

§ 1 Einleitung

Die Arbeitsrechtswissenschaft bemühte sich schon vor dem Inkrafttreten der Tarifvertragsverordnung im Jahr 1918, den Tarifvertragsparteien mithilfe des allgemeinen Zivilrechts ein Regelungsinstrument zur Verfügung zu stellen, das den Interessen der Tarif- und der Arbeitsvertragsparteien gerecht wird.¹ Auf der Grundlage des Stellvertretungsrechts stattete *Lotmar* Kollektivvereinbarungen mit unmittelbarer und zwingender Wirkung aus. Obwohl sich seine Begründung für die zwingende Wirkung als nicht tragfähig erwies, verlor der vertretungsrechtliche Ansatz auch nach dem Inkrafttreten der Tarifvertragsverordnung nicht an Bedeutung. Der Diskurs entwickelt sich seit ihrem Inkrafttreten dahin, dass die Arbeitsrechtswissenschaft versucht, die normative Wirkung des Tarifvertrags schuldrechtlich nachzubilden.²

Aufgrund des Tarifeinheitgesetzes finden die Ansätze, die für die schuldrechtliche (Re-)Konstruktion der normativen Wirkung entwickelt wurden, mit einem veränderten Ziel Eingang in den rechtswissenschaftlichen Diskurs: Wenn sich die diskutierten Gestaltungsmöglichkeiten auch nicht für die schuldrechtliche (Re-)Konstruktion der Tarifnormwirkung eignen, so sind sie aber jedenfalls für die Beschreibung der schuldrechtlichen Regelungsinstrumente von Bedeutung. Lassen sich auf der Grundlage des allgemeinen Zivilrechts Gestaltungsmöglichkeiten konstruieren, die mit den Interessen der Tarif- und der Arbeitsvertragsparteien vereinbar sind, kann der Abschluss einer schuldrechtlichen Kollektivvereinbarung für Minderheitsgewerkschaften eine attraktive Alternative zur Verdrängung ihres Tarifvertrags gem. § 4a Abs. 2 S. 2 TVG sein.³

In diesem Zusammenhang sind zwei Aspekte auseinanderzuhalten. Zuerst muss der Rückgriff auf schuldrechtliche Regelungsinstrumente im sachlich-gegenständlichen Bereich des § 1 Abs. 1 TVG zulässig sein. Die Tarifvertragsparteien können normativ regelbare Inhalte nur schuldrechtlich regeln, wenn für diese Regelungsgegenstände kein Rechtsformzwang zugunsten des Tarifvertrags besteht. Dann schließt sich die Frage an, wie attraktiv schuldrechtliche Regelungsinstrumente seit dem Inkrafttreten des § 4a Abs. 2 S. 2 TVG sind.

Bei der Prognose, ob infolge des Tarifeinheitgesetzes zu erwarten ist, dass der Tarifvertrag in der Tarifpraxis potentieller Minderheitsgewerkschaften von

¹ *Baum*, in: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts (1905), S. 261 ff.; *Lotmar*, Der Arbeitsvertrag, Bd. I, S. 796 ff.

² *Arnold*, Betriebliche Tarifnormen, S. 262 ff.; *Böttcher*, Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht, S. 19 f.; *Picker*, in: Symposion Richardi, S. 56 ff.; *Ramm*, Parteien des Tarifvertrags, S. 69 ff.; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, Rn. 800, 1194 ff.; *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit, S. 126, 142 ff.

³ *Däubler/Zwanziger/Däubler*, § 4a TVG Rn. 124; *Grimm*, in: Tschöpe, Arbeitsrecht Handbuch, 4. Teil, C., Rn. 267; *Höpfner*, RdA 2020, 129 (147); *Löwisch/Rieble*, § 4a TVG Rn. 67, 379.

schuldrechtlichen Regelungsinstrumenten abgelöst wird, sind zum einen die Nachteile zu berücksichtigen, die mit der schuldrechtlichen Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen verbunden sind. Zum anderen kann eine schuldrechtliche Kollektivvereinbarung für Minderheitsgewerkschaften nur eine attraktive Alternative zum Tarifvertrag sein, wenn sie nicht analog § 4a Abs. 2 S. 2 TVG von einem kollidierenden Mehrheitstarifvertrag verdrängt wird. Damit wird die Frage angesprochen, ob es als zulässige Vermeidung des Tatbestands von § 4a Abs. 2 S. 2 TVG einzuordnen ist, wenn die Tarifvertragsparteien die Arbeitsbedingungen schuldrechtlich regeln oder ob das Ausweichen auf schuldrechtliche Regelungsinstrumente im sachlich-gegenständlichen Bereich des § 1 Abs. 1 TVG eine Gesetzesumgehung ist, der mit einer analogen Anwendung des § 4a Abs. 2 S. 2 TVG begegnet werden kann. Die Parteien eines Minderheitstarifvertrags werden sich zudem nur für eine Flucht aus dem Tarifvertrag in die schuldrechtliche Vereinbarung entscheiden, wenn sie ohne Mitwirkung der Mehrheitsgewerkschaft weder eine normative noch eine schuldrechtliche Anwendung ihres Tarifvertrags sicherstellen können.

§ 2 Die schuldrechtliche Regelungsbefugnis von Koalitionen

Art. 9 Abs. 3 GG lässt sich hinsichtlich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ein an die Koalitionen gerichteter Regelungsauftrag entnehmen.¹ Diesem können sie nur gerecht werden, wenn der Gesetzgeber den rechtlichen Rahmen für den Abschluss von arbeitsrechtlichen Kollektivvereinbarungen ausgestaltet.² Das Tarifvertragsgesetz ist eine einfachgesetzliche Ausgestaltung des Art. 9 Abs. 3 GG und regelt mit dem Tarifvertrag die typische Form der koalitionsmäßigen Einigung.³ Dass den Tarifvertragsparteien neben dem normativ wirkenden Tarifvertrag auch rein schuldrechtlich wirkende Regelungsinstrumente zur Verfügung stehen, entspricht der überwiegenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur.⁴ Bei der Normsetzung handele es sich um ein Privileg und die Tarifvertragsparteien seien nicht verpflichtet, dieses bei der Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in Anspruch zu nehmen.⁵

Da zuletzt bestritten wurde, dass die Tarifvertragsparteien berechtigt sind, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen schuldrechtlich zu regeln,⁶ wird nachfolgend zunächst herausgearbeitet, auf welcher rechtlichen Grundlage sie schuldrechtliche Vereinbarungen treffen können. Anschließend wird der Umfang der schuldrechtlichen Regelungsbefugnis beschrieben und untersucht, ob die Tarifvertragsparteien im sachlich-gegenständlichen Bereich des § 1 Abs. 1 TVG auf eine normative Regelung der Arbeitsbedingungen verzichten und schuldrechtliche Regelungsinstrumente wählen können.

¹ Bayreuther, *Tarifautonomie*, S. 170.

² MHdB *ArbR/Klumpp*, § 226 Rn. 5; *Papier/Krönke*, ZfA 2011, 807 (821); *Wiedemann/Jacobs*, TVG Einl. Rn. 164 f.

³ ErfK/*Linsenmaier*, Art. 9 GG Rn. 55; HK-*ArbR/Hensche*, Art. 9 GG Rn. 73.

⁴ BAG 14.4.2004 – 4 AZR 232/03, AP TVG § 1 Auslegung Nr. 188; BeckOK-*ArbR/Waas*, § 1 TVG Rn. 74; BKS/*Wankel*, § 1 TVG Rn. 397 ff.; *Däubler*, *Arbeitskampfrecht*, § 13 Rn. 18; *Däubler/Nebe*, § 1 TVG Rn. 1; *Debler*, NZA 1997, 529; ErfK/*Franzen*, § 1 TVG Rn. 80; *Grimm*, in: Tschöpe, *Arbeitsrecht Handbuch*, 4. Teil, C., Rn. 267; HK-*ArbR/Hensche*, Art. 9 GG Rn. 73; HWK/*Henssler*, § 1 TVG Rn. 75; JKOS/*Krause*, § 1 Rn. 192, § 4 Rn. 2; *Karsten*, *Schuldrechtliche Tarifverträge*, S. 50; *Lasson*, *Kollektivrechtliche Investitionsvereinbarungen*, S. 41; *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 1311; MHdB *ArbR/Klumpp*, § 230 Rn. 2, § 258 Rn. 1; NK-*ArbR/Frieling*, § 1 TVG Rn. 97; *Preis/Greiner*, Rn. 439; *Richardi/Bayreuther*, *KollArbR*, § 6 Rn. 107; *Schaub/Treber*, § 199 Rn. 2, 15; *Thüsing/Braun/Wißmann*, *Tarifrecht*, Kap. 4 Rn. 151a.

⁵ *Däubler/Däubler*, TVG, Einl. Rn. 1191; *Däubler/Nebe*, § 1 TVG Rn. 1; ErfK/*Schmidt*, GG Einl. Rn. 20; *Kempen/Zachert/Zeibig/Zachert*, § 1 TVG Rn. 939; MHdB *ArbR/Rieble*, § 220 Rn. 65.

⁶ *Hertenstein*, *Schuldrechtliche Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien*, S. 96.

A. Rechtsgrundlage für schuldrechtliche Kollektivvereinbarungen

I. Koalitionsfreiheit als verfassungsrechtliche Grundlage

Als verfassungsrechtliche Grundlage für schuldrechtliche Vereinbarungen über Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen kommen Art. 9 Abs. 3 GG oder Art. 2 Abs. 1 GG in Betracht.⁷ Um die schuldrechtliche Regelungsbefugnis der Koalitionen verfassungsrechtlich zu begründen und in Art. 9 Abs. 3 GG zu verorten, haben einige Stimmen in der Literatur auf einen Erst-recht-Schluss verwiesen: Aus der Befugnis zur Normsetzung folge, dass die Koalitionen die Arbeitsbedingungen erst recht schuldrechtlich regeln können.⁸ Dieser Erst-recht-Schluss beruht auf der Annahme, dass sich der verfassungsrechtliche Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG nicht auf ein bestimmtes Regelungsmittel beschränkt und insbesondere nicht die schuldrechtlichen Regelungsinstrumente aus dem Schutzbereich herausfallen, die im Vergleich zum normativen Tarifvertrag geringere Auswirkungen auf den Inhalt der Arbeitsverhältnisse haben. Die von der Koalitionsfreiheit umfasste Tarifautonomie wird dann als umfassendes Recht zur kollektivvertraglichen Gestaltung verstanden.⁹

Mit Blick auf die Schutzfunktion der Tarifautonomie wird dieses Verständnis durch den bloßen Erst-recht-Schluss nicht hinreichend begründet: Durch kollektives Handeln soll das strukturelle Verhandlungsungleichgewicht zwischen den Arbeitsvertragsparteien ausgeglichen werden.¹⁰ Steht es den Arbeitsvertragsparteien bei der individualvertraglichen Festlegung der Arbeitsbedingungen offen, die kollektiv vereinbarten Mindestarbeitsbedingungen mangels unmittelbarer und zwingender Wirkung zu unterschreiten, ist zweifelhaft, ob das strukturelle Verhandlungsungleichgewicht durch den Abschluss von schuldrechtlichen Kollektivvereinbarungen ausgeglichen wird. Verfassungsrechtlich überzeugt der Erst-recht-Schluss nur, wenn zusätzlich dargelegt wird, dass das Verhandlungs-

⁷ *Beuthien*, ZfA 1983, 141 (161); *BKS/Wankel*, § 1 TVG Rn. 405; *Bock*, Investorenvereinbarungen, S. 103 f., 107; *Christ*, Freiwillige Tarifverträge, S. 143; *Däubler/Ahrendt*, § 1 TVG Rn. 1189; *Däubler/Däubler*, TVG, Einl. Rn. 1189; *ErfK/Linsenmaier*, Art. 9 GG Rn. 55; *HK-ArbR/Hensche*, Art. 9 GG Rn. 73; *Karsten*, Schuldrechtliche Tarifverträge, S. 50; *Kempen/Zachert/Zeibig/Zachert*, § 1 TVG Rn. 944 ff.; *Lehmann*, BB 2015, 2293 (2295 f.); *Löwisch/Rieble*, Grundlagen, Rn. 70; *MHdB ArbR/Klumpp*, § 264 Rn. 1; *Plander*, in: FS Kehrman (1997), S. 295 (308 f.); *Staudinger/Klumpp*, § 328 BGB Rn. 187 und *Wiedemann/Thüsing*, § 1 TVG Rn. 832, 929 sehen die verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 9 Abs. 3 GG. A. A. Nach der Auffassung von *BeckOK-ArbR/Waas*, § 1 TVG Rn. 74 haben die Tarifvertragsparteien eine originäre schuldrechtliche Regelungsbefugnis, die ihnen nicht erst durch Art. 9 Abs. 3 GG verliehen wird.

⁸ *Karsten*, Schuldrechtliche Tarifverträge, S. 50. Ähnlich *MHdB ArbR/Rieble*, § 220 Rn. 65.

⁹ *Boeck*, Tarifverträge und andere Koalitionsverträge, S. 61; *HK-ArbR/Hensche*, Art. 9 GG Rn. 73 f. *Bock*, Investorenvereinbarungen, S. 103 betrachtet die schuldrechtliche Regelungsbefugnis nicht als Teil der Tarifautonomie, sondern als selbstständige Gewährleistung innerhalb der Koalitionsbetätigungsfreiheit.

¹⁰ BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212 (229); *Schaub/Treber*, § 195 Rn. 3.

ungleichgewicht durch jede Kollektivvereinbarung unabhängig von ihrer konkreten Wirkungsweise ausgeglichen werden kann.¹¹ Alternativ muss die Annahme offengelegt und begründet werden, dass Koalitionen zum Abschluss von Kollektivvereinbarungen mit im Vergleich zum normativ wirkenden Tarifvertrag schwächerem Arbeitnehmerschutz berechtigt sind. Da sich Art. 9 Abs. 3 GG im Wege des Erst-recht-Schlusses keine schuldrechtliche Regelungsbefugnis der Koalitionen entnehmen lässt, ist durch historische und teleologische Auslegung zu ermitteln, ob schuldrechtliche Regelungsinstrumente vom Gewährleistungsbereich der Verfassungsnorm umfasst sind. Wortlaut und Systematik liefern keine Anhaltspunkte dafür, ob schuldrechtliche Vereinbarungen der Koalitionen von Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet werden.

1. Historische Auslegung von Art. 9 Abs. 3 GG

Bei der Bestimmung der Reichweite des Art. 9 Abs. 3 GG kommt der Rechtslage und den Entwicklungen vor Inkrafttreten des Grundgesetzes eine besondere Bedeutung zu.¹² Im Rahmen der historischen Auslegung soll überprüft werden, inwieweit die These Geltung beanspruchen kann, dass es der geschichtlichen Entwicklung des Tarifrechts widerspräche, wenn die Regelungsinstrumente außerhalb des normativ wirkenden Tarifvertrags versperrt wären.¹³ Dabei soll auch der Einwand der Gegenposition berücksichtigt werden, dass ein Recht der Koalitionen zum Abschluss schuldrechtlicher Kollektivvereinbarungen aus historischer Perspektive ein Rückschritt sei.¹⁴

Der Parlamentarische Rat knüpfte mit Art. 9 Abs. 3 GG an die Weimarer Reichsverfassung an.¹⁵ Um den Gewährleistungsbereich des Art. 9 Abs. 3 GG zu konkretisieren, kann auf den Schutzzumfang der Weimarer Reichsverfassung rekurriert werden. Dies wirft zunächst die Frage auf, ob die Weimarer Reichsverfassung den Koalitionen zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen überhaupt ein Regelungssystem garantiert hat. Erst daran anschließend kann untersucht werden, ob sich der verfassungsrechtliche Schutz auch auf schuldrechtliche Regelungsinstrumente erstreckt hat.

¹¹ Zu dieser Annahme *Boeck*, Tarifverträge und andere Koalitionsverträge, S. 106 f.

¹² BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 u. a., AP MitbestG § 1 Nr. 1; *Poscher*, RdA 2017, 235 (238); *Säcker/Oetker*, Tarifautonomie, S. 56.

¹³ *Höpfner*, RdA 2020, 129; *Karsten*, Schuldrechtliche Tarifverträge, S. 50; *Säcker/Oetker*, Tarifautonomie, S. 166; a. A. *Hertenstein*, Schuldrechtliche Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, S. 96; *Nikisch*, Arbeitsrecht Bd. II, S. 208.

¹⁴ *Hertenstein*, Schuldrechtliche Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, S. 96.

¹⁵ *Gamillscheg*, Bd. I, S. 150 f.; HK-ArbR/*Hensche*, Art. 9 GG Rn. 74; *Höpfner*, RdA 2020, 129 (136); *Pikart/Werner*, Der Parlamentarische Rat, Band 5/I, S. 124.

a) **Gewährleistung arbeitsrechtlicher Kollektivvereinbarungen durch die Weimarer Reichsverfassung**

Die Weimarer Reichsverfassung bietet zwei Anknüpfungspunkte für die Untersuchung, ob arbeitsrechtliche Kollektivvereinbarungen verfassungsrechtlich geschützt waren: Art. 159 WRV und Art. 165 Abs. 1 S. 2 WRV. Die Vereinigungsfreiheit in Art. 159 WRV gewährte den Arbeitsvertragsparteien ein individuelles Freiheitsrecht. Den Koalitionen sollte Art. 159 WRV kein Recht zur vertraglichen Regelung der Arbeitsbedingungen einräumen.¹⁶

Der Schutzzumfang des Art. 165 Abs. 1 S. 2 WRV, in dem die beiderseitigen Organisationen und ihre Vereinbarungen „anerkannt“ wurden, wird in der Literatur nicht einheitlich abgesteckt. Aus dem Wortlaut dieser Verfassungsnorm lässt sich ein Recht der Koalitionen zum Abschluss von arbeitsrechtlichen Kollektivvereinbarungen ableiten.¹⁷ Aufgrund des Normzwecks wird dagegen teilweise vertreten, dass arbeitsrechtliche Kollektivvereinbarungen nicht von Art. 165 Abs. 1 S. 2 WRV gewährleistet wurden: Da das Recht zum Abschluss von Kollektivvereinbarungen den Koalitionen vorbehalten und nicht auch den Arbeiter- und Wirtschaftsräten garantiert werden sollte,¹⁸ sei die Regelung als bloße Kompetenzabgrenzung und nicht als Gewährleistung der Kollektivvereinbarungen zu verstehen.¹⁹ Zutreffend ist, dass Art. 165 Abs. 1 S. 2 WRV die Befugnisse der Koalitionen von denen der Arbeiter- und Wirtschaftsräte abgrenzen sollte.²⁰ Die Schlussfolgerung, dass die Befugnis der Koalitionen zum Abschluss von arbeitsrechtlichen Kollektivvereinbarungen nicht verfassungsrechtlich verankert gewesen sei, ist dagegen nicht zwingend. Eine Auslegung, nach der die Vereinbarungsbefugnis der Koalitionen verfassungsrechtlich gewährleistet und zugleich von den Befugnissen der Arbeiter- und Wirtschaftsräte abgegrenzt wurde, ist mit dem Zweck des Art. 165 Abs. 1 S. 2 WRV vereinbar.

Der Wortlaut des Art. 165 Abs. 1 S. 2 WRV differenziert nicht zwischen Organisationen und Vereinbarungen. Wenn die beiderseitigen Organisationen durch diese Regelung verfassungsrechtlich garantiert werden sollten, deutet die Systematik der Norm auf einen verfassungsrechtlichen Schutz der Vereinbarungen

¹⁶ *Burkiczak*, Grundgesetz und Deregulierung des Tarifvertragsrechts, S. 311; *Gebhard*, Verfassung des Deutschen Reichs, S. 553; *Nipperdey*, in: Grundrechte der Reichsverfassung, S. 407, 428; *Rosenau*, Koalitionsbetätigungsfreiheit, S. 52; *Scholz*, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 33 f.; *Tatarin-Tarnheyden*, in: Grundrechte der Reichsverfassung, S. 534.

¹⁷ HK-ArbR/*Hensche*, Art. 9 GG Rn. 49, 74; JKOS/*Krause*, § 1 Rn. 16.

¹⁸ *Anschütz*, Verfassung des Deutschen Reichs, Art. 165 Anm. 3, S. 643; *Gamillscheg*, Bd. I, S. 116; *Tatarin-Tarnheyden*, in: Grundrechte der Reichsverfassung, S. 546 f.

¹⁹ *Rosenau*, Koalitionsbetätigungsfreiheit, S. 53.

²⁰ *Pieroth*, in: FS 50 Jahre BVerfG, S. 293 (295).

hin. Art. 165 Abs. 1 S. 2 WRV lässt sich aber auch nicht zweifelsfrei entnehmen, ob Koalitionen in ihrem Bestand geschützt wurden.²¹

Versteht man Art. 165 Abs. 1 S. 2 WRV lediglich als Kompetenzabgrenzung und nicht als Gewährleistung der Kollektivvereinbarungen, hätte die Regelungsbefugnis der Koalitionen durch eine Änderung des einfachen Rechts beseitigt werden können. Ein solches Verständnis ist weder mit der historischen Entwicklung noch mit dem Wortlaut vereinbar: Berücksichtigt man bei der Auslegung des Art. 165 Abs. 1 S. 2 WRV, dass die Kontroverse um die Zulässigkeit und die Verbindlichkeit kollektiver Vereinbarungen über Arbeitsbedingungen vor dem Erlass der Weimarer Reichsverfassung mit dem Inkrafttreten der Tarifvertragsverordnung beendet werden konnte, überzeugt eine Erstreckung des verfassungsrechtlichen Schutzes auf diese Vereinbarungen; Art. 165 Abs. 1 S. 2 WRV sollte die bestehende Rechtslage verfassungsrechtlich absichern.²² Die Befugnis zum Abschluss von arbeitsrechtlichen Kollektivvereinbarungen war nicht nur einfachgesetzlich geregelt, sie wurde den Koalitionen auch verfassungsrechtlich garantiert.²³

b) Vereinbarungsbegriff in Art. 165 Abs. 1 S. 2 WRV

Auslegungsbedürftig ist, welche Regelungsinstrumente von der verfassungsrechtlich garantierten Vereinbarungsbefugnis umfasst waren. Obwohl der Begriff „Vereinbarungen“ in Art. 165 Abs. 1 S. 2 WRV eine weite Auslegung nahelegt, wird in der Literatur teilweise für eine restriktive Auslegung argumentiert, nach der nur Tarifverträge mit normativer Wirkung verfassungsrechtlich geschützt waren.²⁴ Dies ergebe sich bereits aus der Systematik: Da Art. 124 Abs. 2 S. 1 WRV auch Gewerkschaften den Erwerb der Rechtsfähigkeit zugestanden habe, sei eine besondere Anerkennung ihrer privatrechtlichen Verträge nicht erforderlich gewesen.²⁵ Diese Auslegung lässt unberücksichtigt, dass sich allgemeine zivilrechtliche Verträge von schuldrechtlichen Kollektivvereinbarun-

²¹ Zu dieser Kontroverse *Scholz*, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 34. Für eine Koalitionsbestandsgarantie: *Nipperdey*, in: Grundrechte der Reichsverfassung, S. 430; *Tatarin-Tarnheyden*, in: Grundrechte der Reichsverfassung, S. 534.

²² *Dreschers*, Entwicklung des Rechts des Tarifvertrags, S. 76; *Nipperdey*, in: Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. II/1, S. 231.

²³ So im Ergebnis auch *Döttger*, Schutz tariflicher Normsetzung, S. 99; *Dürig/Herzog/Scholz/Scholz*, Art. 9 GG Rn. 155; *MHdB ArbR/Klumpp*, § 225 Rn. 14; *Neumann*, Koalitionsfreiheit und Reichsverfassung, S. 113; *Nipperdey*, in: Grundrechte der Reichsverfassung, S. 430; *ders.*, in: Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. II/1, S. 217; *Säcker/Oetker*, Tarifautonomie, S. 61; *Schaub/Treber*, § 188 Rn. 3.

²⁴ *Neumann*, Koalitionsfreiheit und Reichsverfassung, S. 119 f.; *Nikisch*, Arbeitsrecht Bd. II, S. 200, 208; *Tatarin-Tarnheyden*, in: Grundrechte der Reichsverfassung, S. 430, 543 f.

²⁵ *Tatarin-Tarnheyden*, in: Grundrechte der Reichsverfassung, S. 543.

gen über Arbeitsbedingungen unterscheiden: Letztere betreffen nicht nur den Rechtskreis der vertragschließenden Parteien, sondern entfalten auch Wirkungen für Dritte. Art. 165 Abs. 1 S. 2 WRV bildet eine spezielle verfassungsrechtliche Grundlage für diese Vereinbarungen.

In der Literatur findet sich neben dem systematischen noch ein historisches Argument für die restriktive Auslegung. Da die Weimarer Reichsverfassung den vor Erlass der Verfassung bestehenden Rechtszustand absichern sollte, sei Art. 165 Abs. 1 S. 2 WRV so auszulegen, dass nur der Tarifvertrag in seiner damaligen Gestalt gewährleistet wurde.²⁶ Dieses historische Argument sieht sich zwei Einwänden ausgesetzt. Zum einen wird nicht zu der Frage Stellung genommen, warum bei der Formulierung des Art. 165 Abs. 1 S. 2 WRV – anders als im Rahmen der Tarifvertragsverordnung – nicht der Begriff des Tarifvertrags gewählt wurde, wenn schuldrechtliche Regelungsinstrumente aus dem Gewährleistungsbereich ausgeklammert werden sollten. Zum anderen war der Tarifvertrag bei Erlass der Weimarer Reichsverfassung zwar das zentrale,²⁷ aber nicht das einzige Regelungsinstrument der Koalitionen. Um dies zu zeigen, wird nachfolgend die historische Entwicklung der Regelungsinstrumente bis zum Erlass der Weimarer Reichsverfassung nachgezeichnet.

aa) Arbeitsrechtliche Vereinbarungen von Koalitionen: Eine historische Betrachtung

Der erste bedeutende Tarifvertrag wurde 1873 von den Buchdruckern abgeschlossen, nachdem durch die §§ 152, 153 der Gewerbeordnung für das Deutsche Reich die bestehenden Koalitionsverbote aufgehoben wurden.²⁸ Diese kollektiven Lohnabreden wurden als bloße Naturalobligationen eingeordnet, bis Tarifverträge von den reichsgerichtlichen Zivilsenaten als rechtsverbindlich eingestuft und den allgemeinen Regeln des Vertragsrechts unterworfen wurden.²⁹ Den ersten Kollektivvereinbarungen über Arbeitsbedingungen kam mithin eine ausschließlich schuldrechtliche Wirkung zu.

Bei der Einordnung des Tarifvertrags in das allgemeine Zivilrecht versuchten einzelne Stimmen in der Rechtswissenschaft, für tarifliche Regelungen eine unabdingbare Wirkung zu konstruieren, um abweichende einzelvertragliche Vereinbarungen zum Schutz der Arbeitnehmer auszuschließen.³⁰ Genannt sei in diesem Zusammenhang insbesondere der vertretungsrechtliche Ansatz von

²⁶ *Nikisch*, Arbeitsrecht Bd. II, S. 200, 208; *Tatarin-Tarnheyden*, in: Grundrechte der Reichsverfassung, S. 430, 543 f.

²⁷ *Gusy*, Weimarer Reichsverfassung, S. 361 f.

²⁸ *Dreschers*, Entwicklung des Rechts des Tarifvertrags, S. 16; *JKOS/Krause*, § 1 Rn. 1 ff.

²⁹ RG 20.1.1910 – VI 660/08, RGZ 73, 92 (100); *JKOS/Krause*, § 1 Rn. 3.

³⁰ *Dreschers*, Entwicklung des Rechts des Tarifvertrags, S. 35, 39, 51.

Lotmar, der die Tarifparteien als Stellvertreter der Arbeitsvertragsparteien betrachtete.³¹ Eine tragfähige Begründung für die zwingende Wirkung von Tarifverträgen konnte diesem Ansatz indes nicht entnommen werden.³² Insbesondere für die zwingende Wirkung bedurfte es infolgedessen einer gesetzlichen Grundlage.³³

Im Dezember 1918 wurden Tarifnormen durch die Tarifvertragsverordnung mit unmittelbarer und zwingender Wirkung ausgestattet.³⁴ Berücksichtigt man die Bemühungen der damaligen Arbeitsrechtswissenschaft, den Koalitionen ein Regelungsinstrument mit normativer Wirkung zur Verfügung zu stellen, ist denkbar, dass diese Vereinbarungen um eine normative Wirkung ergänzt und schuldrechtliche Regelungsmittel verdrängt werden sollten. Auf diesen Gedankengang ließe sich auch die zur geltenden Rechtslage aufgestellte Behauptung stützen, ein Recht zum Abschluss von schuldrechtlichen Kollektivvereinbarungen sei aus historischer Perspektive ein Rückschritt.³⁵

Obwohl schuldrechtliche Kollektivvereinbarungen nach Einführung der Normsetzungsbefugnis an Bedeutung verloren haben, waren sie in der Rechtswissenschaft weiterhin als zulässiges Regelungsinstrument anerkannt. Belegen lässt sich dies zum Beispiel anhand der Rechtsfolgen, die an einen Verstoß gegen den Schriftformzwang geknüpft wurden. Einer – entgegen § 1 Abs. 1 TVVO nicht schriftlich abgeschlossenen – Kollektivvereinbarung wurde eine schuldrechtliche Wirkung beigemessen, bis das Reichsarbeitsgericht entschieden hat, dass ein Verstoß gegen das Schriftformerfordernis nach § 125 S. 1 BGB zur Nichtigkeit führt. Im Anschluss an diese Entscheidung wurde im Einzelfall überprüft, ob der Tarifvertrag nach § 140 BGB in eine schuldrechtliche Vereinbarung umgedeutet werden kann.³⁶ Die Tarifvertragsverordnung regelte mit dem Tarifvertrag ein zusätzliches Regelungsinstrument der Koalitionen, das neben die Vertragsarten des Bürgerlichen Gesetzbuchs trat.³⁷

³¹ Lotmar, *Der Arbeitsvertrag*, Bd. I, S. 796 ff.

³² Bayreuther, *Tarifautonomie*, S. 179 f.; Hertenstein, *Schuldrechtliche Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien*, S. 96; MHdB ArbR/Klumpp, § 225 Rn. 12; Waltermann, *ZfA* 2000, 53 (72).

³³ Dreschers, *Entwicklung des Rechts des Tarifvertrags*, S. 58 ff.; Jacobi, *Grundlehren des Arbeitsrechts*, S. 224, 250; Molitor, *Kommentar zur Tarifvertragsverordnung*, S. 6.

³⁴ Verordnung über Tarifverträge, Arbeiter- und Angestelltenausschüsse und Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten vom 23.12.1918. So auch Höpfner, *ZfA* 2023, 387 (389 f.).

³⁵ Hertenstein, *Schuldrechtliche Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien*, S. 96.

³⁶ Dazu Dreschers, *Entwicklung des Rechts des Tarifvertrags*, S. 209 f.

³⁷ Bock, *Investorenvereinbarungen*, S. 107; Boeck, *Tarifverträge und andere Koalitionsverträge*, S. 58; Hainke, *Vorgeschichte und Entstehung der Tarifvertragsverordnung*, S. 106. Ähnlich auch Däubler/Däubler, *TVG*, Einl. Rn. 1189, der das Tarifvertragsgesetz als Ergänzung des allgemeinen zivilrechtlichen Instrumentariums versteht.

Ein anderes ergibt sich auch nicht aus den Entwicklungen nach der Aufhebung der Tarifvertragsverordnung durch das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit (AOG). Es ist bemerkenswert, dass Tarifverträgen nach der Aufhebung des AOG durch das Kontrollratsgesetz Nr. 40 eine normative Wirkung beigemessen wurde, obwohl die Tarifvertragsverordnung nicht wieder in Kraft getreten ist.³⁸ Da nunmehr die gesetzliche Grundlage für die normative Wirkung fehlte, standen den Koalitionen ausschließlich schuldrechtliche Regelungsmittel zur Verfügung. Die normative Wirkung von Tarifverträgen nach der Aufhebung des AOG lässt sich mit dem bezweckten Arbeitnehmerschutz begründen. Den Tarifverträgen wurde die normative Wirkung nicht beigemessen, weil schuldrechtliche Regelungsmittel im sachlich-gegenständlichen Bereich des § 1 Abs. 1 TVVO unzulässig gewesen wären.

bb) Rechtslage vor Erlass der Weimarer Reichsverfassung

Der Tarifvertrag wurde erst kurz vor Erlass der Weimarer Reichsverfassung durch die Tarifvertragsverordnung geregelt. Die Tarifvertragsparteien waren auch nach dem Inkrafttreten der Tarifvertragsverordnung berechtigt, die Arbeitsbedingungen nur schuldrechtlich zu regeln. Dass die vor Erlass der Weimarer Reichsverfassung geltende Rechtslage abgesichert werden sollte, ist kein Argument gegen, sondern ein Argument für die weite Auslegung des Vereinbarungsbegriffs.³⁹ Dem Schutzbereich des Art. 165 Abs. 1 S. 2 WRV unterfielen nicht nur Tarifverträge, sondern sämtliche arbeitsrechtlichen Kollektivvereinbarungen – unabhängig von ihrer Wirkungsweise.

c) Zwischenergebnis

Auf den Gewährleistungsumfang der Weimarer Reichsverfassung kann bei der Auslegung des Art. 9 Abs. 3 GG Bezug genommen werden. Als Vorbild für Art. 9 Abs. 3 GG diente Art. 159 WRV, der den Koalitionen keine arbeitsrechtlichen Kollektivvereinbarungen garantierte. Der verfassungsrechtliche Schutz für diese Vereinbarungen folgte aus Art. 165 Abs. 1 S. 2 WRV. Dieser Schutz ist nicht auf den Tarifvertrag begrenzt, er bezieht sich auch auf schuldrechtliche Kollektivvereinbarungen. Die Gewährleistungen des Grundgesetzes sollten nicht hinter dem Schutzzumfang der Weimarer Reichsverfassung zurückbleiben.⁴⁰

³⁸ *Nikisch*, Arbeitsrecht Bd. II, S. 202.

³⁹ *Dreschers*, Entwicklung des Rechts des Tarifvertrags, S. 76; *Nipperdey*, in: Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. II/1, S. 217, 231. A. A. *Neumann*, Koalitionsfreiheit und Reichsverfassung, S. 119.

⁴⁰ *Säcker/Oetker*, Tarifautonomie, S. 61, *Söllner*, AuR 1966, 257 (263). A. A. *Burkiczak*, Grundgesetz und Deregulierung des Tarifvertragsrechts, S. 310 f.