Hartmann* beschreibt den Konflikt zwischen Privat- und Kollektivautonomie, der mit dem Tarifvertragsrecht einhergeht, vor allem als Freiheitsproblem des (organisierten wie nicht-organisierten) Individuums. Die eigenständige Bedeutung der kollektiven Koalitionsfreiheit scheint damit zu verschwinden, zumal *Hartmann* feststellt, dass gegenwärtig autonome und delegatarische Ansätze einander überlagern, was in »Atavismen, wie sie etwa in der Lehre von der Koalitionsfreiheit als Doppelgrundrecht zutage« trete (S. 117). Ob er die kollektive Koalitionsfreiheit generell oder zumindest die Tarifautonomie als Teil der grundrechtlichen Gewährleistung nicht mehr als verfassungsrechtlich gewährleistet ansieht, kann der Leser nur erahnen.

### I. Schutz der negativen Tarifvertragsfreiheit im deutschen Recht und Reintegration tarifvertraglicher Normsetzung ins Privatrecht

Zur systematischen Problemanalyse identifiziert *Hartmann* zu Anfang die Bereiche der Rechtsordnung, in denen tarifvertragliche Normen unmittelbar oder mittelbar rechtliche Wirkung für die Außenseiter erlangen. Da für ihn die Legitimation der Tarifvertragsparteien im Vordergrund steht, differenziert er überzeugend zwischen tarifvertraglichen Regelungen, die aus sich selbst heraus Drittwirkung entfalten (§ 3 Abs. 2 TVG), die durch einen staatlichen Geltungsakt Drittwirkung erlangen (§ 5 TVG, § 3a AÜG, § 7 AEntG) und solchen, die durch faktischen Druck zur Geltung kommen (Tariftreueerklärung im Vergaberecht). Will man damit die graduelle Abstufung mit Rücksicht auf die staatliche Einwirkung darstellen, sollte die Tariftreueerklärung noch vor den Fällen der staatlichen Geltungserstreckung rangieren.

Im zweiten Kapitel setzt sich *Hartmann* zunächst mit der verfassungsrechtlichen Diskussion der negativen Tarifvertragsfreiheit auseinander. Die Beschränkung der nega-

<sup>1</sup> »They wear the uniform without paying the cloths.«, »d'avoir le beurre sans le payer« zitiert nach *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. I, 1997, S. 380.

tiven Koalitionsfreiheit auf ein Fernbleiberecht und damit auf den Schutz vor Beitrittszwang weist er als zu formal zurück (S. 60 ff.), entwickelt an dieser Stelle aber noch kein substantiell eigenes Konzept. Neben Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG ordnet den Schutz der Freiheit des Außenseiters der Arbeitsvertragsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG zu. Insgesamt erachtet er die verfassungsrechtliche Diskussion aufgrund des übermäßigen Aufwands für unbefriedigend, zumal die verfassungsrechtlich gebotene Abwägung keine trennscharfen Kriterien produziere (S. 70).

*Hartmann* arbeitet heraus, dass die zentralen Probleme der Geltungserstreckung auf den Außenseiter der damit verbundene Eingriff in dessen Arbeitsvertragsfreiheit und die mangelnde Berücksichtigung des Demokratieprinzips sind, weil die Tarifvertragsparteien für den Außenseiter weder autonom noch demokratisch legitimierte Normgeber seien. *Hartmann* geht nicht nur in diesem Punkt, sondern in der gesamten Darstellung konsequent von einer klaren Dichotomie zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, zwischen Selbstbestimmung und Fremdbestimmung sowie zwischen autonomem Individuum und Staat aus. Die rechtliche Anerkennung »intermediärer Gewalten« weist er als soziologische Sichtweise zurück. Eine Legitimation der Koalitionen aus staatlicher Delegation oder eigenem Recht lehnt er ab und interpretiert ihre Normsetzung strikt als kollektiv ausgeübte Privatautonomie. Sofern den Tarifvertragsparteien – wie *Hartmann* meint – keine eigenständige rechtliche Position im Verhältnis zum Gesetzgeber zuerkannt wird, stellt sich zudem die Frage nach der demokratischen Legitimation umso dringlicher. Das soll nicht darüber hinweggehen, dass selbst bei Anerkennung einer Normsetzungsprerogative der Tarifvertragsparteien das Demokratieprinzip, insbesondere Art. 80 GG und der Wesentlichkeitsgrundsatz, in der verfassungsrechtlichen Diskussion mitzudenken ist. Es erlangt jedoch eine ungleich gewichtigere Stellung, wenn den Tarifvertragsparteien keine verfassungsrechtlich geschützte Rechtsposition beim Abschluss von Kollektivverträgen eingeräumt wird. *Hartmann* spricht sich schließlich gegen jede Überlagerung von autonomen und delegatarischen Ansätzen aus, weil sich die Legitimation der Tarifvertragsparteien so grundlegend unterscheidet, dass sie schlicht unvereinbar seien. Diese Unversöhnlichkeit zwingt den Autor dazu, das gesamte Tarifvertragsrecht rechtsgeschäftlich zu konstruieren, und steht sowohl einer »Indienstnahme« der Tarifvertragsparteien als sachnahem

Akteur im Wege und schränkt darüber hinaus die Normsetzung zugunsten der eigenen Mitglieder wegen des Zugriffs auf den Außenseiter selbst dann ein, wenn eine Regelung sonst tatsächlich oder praktisch unmöglich wird (vgl. § 3 Abs. 2 TVG). Das damit selbst nach *Hartmanns* Verständnis die Freiheit des organisierten Arbeitnehmers und des Arbeitgebers betroffen ist, findet jedenfalls keine verfassungsrechtliche Würdigung.

Vor diesem Hintergrund beschreibt *Hartmann* die Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien als eine privatrechtlich-mandatarische, die sich auf die autonome Legitimation durch ihre Mitglieder stützt (S. 126 ff.). Dabei kommt es ihm darauf an, die unmittelbare und zwingende Tarifnormgeltung privatrechtlich zu konstruieren, weil das Verständnis einer privatautonom legitimierten Kollektivautonomie nach seinem Verständnis mehr verlange als eine bloße Entscheidung über den Beitritt oder den Austritt aus dem Verband. Die »normative« Wirkung des Tarifvertrages setze am Beitritt als privatautonomem Akt an, der zugleich ein Legitimationsakt zwischen Vollmacht und Ermächtigung sei (S. 151). Dass es sich dann – im Gegensatz zu § 4 Abs. 1 S. 1 TVG – nicht mehr um eine normative Wirkung des Tarifvertrages, sondern eine rechtsgeschäftliche Wirkung handelt, sieht er nicht als Hindernis an, weil die legitimatorische Betrachtung sein Verständnis dominiert.

Bei der privatrechtlichen Begründung im Detail stößt *Hartmann* aber merklich an die Grenzen seines Konzepts. Er versteht den Beitritt als unwiderrufliche Bevollmächtigung und schiebt die privatrechtlichen Einwände gegen solche Vollmachten damit beiseite, dass diese im Interesse des Mitglieds wahrgenommen werde und ihre Unwiderruflichkeit erst die Voraussetzungen für die effektive Interessenwahrnehmung schaffe (S. 147). Auch in einem weiteren Punkt bedarf es der Konzession: während Vollmachten der Erweiterung der Handlungsmöglichkeiten des Vertretenen dienen, haben sie im Tarifvertragsrecht nach *Hartmanns* Verständnis verdrängende Wirkung, so dass das Mitglied die Möglichkeit zu privatautonomem Handeln partiell einbüßt (S. 148 f.). Verdrängende Vollmachten sind für das Privatrecht gerade wegen des Konflikts mit der Privatautonomie des Vertretenen vollkommen atypisch. Insoweit geht die zwingende Wirkung des Tarifvertrages eben doch über das hinaus, was sich bei einer vertragsrechtlichen Konstruktion argumentieren lässt.

Im Anschluss daran (re-)konstruiert der Autor § 3 Abs. 3 TVG und § 4 Abs. 5 TVG, um sie in seine privatrechtliche Konzeption zu integrieren. Für die Nachbindung verweist er darauf, dass die »Verbandsmitglieder wissen, dass die jeweilige Gegenseite zu einem Tarifabschluss nur bereit sein wird, wenn die Normgeltung für einen gewissen Zeitraum gesichert ist« (S. 152). Inwieweit dies Teil der rechtsgeschäftlichen Erklärung, Motiv oder Fiktion ist, klärt *Hartmann* nicht auf. Ähnliche Probleme ergeben für die Nachwirkung, bei der er annimmt, dass sich der vereinbarungsoffene Bestandsschutz »aber durchaus auf den Willen der Beteiligten zurückführen« lasse (S. 154). Zu welchen Korrekturen der Autor sich genötigt sieht, macht auch seine Beschreibung des Günstigkeitsprinzips deutlich, dem auch für ihn kein rein subjektiver Maßstab zugrunde liegen könne, um die Überwindung vertraglicher Imparitäten als Funktion der Tarifautonomie nicht in Frage zu stellen. All das zeigt, dass das Privatrecht in entscheidenden Punkten nicht die Leistungsfähigkeit besitzt, um die bestehenden gesetzlichen Regelungen zum Tarifvertragsrecht rechtsgeschäftlich zu rekonstruieren.

In der Konsequenz dieser privatrechtlich-mandatari-schen Legitimation tarifvertraglicher Normsetzung korrigiert *Hartmann* § 3 Abs. 2 TVG und § 5 TVG. Betriebsnormen sind danach nur als nicht-belastende Tarifnormen zulässig. Die damit verbundene Marginalisierung von § 3 Abs. 2 TVG nimmt der Verfasser in Kauf und lehnt erneut eine Kombination delegatarischer und autonomer Legitimation ab, selbst wenn der Schutz des Außenseiters dem bei staatlicher Gesetzgebung vergleichbar wäre. Betriebsnormen seien ein Vertrag zugunsten Dritter. Das Bedürfnis nach betriebseinheitlichen Regelungen sei durch Betriebsvereinbarungen zu befriedigen. Inwieweit sich das mit Art. 9 Abs. 3 GG und dem aus § 77 Abs. 3 und § 87 Einleitungssatz BetrVG ergebenden Verhältnis von Tarif- und Betriebsautonomie vereinbaren lässt, erörtert *Hartmann* jedoch nicht. Wegen seiner individualistischen Sichtweise erlangt Art. 9 Abs. 3 GG als kollektives Grundrecht insoweit für ihn wohl keine Bedeutung, aber auch der Konflikt mit den grundrechtlich geschützten Interessen der organisierten Arbeitnehmer und Arbeitgeber wird nicht explizit aufgelöst.

Darüber hinaus hält *Hartmann* fest, dass jede Tarifnormerstreckung durch staatlichen Geltungsbefehl systemfremd sei und jedenfalls keine belastende Außensei-

terwirkung decke. Die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen will er daher auf Regelungen über gemeinschaftliche Einrichtungen beschränken und verlangt zugleich, dass die Allgemeinverbindlicherklärung stärker davon abhängen müsse, ob es (präsen-te) staatliche Regelungsalternativen im Sinne eines mildereren Mittels gebe.

## II. Schutz der negativen Tarifvertragsfreiheit im europäischen Recht

Auf der Grundlage dieser Konzeption resümiert *Hartmann*, dass Art. 9 Abs. 3 GG angesichts der privatrechtlichen Rekonstruktion der Tarifautonomie für den »historisch-informierten« Leser auch die negative Tarifvertragsfreiheit schütze. Das camoufliert aber nur das methodische Problem, dass eine Grundrechtsauslegung nicht nach den Vorstellungen des einfachen Rechts vorgenommen werden kann. Im Ergebnis verweist er darauf, dass der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG nicht entscheidend sei, weil die Geltungserstreckung von tariflichen Normen vor allem die Arbeitsvertragsfreiheit betreffe. *Hartmann* weist der Arbeitsvertragsfreiheit und dem Demokratieprinzip die zentrale Rolle beim Schutz des Außenseiters zu. Darüber hinaus will er den Begriff der negativen Tarifvertragsfreiheit als eigenen Begriff prägen. Den Nachteil, dass auf diese Weise die verfassungsrechtliche, aber auch die einfach-rechtliche Verortung dieser Freiheit nicht deutlich zum Ausdruck, nimmt er hin.

Im dritten Kapitel setzt sich *Hartmann* mit europäischem und internationalem Arbeitsrecht und dem dort verankerten Schutz der negativen Tarifvertragsfreiheit auseinander. Er referiert dabei nicht nur den Stand der Rechtsentwicklung zu Art. 11 EMRK. Er geht auf ihre Verankerung in der Grundrechtecharta der EU ein und nimmt dabei insbesondere die Vereinigungsfreiheit und das Recht auf Kollektivverhandlungen und kollektive Maßnahmen nach Art. 12 und 28 GRC in den Blick. Daneben verweist er auf die Berufsfreiheit sowie die unternehmerische Freiheit nach Art. 15 und 16 GRC. Zugleich arbeitet er zutreffend heraus, dass die Grundfreiheiten, die auf die Herstellung und Wahrung des Binnenmarktes ausgerichtet sind, keinen finalen oder umfassenden Schutz für die negative Tarifvertragsfreiheit gewährleisten. Eine rechtliche Grundlage für einen Schutz der individuellen Freiheit kann sich nur aus den Freiheitsrechten ergeben,

wenn und soweit sie in der EMRK und der GRC garantiert sind.

*Hartmann* geht zu Recht davon aus, dass sich aus der EMRK nach dem gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung des EGMR kein Schutz der negativen Tarifvertragsfreiheit ergibt. Dafür spricht auch das Fehlen eines einheitlichen Standards in den Konventionsstaaten. Angesichts des privatautonom-mandatarischen Ansatzes, der nach *Hartmanns* Verständnis mit der Vorstellung von einer Koalitionsfreiheit als Doppelgrundrecht in Konflikt zu stehen scheint, überrascht es, dass der Autor sich nur am Rande mit den Folgerungen beschäftigt, die sich aus der Gewährleistung der kollektiven Koalitionsfreiheit und insbesondere aus der Garantie des Rechts auf Kollektivverhandlungen in Art. 11 EMRK und Art. 6 ESC auseinandersetzen. Insofern wirkt die EMRK auf das nationale Grundrechtsverständnis ein und für die nationalen Gerichte besteht zudem die Pflicht zur völkerrechtsfreundlichen Auslegung des Grundgesetzes. Insofern hätte die Frage nahegelegen, ob die gebotene völkerrechtsfreundliche Auslegung des Grundgesetzes seiner privatrechtlich-informierten Verfassungsverstehens Grenzen aufzeigt.

Für die Anerkennung der negativen Tarifvertragsfreiheit durch die GRC knüpft *Hartmann* nahe liegender Weise an die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *Werhof* an, wobei er daran zweifelt, ob der EuGH damit tatsächlich eine negative Tarifvertragsfreiheit anerkennt, weil die in Bezug genommene Rechtsprechung des EGMR zu Art. 11 Abs. 1 EMRK lediglich einen Schutz vor Beitrittszwang als garantiert ansieht. Diese Zweifel überwindet er durch einen Gegenschluss aus der Rechtssache *Alemo-Herron*, in der der EuGH den Eingriff in die negative Tarifvertragsfreiheit ablehnt, weil der Arbeitgeber nicht durch einen Verbandsbeitritt auf den Inhalt der Tarifverträge einwirken kann. Ob die Entscheidung des EuGH in den zitierten Passagen auf einer Überzeugung von einem grundrechtlichen Schutz der negativen Tarifvertragsfreiheit beruht oder auf einer teleologischen Auslegung des Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 2001/23/EG, ist wegen der kryptischen Entscheidungsgründe nicht zweifelsfrei und wird sich noch erweisen müssen. *Hartmann* beschränkt sich insoweit auf eine Entscheidungsanalyse, ohne darüber hinausgehend eine eigene Interpretation vorzunehmen.

Abschließend geht der Verfasser auf die Vertragsfreiheit ein, für deren Schutz er in Art. 16 GRC die entscheidende

Garantie sieht. Insofern hat er allerdings nur die Rechtsstellung des Arbeitgebers im Blick. Für die Arbeitsvertragsfreiheit des Außenseiterarbeitnehmers ist – mit vergleichbaren Ergebnissen – auf Art. 15 GRC zurückzugreifen. Beide Artikel gewährleisten den Arbeitsvertragsparteien Vertragsfreiheit. Auch im Hinblick auf Art. 11 EMRK meint *Hartmann* – über seinen Ausgangsbefund hinausgehend –, dass die bestehende Rechtsprechung des EGMR, der in einzelnen Entscheidungen auch auf den Gedanken der »personal autonomy« verweist, den Boden für die Ableitung einer negativen Tarifvertragsfreiheit bereitet hat. Welcher Weg bis zur Anerkennung einer negativen Tarifvertragsfreiheit zurückzulegen ist, zeigt sich daran, dass die EMRK, anders als das Grundgesetz und die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, keinen eigenständigen Schutz der Vertragsfreiheit kennt. Es handelt sich um eine Konvention über bürgerliche und politische Rechte, die nicht auf wirtschaftsbezogene Grundrechte ausgerichtet war. Dieser segmentäre Grundrechtsschutz hindert nicht daran, in den Schutz des Rechts auf Privat- und Familienleben Teile der Berufsfreiheit zu integrieren<sup>2</sup>. Für einen Schutz der negativen Tarifvertragsfreiheit kann nur Art. 11 EMRK herangezogen werden, wobei diskutiert werden muss, ob sich das für das deutsche Recht entwickelte Verständnis dort wiederfinden lässt. Das führt unweigerlich zu der Frage, ob die deutsche Sichtweise im Kontext der EMRK anschlussfähig ist. Welche Schwierigkeiten sich dabei ergeben, sei nur durch den Verweis auf die Anerkennung der Koalitionsfreiheit als Doppelgrundrecht angedeutet.

*Hartmann* resümiert, dass die Grundrechtsabwägung und die Doktrin vom Beurteilungsspielraum, die der EGMR, inzwischen aber auch der EuGH heranziehen, erhebliche Probleme bei der Ermittlung der Reichweite des Grundrechtsschutzes bereiten. Insofern will er die weitere Entwicklung abwarten und formuliert damit eine Aufgabe für die Rechtsprechung, die er der Rechtswissenschaft nicht in der gleichen Weise stellt. Von besonderem Interesse ist in diesem Zusammenhang die Beobachtung, dass sich aus der Doktrin vom Beurteilungsspielraum oder dem im Unionsrecht vom EuGH entwickelten dezentralen Grundrechtsschutz ermitteln ließe, welche Spielräume dem nationalen Recht verbleiben. Eine solche

<sup>2</sup> siehe zB. EGMR 16.12.1992 – 13710/88, Rn. 29 (*Niemietz/Deutschland*); EGMR, 5.10.2010 – 420/07 – juris (*Köpke/Deutschland*); EGMR, 9.1.2013 – 21722/11 – juris, Rn. 165 (*Volkov/Ukraine*); EGMR, 12.6.2014 – 56030/07 – juris, Rn. 108, 110 (*Fernández Martínez/Spanien*).

Überlegung scheint bei *Hartmanns* Konzept umso bedeutender, soweit er der Anerkennung der Koalitionsfreiheit als Doppelgrund widerspricht.

### III. Folgerungen für ausgewählte Probleme

*Hartmann* zieht im vierten Kapitel für die anfangs systematisch erfassten Fallgruppen Schlussfolgerungen und knüpft dabei an die Maßstäbe an, die er bereits zuvor für § 3 Abs. 2 TVG und § 5 TVG entwickelt hat. Er kritisiert insbesondere die mangelnde Legitimation der Tarifvertragsparteien bei der Regelung betriebsverfassungsrechtlicher Normen. Der tarifliche Gestaltungsspielraum sei zu weit und für eine Beleihung der Tarifpartner fehle es an einer staatlichen Aufsicht. Ausnahmen will er nur anerkennen, soweit es sich um begünstigende Normen handle. Legitimierbar sei aus privatrechtlicher Sicht auch die Verstärkung von Beteiligungsrechten, wenn sie ihrem Schutzgut nach die alleinige Gestaltungsmacht des Arbeitgebers kompensieren. Insofern differenziert *Hartmann* gewinnbringend nicht nur zwischen Organisationsrecht und materiellem Betriebsverfassungsrecht, sondern nach dem Schutzgut der Beteiligungsrechte. Für die Öffnungsklauseln plädiert er gegen eine Vermischung von Betriebs- und Tarifautonomie wie beim *Leber-Rüthers*-Kompromiss, zumal es an einer staatlichen Aufsicht fehle. Unbedenklich sei nur, wenn eine Tarifnorm unter den Vorbehalt der Zustimmung des Betriebsrats gestellt werde. Auch eine Betriebsvereinbarung aufgrund eines Tarifvertrags, der eine Abweichung von einem Arbeitnehmerschutzgesetz wie § 7 Abs. 2a ArbZG erlaubt, sei nur zulässig, soweit es sich um lediglich begünstigende Normen handelt. Insofern führt er seinen Ansatz zu § 3 Abs. 2 TVG fort. Seine Ablehnung gegenüber jeder Vermischung autonomer und delegatarischer Ansätze zieht damit weitreichende Schranken.

Auch gegen die Regelung von Mindestarbeitsbedingungen nach § 3a AÜG und § 7 AEntG erhebt er wie bei § 5 TVG legitimationstheoretische Bedenken. Zudem wendet er gegen die Geltungserstreckung bei speziellen Mindestarbeitsbedingungen ein, dass damit gezielt Wettbewerbspolitik betrieben werde. Diese erfolgt aber immer in Bezug auf das in Deutschland bestehende Lohngefüge. Die Entsenderichtlinie erlaubt diese Einschränkung des Binnenmarktes zumindest für Mindestarbeitsbedingun-

gen, um einen Kompromiss zwischen den sozialen Folgewirkungen eines Wettbewerbs zwischen Hoch- und Niedriglohnländern zu begegnen und zugleich den Binnenmarktzielen zu entsprechen. Dieser Aspekt tritt in der Auseinandersetzung sehr weit zurück. Als Verstoß gegen die negative Tarifvertragsfreiheit sieht *Hartmann* auch die (früher zulässigen) konstitutiven Tariftreueerklärungen an, so dass sich das Ergebnis der *Rüffert*-Entscheidung für ihn bereits aus dem Grundgesetz ergibt.

Im vierten Kapitel geht er – eigentlich außerhalb seiner ursprünglichen Systematisierung – auch auf die Bezugnahmeklauseln beim Betriebsübergang und die damit einhergehende Bindung des Erwerbers ein. Er sieht die dynamische Verweisung als einen Fall des § 317 BGB an und geht davon aus, dass eine solche Bezugnahme jederzeit widerrufen werden kann. Das geht nicht nur darüber hinweg, dass es sich um eine vertragliche Vereinbarung und nicht um die Einräumung eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts handelt. Die Annahme eines Widerrufsrechts, das jederzeit die Dynamik beenden kann, steht auch mit Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 2001/23/EG nicht in Einklang. Selbst wenn man mit dem EuGH davon ausgeht, dass der Schutz der Arbeitnehmer (zu Lasten der Vertragsfreiheit des Erwerbers) bei einer privatautonomen Regelung nicht weiter reichen kann als der Schutz der kollektiv geregelten Arbeitsbedingungen nach Art. 3 Abs. 3 Richtlinie 2001/23/EG, so besteht doch ein temporärer Schutz der Arbeitsbedingungen für mindestens ein Jahr. Ein jederzeit zulässiger Widerruf lässt sich damit nicht vereinbaren.

### IV. Rolle der negativen Tarifvertragsfreiheit für die zukünftige Entwicklung der deutschen und europäischen Rechtsordnung

Im letzten Kapitel richtet *Hartmann* den Blick auf die zukünftige Entwicklung der Rechtsordnung im Hinblick auf die negative Tarifvertragsfreiheit. Dabei sieht er in dem freiheitlichen Grundansatz der europäischen Integration eine mögliche Basis für eine individualrechtliche Ausrichtung der Tarifvertragsfreiheit. Die Besonderheit, dass der EuGH die Gewerkschaften im Kontext der Grundfreiheiten als intermediäre Gewalten einstuft, sieht *Hartmann* offenbar nicht als einen Widerspruch dazu.

Für ihn zählt mehr, dass Art. 28 GRC auch dem Einzelnen ein Recht auf Kollektivverhandlungen garantiert. Dass sich die Gewährleistung zugleich auf die Arbeitgeber- und Arbeitnehmervereinigungen bezieht, wird insoweit nicht erneut gewürdigt. Zu Recht nimmt *Hartmann* aber auf den sozialen Dialog als Element der europäischen Rechtsordnung Bezug. Trotz seiner Kritik am Demokratiedefizit würdigt er ihn als Keimzelle für ein europäisches Tarifvertragsrecht, dessen prägende Wirkung nach seiner Prognose die Entwicklung einer negativen Tarifvertragsfreiheit aber nicht ausschließe.

Diesen Ausgangsbefund ergänzt *Hartmann* durch eine rechtsvergleichende Untersuchung des rechtlichen Schutzes der Außenseiterstellung in den Mitgliedstaaten der EU mit dem Ergebnis, dass keine vergleichbar intensive Diskussion über die Legitimation tariflicher Normsetzungsmacht in den untersuchten Ländern besteht. Er betont die wenigen Ansätze zu einer solchen Diskussion im Ergebnis überproportional, resümiert aber zutreffend, dass sich aus der Rechtsvergleichung keine Richtungsentscheidung für die negative Tarifvertragsfreiheit ergebe und daher nur geringe Angleichungen zwischen den Mitgliedstaaten zu erwarten seien. Ob das aus der Rechtsvergleichung ergebende Gesamtbild direkt oder indirekt Folgen für die Auslegung des Art. 11 Abs. 1 EMRK hat und damit gegen die Gewährleistung einer negativen Tarifvertragsfreiheit spricht, greift *Hartmann* nicht auf.

Zu guter Letzt verwirft *Hartmann* erwartungsgemäß alle Erwägungen zur Einführung einer Erga-omnes-Wirkung von Tarifverträgen im deutschen Recht, wie sie

zuletzt von *Kamanabrou* 2011 entwickelt wurden. Für *Hartmann* liegt die mangelnde legitimatorische Absicherung eines solchen Konzepts auf der Hand.

## V. Zusammenfassung

Das kollektive Arbeitsrecht in seinem Verhältnis zum Arbeitnehmer und Arbeitgeber als Individuum ist eine komplexe und durch eine Vielzahl von verfassungs- und einfach-rechtliche Aspekte belastete Dogmatik, die nicht ruht. Insofern hat sich *Hartmann* ein großes Thema für seine Habilitation gewählt. Mit seiner individualrechtlich fokussierten Herangehensweise sucht er Anschluss an Begründungsansätze, die bereits in der Zeit vor dem ersten Weltkrieg wurzeln, und reduziert dadurch die eigenständige Bedeutung der Tarifautonomie, obwohl sie bisher Teil der durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG und Art. 11 Abs. 1 EMRK geschützten kollektiven Koalitionsfreiheit ist und durch Art. 6 ESC und Art. 28 GRC sogar eigenständig geschützt ist. So berechtigt die von ihm gestellte Legitimationsfrage ist, so bedenklich ist die Vereinseitigung auf ein privatrechtlich-mandatarisches Konzept. Trotz der Betonung einer historisch-informierten Interpretation steht gerade dieser Punkt in Konflikt mit der Entwicklung seit der Weimarer Republik, zumal die Argumentation eine postmoderne und damit individualistisch geprägte Perspektive reklamieren könnte, wo sie auf historische Würdigkeit verweist.

*Prof. Dr. Claudia Schubert,  
Ruhr-Universität Bochum*

### Zusammenfassungen

#### Dorsemont/Walser: Die Tarifbindung der Arbeitgeber – Ausgewählte juristische Faktoren mit fördernder oder schwächender Wirkung auf die Tarifbindung

SR SR 2/2015, S. 41–59

Rechtsvergleichend werden verschiedene Rechtsordnungen im Hinblick auf die Tarifbindung der Arbeitgeber untersucht. Daraus lassen sich vorsichtig Hinweise für eine Fortentwicklung des deutschen Rechts gewinnen. Das im Entwurf eines Tarifeinheitsgesetz vorgesehene Nachzeichnungsrecht einer Gewerkschaft wird in diesem Kontext kritisch gesehen.

#### Thüsing/Hütter: Das Schicksal der kleinen dynamischen arbeitsvertraglichen Bezugnahme bei Ablösung des BAT durch den TVöD bzw. TV-L – Ausnahmen von der Teilnahme an der Tarifsukzession?

SR SR 2/2015, S. 60–69

Die Autoren gehen der Frage nach, welche Regelungen im Falle der Ablösung des BAT durch TVöD/TVL bei arbeitsvertraglicher Verweisung gelten. Ausgehend von einer ergänzenden Vertragsauslegung im Sinne einer dynamischen Verweisung auf das Nachfolgetarifwerk untersuchen sie die Ausnahmen. Insb. soll entgegen der Rspr. im Falle einer Verweisung nur auf Teile des Tarifwerks eine dynamische Verweisung ausscheiden.

### Abstracts

#### Dorsemont and Walser: The employers' obligations from collective agreements

SR SR 2/2015, p. 41–59

In this article the tariff commitment of employers is examined by legal comparison. This carefully allows to draw inferences about the development of German legislation. In this connection the authors critically discuss a draft law on the unity of collective agreements which assigns a right to unions to become partner of another agreement by explanation only.

#### Thüsing and Hütter: Dynamic references to collective agreements in the case of replacement

SR SR 2/2015, p. 60–69

The authors discuss the recent jurisdiction on replacing collective agreements by completely new construed agreements in cases of contractual reference to the agreement. Starting from interpreting the reference clause in favour of a dynamic reference to the new agreement they examine the exceptions. The authors especially criticise decisions that interpret a clause as dynamic reference in cases where only some stipulations of the collective agreement are subject to the referring contract clause.

### Vorschau | In der nächsten Ausgabe »Soziales Recht« lesen Sie:

#### Abhandlungen

- Klaus Bepler: **Vorzüge und Defizite des geltenden Betriebsrentenrechts**
- Peter Udsching: **Grundkonzeptionen des SGB II**

#### Rezensionsaufsätze

- Schomann/Lörcher/Dorsemont, **The European Convention on Human Rights and the Employment Relation** (Johannes Heuschmid/Laura Krüger)
- Großkreutz/Kocher *ua.*, **Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie** (Marita Körner)