

# **Abhandlungen zum Arbeits- und Wirtschaftsrecht**

Begründet von Prof. Dr. W. Siebert †

Herausgeber:

Prof. Dr. Dr. h. c. E. Bötticher, Hamburg

Prof. Dr. W. Hefermehl, Heidelberg

Prof. Dr. M. Löwisch, Freiburg/Breisgau

Prof. Dr. R. Serick, Heidelberg

Prof. Dr. P. Ulmer, Hamburg

BAND 27

# Vorrangprinzip des Tarifvertrages

von  
MICHAEL COESTER

Wulfértshausen



VERLAGSGESELLSCHAFT RECHT UND WIRTSCHAFT MBH  
HEIDELBERG

**Bayerische  
Staatsbibliothek  
München**

© 1974 Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft mbH, Heidelberg

ISBN 3-8005-6306-1

Gesamtherstellung: Druckerei J. Krause, Umkirch bei Freiburg

## VORWORT

Die Arbeit hat im Juni 1973 der Universität Freiburg i.Br. als Dissertation vorgelegen. Literatur und Rechtsprechung sind bis Ende 1973 eingearbeitet worden.

Mein Dank gilt Herrn Professor Dr. Manfred Löwisch in Freiburg für die Förderung der Arbeit in allen Stadien sowie dem Kuratorium der Wissenschaftlichen Gesellschaft in Freiburg i.Br., das durch einen Druckkostenzuschuss die Drucklegung ermöglicht hat.

Augsburg, Februar 1974

Michael Coester



# INHALTSVERZEICHNIS

Problemstellung	11
<b>Erster Teil</b>	
Vorrang privatautonomer Vereinbarungen . . . . .	13
A. Die besondere Fragestellung im privatautonomen Bereich . . . . .	13
I. Die ursprüngliche Konzeption der Privatautonomie . . . . .	13
II. Die heutige Situation . . . . .	14
III. Die Differenzierung zwischen privaten Normen und Individual- verträgen . . . . .	16
B. Vorrang individueller Vereinbarungen . . . . .	17
I. Dispositives Privatrecht . . . . .	17
II. Nicht-dispositives und zwingendes Recht . . . . .	19
1. Die „Bewehrung“ nicht-dispositiven Rechts mit allgemeinen Sanktionsnormen . . . . .	19
2. Immanente Wirkungsgrenzen nicht-dispositiver Gesetze . . . . .	22
III. Überpositive Kriterien . . . . .	31
1. Institutionenlehre . . . . .	31
2. Die Lehre vom Typus . . . . .	36
IV. Die Rechtswahl im Internationalen Privatrecht . . . . .	39
C. Wirkung und Grenzen privater Normen . . . . .	41
I. Private Normen als Ausübung der Privatautonomie . . . . .	41
1. Der Normenbegriff . . . . .	41
2. Die Kompetenz zur Normenaufstellung . . . . .	43
II. Konkurrenz privater und staatlicher Normen nach geltendem Recht . . . . .	44
1. Legitimation durch die Normunterworfenen . . . . .	44
2. Das Subsidiaritätsprinzip . . . . .	45
3. Private Normen als <i>lex specialis</i> . . . . .	47
4. Zusammenfassung . . . . .	53
<b>Zweiter Teil</b>	
Die rechtliche Bedeutung der Tarifautonomie im Verhältnis zum Staat einerseits und zur Privatautonomie andererseits . . . . .	55
A. Der Meinungsstand . . . . .	55
I. Tarifautonomie als öffentlich-rechtliche Gewalt . . . . .	56
II. Tarifautonomie als „öffentliche“ Gestaltungsbefugnis . . . . .	56
III. Tarifautonomie als privatrechtliche Sonderbefugnis . . . . .	56

IV. Tarifaufonomie als Unterfall der Privataufonomie . . . . .	57
V. Nebeneinander von Tarifaufonomie und Privataufonomie . . . . .	57
B. Die Ausgangssituation . . . . .	57
I. Die Herleitung der Tarifaufonomie . . . . .	58
II. Aussparung des schuldrechtlichen Teils des Tarifvertrags . . . . .	58
C. Tarifaufonomie als öffentlich-rechtliche Gestaltungsmacht. . . . .	58
D. Der „Öffentlichkeitsstatus“ der Tarifvertragsparteien . . . . .	59
I. Der Begriff „öffentlich“ . . . . .	59
II. Bedeutung eines „öffentlichen Status“ . . . . .	60
E. Tarifaufonomie als privatrechtliche Gestaltungsbefugnis . . . . .	62
I. Gemeinsamkeiten zwischen Tarifaufonomie und Privataufonomie . . . . .	62
II. Drittverantwortlichkeit der Tarifaufonomie . . . . .	62
1. Die Bindung der Tarifvertragsparteien an das Gemeinwohl . . . . .	63
2. Tarifaufonomie als gesellschaftliche antagonistische Interessen- wahrnehmung . . . . .	64
3. Delegation staatlicher Verantwortung . . . . .	65
4. Gemeinwohlbindung im Arbeitskampf . . . . .	66
III. Tarifaufonomie als positiv umschriebenes und ausgestaltetes Rechts- institut . . . . .	69
IV. Nebeneinander von Tarifaufonomie und Privataufonomie . . . . .	72
F. Die staatliche Zuständigkeit auf dem Gebiet der Arbeits- und Wirtschafts- bedingungen . . . . .	73
G. Zusammenfassung . . . . .	74

### **Dritter Teil**

Vorrang des Tarifvertrages . . . . .	75
A. Die Erscheinungsformen des tarifvertraglichen Vorranges . . . . .	75
I. Gesetzesrecht . . . . .	75
1. Ausdrückliche Zulassungsnormen . . . . .	75
2. Gesetzesimmanenter Vorrang . . . . .	76
II. Richterrecht . . . . .	76
B. Grundfragen des tarifdispositiven Rechts . . . . .	77
I. Tarifdispositives und parteidispositives Recht . . . . .	77
II. Vorrangprinzip und Zulassungsnormen . . . . .	79
C. Vorrang und Grenzen der Tarifaufonomie im einzelnen . . . . .	80
I. Tarifaufonomie und Grundgesetz . . . . .	80
1. Die Rechtsprechung zur Grundrechtsbindung . . . . .	80
2. Die Bindung an den organisatorischen Teil des Grundgesetzes . . . . .	80
3. Die Grundrechtsbindung . . . . .	81

II. Tarifaufonomie und einfaches Gesetz . . . . .	83
1. Arbeitsrechtliche Gesetze . . . . .	83
a) Der Bereich staatlicher Zuständigkeit . . . . .	84
b) Der Bereich konkurrierender Zuständigkeit . . . . .	85
c) Der absolute Kernbereich der Tarifaufonomie . . . . .	88
d) Die herkömmliche Kernbereichslehre . . . . .	89
e) Die Kritik am Vorrangprinzip . . . . .	90
f) Die Möglichkeit eines Teil-Vorrangs . . . . .	91
g) Musterfunktion tarifdispositiver Gesetze . . . . .	94
2. Nicht-arbeitsrechtliche Gesetze . . . . .	96
3. Zusammenfassung . . . . .	96
III. Tarifaufonomie und Richterrecht . . . . .	98
1. Zum Begriff „Richterrecht“ . . . . .	98
2. Legitimation richterlicher Rechtsetzung . . . . .	99
3. Gleichstellung von Richter- und Gesetzesrecht . . . . .	100
4. Besonderer Vorrang der Tarifaufonomie gegenüber Richterrecht?	101
5. Richterliche Zulassungsnormen . . . . .	104
6. Der Beschluß des Großen Senats des BAG vom 21. 4. 1971 . . . . .	106
7. Zusammenfassung . . . . .	108
IV. Vorrangprinzip und schuldrechtlicher Teil des Tarifvertrags . . . . .	109
1. Der Inhalt des schuldrechtlichen Teils des Tarifvertrags . . . . .	110
2. Die Autonomiezugehörigkeit des schuldrechtlichen Teils . . . . .	113
a) Die Lehrmeinungen . . . . .	113
b) Tarifaufonomie als Grundlage des schuldrechtlichen Teils . . . . .	115
3. Vorrangprinzip und schuldrechtliche Vereinbarungen . . . . .	125
a) Rein kollektive Vereinbarungen . . . . .	126
b) Drittbezogene Vereinbarungen . . . . .	126
4. Zusammenfassung . . . . .	129
Literaturverzeichnis . . . . .	130
Sachwortverzeichnis . . . . .	137





## PROBLEMSTELLUNG

Die Rechtsfigur der „Tarifdispositivität“ ist in jüngster Zeit zunehmend in den Blickpunkt wissenschaftlicher Interessen gerückt. Ausgehend von gesetzlichen Regelungen, die einen ausdrücklichen Vorbehalt zugunsten von Tarifverträgen enthalten, hat die Rechtsprechung die Dispositionsbefugnis der Tarifvertragsparteien in weiterem Rahmen für gegeben erachtet: Demnach soll auch ohne gesetzliche „Zulassungsklausel“ die Möglichkeit eines Vorrangs tarifvertraglicher Regelung gegenüber dem Gesetz bestehen<sup>1</sup>. Außerdem wurden auch richterliche Normen entsprechend der Beurteilung des Vorrangs gegenüber Gesetzen für tarifvertraglich abdingbar gehalten<sup>2</sup>. Die Diskussion über dieses „tarifdispositive Richterrecht“ ist durch den Beschluß des Großen Senats des BAG vom 21. April 1971<sup>3</sup> belebt worden, zumal nach Auffassung des Großen Senats auch schuldrechtliche Vereinbarungen im Tarifvertrag vorrangfähig sein sollen.

Dieser erweiterte Anwendungsbereich rechtfertigt es, über den Begriff des tarifdispositiven Rechts hinaus von einem „Vorrangprinzip des Tarifvertrags“ zu sprechen. Allerdings fehlen diesem Vorrangprinzip im allgemeinen sowie seiner Anwendung im einzelnen, besonders auf den schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrags die gesicherten dogmatischen Grundlagen. Die praktischen Folgerungen der Rechtsprechung wurden zum Teil in der Lehre als zweifelhaft, wenn nicht als bedenklich angesehen<sup>4</sup>.

Die Untersuchung des tarifvertraglichen Vorrangproblems ist Gegenstand des zweiten und dritten Teils dieser Arbeit. Im ersten Teil ist die Frage nach der Vorrangmöglichkeit privatautonomer Vereinbarungen vorangestellt, da die Probleme der Tarifautonomie im allgemeinen Privatrecht zum Teil ihre Entsprechung finden. Der herkömmliche Inhalt und Umfang der Privatautonomie werden seit längerem als unbefriedigend empfunden, die Versuche zu ihrer Neubestimmung sind kaum noch zu erfassen. Ausgehend von der arbeitsrechtlichen Fragestellung interessiert hier nicht in erster Linie die Möglichkeit einer Einengung privatautonomer Gestaltungsbefugnis durch das Gesetz<sup>5</sup>, sondern umgekehrt die Dispositionsfreiheit Privater gegenüber staatlichen Regelungen.

---

1 So BAG v. 12. 11. 1971, DB 72, 340 ff. in bezug auf §§ 74 ff. HGB.

2 Erstmalig im Urteil d. BAG v. 31. 3. 1966, AP Nr. 54 zu § 611 BGB („Gratifikation“).

3 Beschl. v. 21. 4. 1971, DB 71, 1061 ff., 1063 (= AP Nr. 43 zu Art. 9 GG „Arbeitskampf“; RdA 71, 185 ff. = SAE 72, 1 ff.).

4 So Löwisch, Das Übermaßverbot im Arbeitskampfrecht, ZfA 71, 319 ff., 338.

5 Vor allem durch eine „beschränkte Bindungswirkung des dispositiven Rechts“, aber auch durch die Institutionen- und Typenlehre.



VORRANG PRIVATAUTONOMER VEREINBARUNGEN

A. Die besondere Fragestellung im privatautonomen Bereich

I. Die ursprüngliche Konzeption der Privatautonomie

Die Privatautonomie war ursprünglich konzipiert als Freiheitsraum des Individuums und seiner gesellschaftlichen Gruppierungen gegenüber dem Staat, insbesondere dem Gesetzgeber. Ihrer Gewährung lag das Welt- und Menschenbild des Spätliberalismus zu Grunde. Im Mittelpunkt stand der Mensch als seiner sozialen und geschichtlichen Gebundenheiten entkleidetes, souveränes Individuum<sup>6</sup>, das entsprechend Kant'scher Lehre<sup>7</sup> seine hervorragende Stellung einer absoluten Willensfreiheit bei gleichzeitiger sittlicher Selbstverantwortlichkeit verdankte.

Demgemäß war es bei Neuordnung des gesamten Privatrechts nicht nur vertretbar, sondern ein Postulat dieses Menschenbildes, daß man auf eine „Durchordnung“<sup>8</sup> des privaten Bereichs verzichtete und seine Gestaltung im Prinzip den unmittelbar Beteiligten, den einzelnen Individuen überließ. Mit den gesetzlichen Normen des Privatrechts wurden im wesentlichen lediglich dieser Gestaltungsbereich umrissen und die zur Ausübung der Privatautonomie erforderlichen Institute, gewissermaßen als „Instrumente“ zur Verfügung gestellt<sup>9</sup>. Zentrale Merkmale der Ausgestaltung waren das *Rechtssubjekt* als Anknüpfungspunkt aller rechtlichen Regeln und Beziehungen<sup>10</sup> sowie die subjektiven Rechte als Hauptform dieser Beziehungen. Gesetzliche Begrenzungen der Privatautonomie waren selten und auf wenige Grundnormen beschränkt. Der Geschlossenheit des ethischen und sozialen Weltbildes entsprach die Formulierung in einigen, die Rechts- und Gemeinschaftsvorbehalte der Autonomiegewährung quasi nur nach-

---

6 Raiser, *Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit*, in: Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Karlsruhe 1960, Bd. I, S. 101 ff., 102.

7 Raiser, a. a. O.

8 Biedenkopf, *Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung*, Heidelberg 1958, S. 106.

9 Die umfassende Darstellung dieses Vorganges und der dabei beachteten Kriterien findet sich bei F. v. Hippel, *Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie*, Berlin 1936.

10 Raiser, a. a. O.

zeichnenden Generalklauseln<sup>11</sup>. Im übrigen war die Gestaltung des Privatrechts geprägt von der Vorstellung einer weitgehenden gegenseitigen Unabhängigkeit und Einflußlosigkeit des privatautonomen Bereiches einerseits und des Staates andererseits. Die gemeinsamen Grenzen erschienen unproblematisch, da unveränderlich und allgemein anerkannt.

## II. Die heutige Situation

Die bis heute eingetretene Wandlung der Verhältnisse und Anschauungen bedarf keiner ins einzelne gehenden Darstellung und Belegung. Die kaum angepaßte Fortgeltung des überkommenen privatrechtlichen Normenkomplexes führte zwangsläufig zu Spannungen und Problemen, die Gegenstand einer mittlerweile unübersehbaren Zahl literarischer Abhandlungen waren und sind<sup>12</sup>. Soziale Unzuträglichkeiten sowie das Anwachsen und der Mißbrauch privater Macht sind Ausgangspunkte einer Haupttendenz in Rechtsprechung und Schrifttum, die auf eine Wertausfüllung und -bindung der Privatautonomie (gegenüber der früher postulierten „Beliebigkeit“) sowie auf die Herausarbeitung der sozialen Funktion und Verantwortung jeder privaten Rechtsausübung gerichtet ist<sup>13</sup>. Dem liegt die Erkenntnis der engen Verflechtung privater und gemeinschaftlicher (staatlicher) Funktionen und Einflußmöglichkeiten zu Grunde.

Ein korrespondierendes Bild ergibt sich auf der Gegenseite: Die Fähigkeit des Gesetzgebers zur Anpassung der privatrechtlichen Normen und zur Regelung solcher Lebenssachverhalte, deren Befriedung auf dem Boden der herkömmlichen Privatautonomie nicht möglich erscheint, hat sich als äußerst gering erwiesen<sup>14</sup>. Die Nichterfassung regelungsbedürftiger Sachgebiete durch das Gesetz<sup>15</sup> hat zur weitgehenden und auch heute noch zunehmenden Eigennormierung der beteiligten Personen und Gesellschaftsgruppen geführt<sup>16</sup>. Die fort-

---

11 Staudinger-Brändl, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl. Berlin 1957, I. Bd., Einleitung Anm. 21.

12 Vgl. Staudinger-Brändl, a. a. O., Anm. 23 ff.

13 Biedenkopf, Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht, in: Festschrift für Böhm, Karlsruhe 1965, S. 113 ff.; Fikentscher, Vertrag und wirtschaftliche Macht, in: Festschrift für Hefermehl, Heidelberg 1971, S. 41 ff.; Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Bd. I, S. 135 ff.; Raiser, Vertragsfunktion, S. 101 ff.; ders., Vertragsfreiheit heute, JZ 58, 1 ff.; auch die Institutionenlehre ist hier einzuordnen, vgl. unten B. IV. 1.

14 Scholz, DB 72, 1771 ff., 1776, spricht von einer „institutionellen Krise der Gesetzgebung“ und weist auf die Ursächlichkeit für das Anwachsen des Richterrechts hin.

15 Wie z. B. Bankrecht und sonstiger wirtschaftsrechtlicher Sondergebiete, Seerecht.

16 So schon Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bad Homburg v. d. H. 1961 (Nachdruck der Auflage von 1935); Esser, Schuldrecht, 3. Aufl. Karlsruhe 1968/1969, Bd. I, S. 90.

schreitende Entfernung der tatsächlich regelungsbedürftigen Konflikte von den Leitbildern des Gesetzes machte es oft notwendig, von der gesetzlichen Normierung soweit als möglich abzuweichen durch optimale Ausnützung des dispositiven Rechtsbereiches.

Dies förderte die Eingenständigkeit der privaten Regelungen und Normenkomplexe nicht nur im Hinblick auf den Gestaltungsinhalt. Auch hinsichtlich der Wirksamkeitsvoraussetzungen und des Bestandes insbesondere privater Normen besteht heute eine nicht zu übersehende Eigengesetzlichkeit. Entgegen einer verbreiteten Tendenz im Schrifttum<sup>17</sup> muß die Beurteilung dieser Entwicklung nicht notwendig und nicht ausnahmslos negativ ausfallen. Die Probleme der Kontrolle privaten Machtmißbrauchs und der Rückführung immer neuer privater Gestaltungsformen unter die Dogmatik und Wertung des Gesetzes stehen zwar im Vordergrund<sup>18</sup>, sollten aber nicht die Erkenntnis *auch* der Fruchtbarkeit privater Gestaltung durch die unmittelbar Beteiligten verdecken. Die Vorteile der größeren Sachnähe und Initiative sowie der besseren Befriedung liegen auf der Hand<sup>19</sup> und haben im Funktionssystem des Arbeitsrechts ihre markanteste Anerkennung gefunden.

Unter diesem Aspekt wird offenkundig, daß die Antwort der Rechtsordnung auf „selbstgeschneiderte“, konkurrierende private Ordnungen sich nicht im Ruf nach Begrenzung und Bekämpfung erschöpfen darf. Die Nutzbarmachung privater Regelungsmaterien ist gefordert aus praktischen Überlegungen angesichts der Unmöglichkeit normativer Erfassung<sup>20</sup> und Durchdringung aller angesprochenen Materien<sup>21</sup>, möglicherweise aber auch aus dem geltenden Recht selbst: Aus dem Prinzip der Privatautonomie, projiziert auf die veränderte Situation, und aus der Wertentscheidung des Grundgesetzes<sup>22</sup>. Sie bedingt aber eine Überprüfung und gegebenenfalls Korrektur der liberalistisch verfaßten Privatautonomie in *beiden* Richtungen, also auch in erweiterndem Sinne.

---

17 Vgl. oben Fn. 13; auch Lukes, Der Kartellvertrag, München und Berlin 1959, S. 232 ff., Wieacker, Das Bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen, in: Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Bd. II, Karlsruhe 1960, S. 1 ff.; Biedenkopf, Wettbewerbsbeschränkung, S. 128 ff.; ders., Festschrift für Böhm, S. 114 ff.

18 Helm, Private Norm und staatliches Recht beim Massenvertrag, JuS 1965, S. 121 ff., 123.

19 Großmann-Doerth, Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht, Freiburg 1933, S. 19.

20 Nicht zuletzt auch bei grenzüberschreitenden Regelungen, vgl. das Beispiel bei Ferid, Die Allgemeinen Lieferbedingungen für den Export von Anlagegütern gemäß Empfehlung der ECE vom März 1953, Köln 1954.

21 Helm, wie Fn. 18.

22 Insbesondere Art. 1 und 2; letzterer mag zwar eine Garantie der Privatautonomie enthalten, ist aber nicht mit ihr identisch. Vgl. Flume, Rechtsgeschäft, S. 140; Laufke, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, in: Festschrift für Lehmann, Bd. I, Tübingen u. a. 1956, S. 145; Raiser, JZ 58, 6.

Die vorliegende Arbeit kann dabei – ihrem dogmatischen Charakter entsprechend – diese Frage nur insoweit verfolgen und zu klären versuchen, als Antworten aus der geltenden Rechtsordnung hergeleitet werden können. Durch die aufgezeigte Konzeption der Privatautonomie bedingt, ist diese Basis schmal und teilweise ungesichert. Der gleichen Problematik sehen sich aber auch die bekannten Versuche ausgesetzt, die Grenzen der Privatautonomie in einschränkendem Sinne auszubauen<sup>23</sup>.

### III. Die Differenzierung zwischen privaten Normen und Individualverträgen

Entsprechend den zwei verschiedenen Grundtypen privatautonomer Regelungen ist auch die Untersuchung getrennt zu führen: Dem herkömmlichen Bild des Individualvertrags mit Wirkung inter partes und Begrenzung auf einen konkreten Sachverhalt steht das Phänomen einer abstrakt-generellen Regelung durch Private gegenüber, deren Wirkungsanspruch dem einer gesetzlichen Norm gleicht.

Während beim individuellen Schuldvertrag die Berührung mit der staatlichen Norm gewissermaßen auf vertikaler Linie stattfindet, ist bei privaten „Regeln“ zusätzlich eine horizontale Vergleichsmöglichkeit gegeben.

Gerät eine sachlich und personell begrenzte Regelung in Konflikt mit einer abstrakten Regelung des umfassenden Gemeinwesens, so *kollidieren* funktionell verschieden qualifizierte Sollenssätze. Da das privatrechtliche Gesetz in der Regel gerade zur Begrenzung, Leitung und Kontrolle individueller Vereinbarungen eingesetzt ist, kann hier ein Vorrang der letzteren nur in Ausnahmefällen denkbar sein. Die Kollisionsfrage ist unter Berücksichtigung der ratio legis, der gesetzlichen Schutzgüter und der beteiligten Interessen zu entscheiden. Die Konzeption der Privatautonomie als *Freiheitsraum* bedingt dabei die Forderung, daß Beschränkungen nicht weiter gehen dürfen, als von den zugrundeliegenden gesetzgeberischen Wertungen her erforderlich ist<sup>24</sup>.

Der Ordnungsfunktion der generellen Norm<sup>25</sup> steht jedoch in Gestalt der kollidierenden Einzelvereinbarung kein funktioneller Ersatz gegenüber<sup>26</sup>. Anders bei privaten Normen: Als Gebilde, die unter Berufung auf die Privatautonomie entstanden sind, kollidieren natürlich auch sie auf vertikaler Linie mit dem Gesetz. Aber es handelt sich bei ihnen auch um funktionell gleichartige Regelungsinstrumente, die von Struktur und Zielrichtung her mit den staatlichen Gesetzen aus-

---

23 Vgl. oben Fn. 17.

24 Leenen, Typus und Rechtsfindung, Berlin 1971, S. 131.

25 Leenen, a. a. O., S. 129 f.

26 Unten B.

tauschbar sind. Es bietet sich demnach an, den Konflikt beider Sachregelungen zusätzlich unter dem Gesichtspunkt der *Konkurrenz* zu prüfen:

1. Hat die Kollisionsprüfung ausnahmsweise zum Vorrang der privatautonomen Vereinbarung geführt, bleibt zu fragen, ob ihr Normcharakter dieser Vorrangseinräumung entgegen steht<sup>27</sup>.
2. Ergab sich aus der Kollisionsprüfung die Unnachgiebigkeit des Gesetzes, so ist noch eine Abwägung unter Konkurrenz Gesichtspunkten (etwaiger besserer Ordnungsfunktion, Sachnähe und Befriedung) vorzunehmen. Die Kernfrage in diesem Abschnitt ist auf die dogmatischen Grundlagen eines Vorrangs speziell für private *Normen* gerichtet<sup>28</sup>.

## B. Vorrang individueller Vereinbarungen

Nahtstellen zwischen Privatautonomie und staatlichem Ordnungssystem, die unter dem Gesichtspunkt einer Grenzverschiebung besonders von Interesse sind, sind die Verfassung und das einfache, positiv ordnende Gesetz<sup>29</sup>. Aus dem Kreis privatrechtlicher Gesetze bedürfen zunächst jene Normen der Untersuchung, die zum „dispositiven Recht“ gehören (I). Anschließend ist nach Qualifikation und Wirkung der übrigen, nicht ausdrücklich zur Disposition der Parteien gestellten Normen zu fragen (II).

### I. Dispositives Privatrecht

Soweit bei allgemein-privatrechtlichen Rechtsnormen ein Vorrang anderweitiger individueller Abrede oder privater Normsetzung möglich und anerkannt ist, hat in neuerer Zeit die Auffassung Raum gewonnen, daß es sich hierbei nicht um die „Abdingbarkeit“ vergleichsweise schwachen Rechts handelt, sondern um eine im Gesetz selbst angelegte Wirkungsbeschränkung. Das Gesetz will in diesen Fällen von vornherein nur dann eine Regelung privater Beziehungen bewirken, wenn die unmittelbar Beteiligten nicht selbst insoweit ihre Verhältnisse geordnet haben<sup>30</sup>. Dispositive Gesetze haben gemeinsam, daß ihre Regelung nicht aus staatlicher

---

27 Vgl. oben Fn. 17.

28 Unten C.

29 F. v. Hippel, Fn. 9, S. 111, stellt gesetzlichen „Wertregeln“ die „kasuistischen Verbote“ gegenüber. Zu ersteren gehört die Verfassung, während das einfache Gesetz beiden Gruppen zugehören kann.

30 Insbesondere O. Kunze, Das Verhältnis des dispositiven Gesetzesrechts zum Tarifvertrag, in: Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Berlin 1964, Bd. 1, S. 119 ff., 122 ff.; Herschel, Tarifdispositives Recht, DB 71, 2114 ff.



Rahmgebung, Abgrenzung und Kontrolle gegenüber dem Bereich der Privatautonomie motiviert ist. Sie zielen vielmehr in den grundsätzlich der Privatautonomie offengelassenen Zuständigkeitsraum und erfüllen dort eine Orientierungs-, Ergänzungs- und Vereinfachungsaufgabe für den privaten Ausgleich<sup>31</sup>. Sie ergänzen private Abreden und verhelfen ihnen damit zur praktischen Realisierung<sup>32</sup>, sie stellen aber auch ein *Regelungsmuster* zur Verfügung. Die Neutralität des Aufstellers und seine generelle Legitimation zur Verwirklichung und Durchsetzung der Gerechtigkeit fördern im ersten Fall die Befriedigungs- und damit Ordnungswirkung des (unvollständigen) privatautonomen Akts. Hinsichtlich der Musterfunktion ermöglichen sie die Akzeptierung und Verwendbarkeit (im Sinne eines Unterlassens ausdrücklicher Vereinbarung) auch für gegensätzliche Interessenvertreter. Wenn Private jedoch ihre Beziehungen auch insoweit in ihre Auseinandersetzung regelnd aufnehmen, ist der Funktionsbereich der dispositiven Rechtsnorm verlassen.

Dem steht eine verbreitete Lehre gegenüber, die dem dispositiven Recht eine weitergehende Funktion beimißt. Die in ihm zum Ausdruck gekommene Interessenbewertung und Gerechtigkeitsvorstellung des Gesetzgebers soll nur der Vereinbarung freier und gleichstarker Vertragspartner weichen. Gegenüber einseitig aufgestellten Vertragsbedingungen (insbesondere Allgemeinen Geschäftsbedingungen) und gegenüber Verträgen, die Ausfluß überlegener Machtstellung des einen Vertragsteils sind, soll das dispositive Recht in seiner grundsätzlichen Interessenbewertung zwingend sein. Nur sachliche Gründe können demnach eine Abweichung rechtfertigen, die zudem noch angemessen und an der gesetzlichen Ordnungsvorstellung orientiert bleiben muß<sup>33</sup>.

Diese Lehre ist Ausdruck der bereits geschilderten Tendenz<sup>34</sup>, die bislang als das Recht zur Beliebigkeit verstandene Privatautonomie in den Fällen einzuschränken, in denen ein echter Interessenausgleich praktisch nicht mehr stattfindet<sup>35</sup>. Sie findet im Gesetz unmittelbar keine Stütze. Die für einen Vertrag erforderliche Willensübereinstimmung (§§ 145 ff. BGB) ist formal ausgestaltet, Fragen der Machtverteilung und der Vertragsgerechtigkeit gehören nicht zu ihrem Tatbestand. Weicht das dispositive Gesetz aber einem „Vertrag“, so kann damit nur auf den in §§ 145 ff. BGB normierten Vertragsbegriff Bezug genommen sein.

---

31 Leenen, Typus, S. 127 ff.; Lieb, RdA 72, 135.

32 Kunze, a. a. O.; Westermann, Vertragsfreiheit, S. 45.

33 Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., Tübingen 1959, S. 301 f.; Helm, JuS 65, 126 f.; Lieb, RdA 72, 135; Lukes, Kartellvertrag, S. 232; Meyer-Cording, Rechtsnormen, S. 114; Schnorr, Inhalt und Grenzen der Tarifautonomie, JR 66, 327 ff., 329; Wieacker, Festschrift DJT, Bd. II, S. 14 f.

34 Oben A. II.

35 Dieses Ergebnis wurde auch auf anderem Wege zu erreichen gesucht: Nach Biedenkopf (Festschrift für Böhm, S. 113 ff., 135) soll der Zuweisungsgehalt subjektiver Rechte um so schwächer werden, je mehr Macht dem Berechtigten zur Verfügung steht. Dagegen Fikentscher, Festschrift für Hefermehl, S. 45.

Das berechnigte Anliegen der Anpassung privatautonomer Freiheit an die soziologischen Verhältnisse kann de lege lata nicht mit einer „Umfunktionierung“ des dispositiven Rechts erreicht werden<sup>36</sup>.

## II. Nicht-dispositives und zwingendes Recht

Soweit sich privatrechtliche Gesetze nicht ausdrücklich Subsidiarität gegenüber privatautonomem Vereinbarungen beilegen, ist nicht ohne weiteres der Umkehrschluß gerechtfertigt, hier handele es sich um zwingende Normen<sup>37</sup>. Der Umfang des gesetzlichen Geltungswillens ist vielmehr aus dem Gesamtzusammenhang und der Abwägung der beteiligten Interessen zu entnehmen<sup>38</sup>.

Die Bezeichnung als „zwingendes Recht“ in der Literatur hat keine eigene Argumentationskraft, es kann sich nur um das *Ergebnis* einer auf andere Kriterien gestützten Prüfung handeln<sup>39</sup>.

Eines dieser Kriterien ist die „Bewehrung“ der nicht-dispositiven Norm mit einer speziellen oder allgemeinen Sanktionsnorm. Während im ersten Fall der Sanktionsbezug unproblematisch ist, bestehen hinsichtlich der Wechselwirkung zwischen Gesetz und allgemeiner Grenz- oder Sanktionsnorm<sup>40</sup> Unklarheiten und Meinungsverschiedenheiten<sup>41</sup>.

Daran anschließend wird zu untersuchen sein, welche Kriterien sich aus der Struktur des nicht-dispositiven Rechts selbst für seine Geltungskraft gegenüber privatautonomer Gestaltung ergeben<sup>42</sup>.

Schließlich ist noch nach überpositiven Kriterien zu fragen, die für die Abgrenzung zwischen Vertrag und Gesetz Auskunft geben können<sup>43</sup>.

### 1. Die „Bewehrung“ nicht-dispositiven Rechts mit allgemeinen Sanktionsnormen

#### a) § 134 BGB

Die Nichtigkeitssanktion des § 134 BGB bezieht sich auf *Verbotsgesetze*, d. h. Rechtsnormen, die ein Rechtsgeschäft seines besonderen Inhalts wegen

---

36 So i. Erg. Grunsky, AGB und Wettbewerbswirtschaft, BB 71, 113 ff.; Konzen, Buchbespr. von Teichmann, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, AcP 172, 92; Raiser, AGB, S. 232; Simitis, Gute Sitten, S. 177.

37 Sonst wären § 134 BGB ganz, § 138 BGB im wesentlichen überflüssig.

38 BGH, Urt. v. 12. 7. 1955, JZ 55, 581; Larenz, a. a. O., S. 423 ff.; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2: Das Rechtsgeschäft, Berlin u. a. 1965, S. 342 f.

39 Ein Parallelbeispiel aus dem Arbeitsrecht ist der „Individualbereich“ des Arbeitnehmers, vgl. Gamillscheg, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, Berlin 1966, S. 79.

40 Im wesentlichen §§ 134, 138, 242 BGB.

41 Unten 1.

42 Unten 2.

43 Unten 3.

mißbilligen<sup>44</sup>. Nichtigkeit tritt demgemäß nur dann ein, wenn der Gesetzeszweck die absolute Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts erfordert. Dies ist dort nicht der Fall, wo nicht der materielle Inhalt des Rechtsgeschäfts, sondern nur seine äußeren Umstände oder der Abschluß als solcher mißbilligt werden<sup>45</sup>.

Beschränkt sich somit der Anwendungsbereich des § 134 BGB auf eine besondere Gruppe unter den Verbotsnormen (Inhaltsverbote), so findet er – schon vom Wortlaut her – ohnehin keine Anwendung auf nicht-dispositive Gesetze, die *keine* Verbotsnormen sind<sup>46</sup>. Dabei ist es hier ohne Bedeutung, ob sich die gesetzlichen Beschränkungen auf Rechtshandlungen beziehen, die „von vornherein außerhalb des rechtlichen Vermögens der Privatpersonen“ liegen<sup>47</sup>. Jedenfalls scheidet § 134 BGB als allgemeine Sanktionsnorm für das nicht-dispositive Recht in seiner Gesamtheit aus.

#### b) § 242 BGB

Die Generalklausel des § 242 BGB nimmt mit ihrem Wortlaut eindeutigen Bezug auf *individuelle* Verhältnisse der Schuldvertragsparteien<sup>48</sup>. Der generelle Schutz aller nicht-dispositiven Normen ist von § 242 BGB nicht intendiert, so daß diese Bestimmung hier im Rahmen der Untersuchung ausscheidet.

Dies ergibt sich des weiteren aus der Feststellung, daß § 242 BGB nur die Erfüllung bereits entstandener Verpflichtungen zum Thema hat<sup>49</sup>. Die Frage, ob etwas überhaupt wirksam vereinbart werden kann, ist über § 242 BGB nicht zu lösen<sup>50</sup>.

#### c) § 138 BGB

§ 138 BGB ist die grundlegende und bedeutendste Begrenzungsnorm privat-autonomer Vereinbarungsfreiheit. Seiner Konzeption nach ist § 138 BGB äußerste Grenze des individuellen Vertrags<sup>51</sup>.

---

44 Larenz, Allgemeiner Teil, S. 423 ff.

45 Sog. „Ordnungswidrigkeiten“, Larenz, a. a. O., S. 425; bekannt sind insoweit RGZ 103, 263 ff. (Gastwirtsvertrag nach Polizeistunde) und BGHZ 37, 363 ff. (Spielverbot für Einheimische durch § 1 Ziff. 2 Spielbank VO).

46 Typenbeschränkung im Sachen-, Familien- und Erbrecht, Beschränkung der Dispositionsfreiheit u. a., vgl. Flume, Allgemeiner Teil, S. 342; Larenz, Allgemeiner Teil, S. 423 ff.

47 So Larenz, a. a. O., S. 424, für den sich deshalb die Frage der Nichtigkeit oder Gültigkeit „vernünftigerweise“ nicht stellt.

48 Raiser, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 282.

49 Raiser, a. a. O.

50 Raiser, a. a. O.; unrichtig deshalb der Beschluß des GS des BAG v. 29. 11. 1967 (JZ 69, 105 ff., 110 1. Sp.), soweit die Unzulässigkeit von Differenzierungsklauseln aus einer „Unzumutbarkeit“ (§ 242 BGB) für die Arbeitgeber-Seite gefolgert wird. Gegen diese Argumentation Ritter, Anm. in JZ 69, 112; Reuß, Der Streit um die Differenzierungsklauseln, AuR S. 33 ff., 34; Clausen, Der Schuldrechtliche Teil des Tarifvertrags, Diss. Regensburg 1971, S. 138 ff.; vgl. auch unten 3. Teil, C. IV. 2. b) bb) (1) (11).

51 Biedenkopf, Wettbewerbsbeschränkung, S. 127.

Mit dem Begriff „gute Sitten“ ist ein nicht spezifisch rechtlicher, sondern in erster Linie moralischer und soziologischer Richtpunkt gesetzt<sup>52</sup>. Dennoch trägt diese Feststellung nicht die Folgerung, daß § 138 BGB sich in der Verweisung auf eine außerhalb und unabhängig von der Rechtsordnung bestehende Moralordnung erschöpfe, dieser also lediglich rechtliche Relevanz zuerkenne<sup>53</sup>. Die Erkenntnis, daß die wesentlichen Normen der Sozialethik mit den tragenden Grundsätzen der Rechtsordnung inhaltlich zusammenfallen<sup>54</sup>, ermöglicht die grundsätzliche Erstreckung der Sittenklausel auch auf Rechtssätze<sup>55/56</sup>.

Die Frage kann deshalb nur lauten, ob § 138 BGB *alle* nicht-dispositiven Rechtssätze erfaßt<sup>57</sup> oder nur die Grundwertungen der Privatrechtsordnung, die ihr immanenten Wertungsmaßstäbe<sup>58</sup>. Im ersteren Fall wäre jeder Ausweitung privatautonomer Regelungsbefugnis eine strikte Grenze gezogen. Die schematische Wichtigkeitsfolge des § 138 BGB würde für die Privatautonomie die Grenze zum nicht ausdrücklich subsidiären Gesetz unüberschreitbar machen.

Die aufgezeigte Fragestellung ist auch dann nicht hinfällig, wenn man den Begriff „Öffentliche Ordnung“ oder „ordre public“ als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal in § 138 BGB akzeptieren würde<sup>59</sup>, denn die Begriffsbestimmung des ordre public führt zur gleichen Alternative. Trotz mißverständlicher Äußerungen<sup>60</sup> versteht aber auch *Simitis* darunter „Vorstellungen über die Ordnung des gesellschaftlichen Geschehens“ sowie „die Prinzipien der Rechtsordnung“<sup>61</sup>, also nicht die Gesamtheit des nicht ausdrücklich für dispositiv erklärten Gesetzesrechts.

---

52 Staudinger-Coing, § 138, Anm. 3.

53 So aber Larenz, Grundsätzliches zu § 138 BGB, Juristenjahrbuch Bd. 7 (1966/67), S. 98 ff., 104 f.; anders Flume, Allgemeiner Teil, S. 365.

54 Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl., Göttingen 1962, S. 165 ff.; *Simitis*, Gute Sitten und ordre public, Marburg 1960.

55 Dagegen wohl Biedenkopf, Wettbewerbsbeschränkung, S. 127; der Sache nach aber ständige Rechtsprechung, vgl. RGZ 68, 186 ff.; 219 ff.; BGHZ 22, 347 ff.; Freiheit der Berufsausübung und der künstlerischen Betätigung sind *Rechtswerte* (vgl. Larenz, JJ 66/67, 111).

56 Die Verschiedenheit ethischer und rechtlicher Sollenssätze liegt auf anderer Ebene: Recht verlangt äußeres, sozialzutragliches Verhalten, die Ethik darüberhinaus eine „ethische“ innere Motivation des Verhaltens. Vgl. Welzel, a. a. O., S. 166.

57 Für diese Auffassung zitiert *Simitis*, Gute Sitten, S. 20, unrichtig Staudinger-Coing, § 138, Anm. 4.

58 So Larenz, Allgemeiner Teil, S. 428 f.; Staudinger-Coing, § 138, Anm. 11, Soergel-Siebert-Hefermehl, Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl., Bd. I, Stuttgart u. a. 1967, § 138, Anm. 82; Flume, Allgemeiner Teil, S. 366 sowie die in Fn. 55 zit. Rechtsprechung.

59 So insbesondere *Simitis*, Gute Sitten, S. 168 ff.; dagegen Staudinger-Coing, § 138, Anm. 2; Flume, Allgemeiner Teil, S. 365 ff.; Larenz, Allgemeiner Teil, S. 428 ff.

60 Auf Seite 176 setzt *Simitis*, a. a. O., das zwingende Recht mit dem ordre public gleich.  
61 A. a. O., S. 172.

Der Brückenschlag zwischen Moraleboten und rechtlichen Normen ist angesichts des eindeutigen Gesetzeswortlauts und der Entstehungsgeschichte<sup>62</sup> nur über die Identität ethischer und rechtlicher Normen möglich. Diese Identität besteht aber nur zwischen den grundlegenden Prinzipien beider Wertsysteme. Die „kleine Münze“ des Rechts, die spezialisierte und technische Norm, hat sich zwar aus dem leitenden Grundprinzip zu legitimieren, sie führt es gewissermaßen in concreto aus, hat aber keinen unmittelbaren Bezug zur ethischen Generalnorm. Die Verbindung geht in dem Moment verloren, in dem auf der Basis der Wertentscheidung mehrere Einzellösungen denkbar sind, die Entscheidung des Gesetzgebers für die endgültige Norm demgemäß eine pragmatische und keine wertbestimmende mehr ist.

Diese Grenze ist aber nicht deckungsgleich mit der anderen zwischen abdingbarem und nicht abdingbarem Recht. Die Motive des Gesetzgebers für letztere Unterscheidung sind vielfältig, die Sicherung von Grundprinzipien ist nur eine Möglichkeit.

Es ist deshalb der h. L. darin beizutreten, daß § 138 BGB nicht schlechthin jede „zwingende“ Rechtsnorm erfaßt und ihre Nichtbeachtung sanktioniert<sup>63</sup>.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß die Gesamtheit der nicht-dispositiven Gesetze nicht durch eine allgemeine Sanktionsnorm in dem Sinne geschützt ist, daß jede rechtsgeschäftliche Abweichung für unwirksam erklärt wird.

## 2. Immanente Wirkungsgrenzen nicht-dispositiver Gesetze

Ergibt sich der zwingende Charakter gesetzlicher Normen nicht aus einem allgemeinen Verdikt der Abweichung, so sind diese Normen daraufhin zu überprüfen, ob sich aus ihnen selbst eine Aussage über ihren Geltungsbereich entnehmen läßt.

Dabei kann sofort aus den Regelungen der §§ 134, 138 BGB der Schluß gezogen werden, daß das Fehlen einer ausdrücklichen Vorrangeinräumung nicht automatisch die Unabdingbarkeit des Gesetzes zur Folge hat<sup>64</sup>. Eine Argumentation aus einem grundsätzlichen Über- und Unterordnungsverhältnis oder der „Natur der Sache“<sup>65</sup> wäre außerdem zu pauschal, um dogmatisch eine ausreichende Begründung liefern zu können.

Die Grenze privatautonomer Vereinbarungsbefugnis kann vielmehr nur im Einzelfall festgestellt werden anhand der Motivation und des Zweckes entgegengesetzter Rechtsnormen.

---

62 Vgl. Staudinger-Coing, § 138, Anm. 2.

63 Vgl. Nachweise in Fn. 58.

64 Vgl. oben B. II.

65 Vgl. Larenz, oben Fn. 47.

Gesetzliche Eingriffe in den privatautonomen Ausgleichsprozeß lassen sich – soweit es sich nicht um bloße Ordnungsnormen handelt<sup>66</sup> – im wesentlichen drei Motivationsgruppen zuordnen: Dem Parteischutz<sup>67</sup>, dem Verkehrsschutz<sup>68</sup> sowie einem abstrakten Rechtsgüterschutz<sup>69</sup>.

## a) Parteischutz

### aa) *Regelungssachverhalte*

Eine funktionierende im Sinne einer „sich selbst tragenden“ Privatautonomie setzt ihrerseits autonome Rechtssubjekte voraus. Ein echter Ausgleich der beteiligten Interessen und damit aufs Gesamte gesehen eine Ordnung der privaten Verhältnisse<sup>70</sup> ist nur auf der Grundlage grundsätzlicher Freiheit voneinander und gegenseitigen Machtausgleichs möglich. Sicherlich handelt es sich hierbei um ein in praxi selten verwirklichtes Ideal. Dennoch steht die Qualität des erreichten Ausgleichs, seine Befriedigungs- und Ordnungsfunktion in direkt proportionalem Verhältnis zu dem Grad, in dem sich die Lebensverhältnisse dem Ideal nähern.

Zahlreiche vom Gesetzgeber geregelte soziale Beziehungen und Situationen weisen von vornherein immanente Schwächen der einen beteiligten Seite gegenüber der oder den anderen Beteiligten auf. Die Lebenserfahrung führt hier zu der Vermutung, daß die rechtsgeschäftliche Vereinbarung deshalb nicht „gerecht“<sup>71</sup> sein werde. „Ratio legis“ ist in diesen Fällen stets der Schutz der typischerweise schwächeren oder leichtsinnigen Partei. Das gesetzliche Gestaltungsmittel ist in der Regel die Beschränkung dieser oder beider Parteien in ihrer Vereinbarungsbefugnis zu Lasten der schwächeren Seite. Um dieses Phänomen handelt es sich stets, wenn individuelle Positionen „unverzichtbar“ sind, z. B. der Urlaubsanspruch (§ 13, I, S. 3 BUrlG) und der Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall des Arbeitnehmers (§ 9 LFG). Aber auch Naturalobligationen<sup>72</sup> fallen in diese Gruppe sowie formelle (§ 313 BGB) und prozessuale (§ 6 a, I AbzG) Beschränkungen der Vereinbarungsbefugnis.

Die zwingende Wirkung ist entweder in den Normen ausdrücklich betont (§ 2302 BGB) oder sie ergibt sich im Wege der Auslegung (§ 1355, S. 2 BGB)<sup>73</sup>.

66 Vgl. oben B. II. 1. a).

67 Unten a).

68 Unten b).

69 Unten c).

70 Im Sinne einer gesamtverträglichen gegenseitigen Zuordnung aller Einzelinteressen.

71 Weder im materiellen noch im instrumentellen Sinn (als „frei gewollte Regelung“). vgl. Raiser, Vertragsfunktion, S. 102; zur Vertragsgerechtigkeit vgl. M. Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, Tübingen 1970, S. 31 ff.

72 Ehemäklerlohn, Spiel, Wette.

73 Soergel-Lange, § 1355, Anm. 19; M. Wolf (a.a. O.) hält neben diesen gesetzlichen Regelungen die „rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit“ beider Teile für eine recht-

### *bb) Grenzen der zwingenden Wirkung*

Die Legitimation der gesetzlichen Regelungen aus einer umständebedingten Konfliktslage oder vermuteten Unüberlegtheit eines der Beteiligten gibt gleichzeitig den Schlüssel für die Beurteilung der Vorrangfrage in die Hand.

Solange die legitimierenden Umstände faktisch bestehen, fordert der Gesetzeszweck die Unabdingbarkeit der Regelung. Soweit hingegen die Konfliktslage aus tatsächlichen Gründen weggefallen ist, besteht kein Anlaß mehr, die privatautonome Regelungsbefugnis weiterhin zu beschränken. Hauptsächlich trifft dies für den Fortfall des faktischen oder rechtlichen Grundverhältnisses der Beteiligten zu, aus dem sich die Konfliktsituation ergeben hatte: das Arbeitsverhältnis, das Mietverhältnis usw. Soweit der Schutz vermuteter Unüberlegtheit in Frage steht, schränkt das Gesetz in der Regel folgerichtig selbst seine Geltung für den Fall ein, daß der geschützte Beteiligte durch nachhaltige Betätigung oder Aufrechterhaltung seines Bindungswillens dessen Unabhängigkeit von der Konfliktsituation<sup>74</sup> dokumentiert. Dies hat der BGH in dem prozessrechtlichen Beispielfall (§ 6 a, I AbzG) auch ohne ausdrückliche Gesetzesregelung als dessen immanente Wertung erkannt<sup>75</sup>.

Der Konflikt kann schließlich dadurch entfallen, daß durch Hebung der Verhandlungen auf höhere, kollektive Ebene der Ausgleichsmechanismus wiederhergestellt wird. Folgerichtig gestattet das Gesetz deshalb nicht-tarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, das Ergebnis dieses kollektiven Ausgleichs „en bloc“ zu übernehmen, auch wenn sie damit von der für Individuen ausdrücklich zwingenden gesetzlichen Regelung abweicht: §§ 622, III, S. 2 BGB; 13, I, S. 2 BUrlG; 9 in Verbindung mit 2, III, S. 2 LFG<sup>76</sup>.

### *cc) Gegenmeinungen*

Diese Auffassung hat sich mit zwei Gegenargumenten auseinanderzusetzen.

Die 5. Kammer des LAG Hamm hat mit Urteil vom 26. 4. 1972<sup>77</sup> entschieden, daß der Arbeitnehmer auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht auf entstandene Ansprüche nach §§ 1–8 LFG verzichten könne (vgl. § 9 LFG). Dies folge daraus, daß mit dem LFG eine „Mindestgrundlage“ geschaffen worden sei, über die auch der begünstigte Arbeitnehmer nicht disponieren könne<sup>78</sup>.

---

lich geschützte Vertragsvoraussetzung (S. 111 ff.). Rechtsfolge ihres Fehlens soll die Unverbindlichkeit des Vertrags nach dem Muster des § 75 d HGB sein (S.281 f.).

74 § 313, S. 2 BGB; Erfüllung von Naturalobligationen.

75 BGH Ur. v. 7.7.1972, DB 72, 1869 = BB 72, 1073; M. Wolf, Entscheidungsfreiheit, S. 281 f.

76 Zu diesen Bestimmungen vgl. unten 3. Teil, C.IV. 2. c) bb) (2).

77 DB 72, 1781 f., nicht rechtskräftig.

78 Die Ansichten hierzu sind in Rechtsprechung und Literatur geteilt, vgl. die umfassenden Nachweise des LAG Hamm, a. a. O.

Auf der Grundlage des oben gewonnenen Ergebnisses überzeugt die Entscheidung nicht. Es hätte dargelegt werden müssen, inwieweit das in § 9 LFG anerkannte Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers auch *nach* Beendigung des Arbeitsverhältnisses fortbesteht. Der Gesichtspunkt einer „Mindestgrundlage“<sup>79</sup> ist für individuelle Vereinbarungen sachfremd. Jeder kann sein Existenzminimum selbst festlegen, solange er völlig frei entscheiden kann. Ein Schuldner kann sich wirksam zu Zahlungen verpflichten, die wegen der Pfändungsfreibeträge im Wege der Zwangsvollstreckung nicht von ihm erlangt werden könnten. Vollstreckbarkeit ist nicht materielle Wirksamkeitsvoraussetzung einer Verpflichtung.

„Fernwirkung“ des Arbeitsverhältnisses und damit fortbestehendes Schutzbedürfnis können allenfalls für den Beendigungsvorgang selbst bejaht werden und zwar insoweit, als ein Verzicht nicht durch pauschale „Ausgleichsquittungen“ erklärt werden kann<sup>80</sup>. Die ausdrückliche Vereinbarung eines Erlaßvertrages hingegen ist durch § 9 LFG nicht verhindert<sup>81</sup>.

Auf der gleichen Linie liegt das zweite Argument, das sich auf § 4, IV, S. 1 TVG stützen kann:

„Ein Verzicht auf entstandene tarifliche Rechte ist nur in einem von den Tarifvertragsparteien gebilligten Vergleich zulässig.“

Während unter der Geltung der TVVO vom 23. 12. 1918<sup>82</sup> die Zulässigkeit eines Verzichts nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Übereinstimmung mit obiger Grenzziehung beurteilt wurde<sup>83</sup>, geht man angesichts des § 4, IV, S. 1 TVG davon aus, daß eine zeitliche Grenze der Unverzichtbarkeit nunmehr nicht bestehe<sup>84</sup>.

Zum einen kann dieser Auffassung nicht gefolgt werden. Der Wortlaut des § 4, IV, S. 1 TVG zwingt keineswegs zum Schluß in einem oder anderem Sinn. Mit Fortfall der Schutzsituation besteht keine Veranlassung mehr, die Vereinbarungsfreiheit des ehemaligen Arbeitnehmers zu beschränken. Der Anspruch auf tarifliche Rechte steht allen anderen Ansprüchen, auch-allgemein-privatrechtlicher Art gleich und ist wie sie durch Erlaßvertrag verzichtbar.

---

79 Vgl. hierzu unten 3. Teil, C. II. 1. a).

80 Das gilt auch für *streitige* Lohnfortzahlungsansprüche; anders BAG, Urt. v. 21. 12. 1972, AuR 73, 56.

81 So i. Erg. die 3. Kammer des LAG Hamm mit Urt. v. 9. 3. 1971, DB 72, 89; LAG Düsseldorf, Urt. v. 22. 9. 1971 – 9 Sa 575/71 – (unveröffentlicht; Zit. nach LAG Hamm, DB 72, 1781); Lepke, Der Verzicht des Arbeitnehmers auf den Lohnfortzahlungsanspruch im Krankheitsfall, BB 71, 1509 ff.

82 RGBl. S. 1456.

83 Vgl. den Überblick bei Nikisch, Arbeitsrecht, 2. Band, 2. Aufl., Tübingen 1959, S. 456 ff.

84 Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Berlin und Frankfurt 1967, 2. Bd., 1. Hb., S. 438; Nikisch, Arbeitsrecht, S. 459; Maus, Tarifvertragsgesetz, Göttingen 1956, § 4 TVG, Anm. 146.



Zum anderen stände § 4, IV, S. 1 TVG auch im Sinn der Auslegung der h. M. nicht dem oben <sup>85</sup> gewonnenen Ergebnis entgegen. Der Wegfall privatautonomer Vereinbarungsbeschränkung nach Ende der Konfliktslage ist nicht ein rechtsgeschäftlicher Vorrang *contra legem*, sondern das Ergebnis einer Gesetzesauslegung. Es handelt sich um eine sachbedingte immanente Dispositivität.

Die Macht des Gesetzgebers, diesen Vorrang *nicht* einzuräumen oder ausdrücklich auszuschließen, soll nicht bestritten werden. Wenn § 4, IV, S. 1 TVG in diesem Sinn zu verstehen sein sollte, so läge darin geradezu eine Bestätigung der für den Regelfall vertretenen obigen Auffassung.

#### *dd) Nicht-zwingende Regelungsmuster*

Die gesetzliche, den Schutz der Parteien bezweckende Norm kann auch lediglich Aufstellung eines Regel-Musters bedeuten. Den Parteien soll damit eine den Gerechtigkeitsvorstellungen des Gesetzgebers entsprechende Ausgleichsmöglichkeit aufgezeigt werden, die gleichzeitig eine gewisse Warnfunktion vor abweichenden Regelungen erfüllt. Als Beispiel sei hier § 319, I, 1. HS. BGB genannt. Die Möglichkeit einer Abweichung durch Parteivereinbarung ist diesen Normen immanent <sup>86</sup>.

#### b) Verkehrsschutz

Hierbei handelt es sich um einen Oberbegriff für zwei verschiedene Schutzrichtungen: Den Schutz der durch den Rechtsverkehr berührten Allgemeinheit und speziellen Drittschutz.

#### *aa) Gemeinschaftsschutz*

Hier konkretisiert sich die grundlegende Funktion und Legitimation des Rechts als sozialer Veranstaltung in besonderem Maße. Die individuelle Gestaltungsfreiheit findet ihre Grenze nicht nur in der Zuordnung zu anderen Individualinteressen, sondern auch in der Einordnung in ein übergreifendes, spezifisches Gesamtinteresse der jeweiligen Rechtsgemeinschaft <sup>87</sup>. Hierzu gehört der Typenzwang im Sachen-, Familien- und Erbrecht. Ausgesprochene Gemeinwohlschädlichkeit eines Rechtsgeschäfts führt zu dessen Nichtigkeit – sei es, daß dieses Ergebnis als

---

85 2. a) bb).

86 Zu § 319, I, 1. HS: Palandt-Heinrichs, § 319, Anm. 4, Staudinger-Kaduk, § 319, Anm. 9; RGZ 67, 71 ff., 75; 150, 7 ff., 9.

87 Dieses Spannungsverhältnis ist Ausgangspunkt für die Arbeit von H. P. Westermann, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, Heidelberg und New York 1970, insb. S. 24 ff.

gesetzesimmanente Grenze gewonnen wird<sup>88</sup>, sei es durch Anwendung des § 138 BGB<sup>89</sup>.

Neben dem Schutz der Allgemeinheit als solcher steht auch der Schutz noch nicht feststehender Drittpersonen, die deshalb im Einzelfall als Repräsentanten der Allgemeinheit erscheinen. Damit sind sämtliche Gutglaubensvorschriften<sup>90</sup> angesprochen, aber auch alle Vorschriften, die zugunsten unbeteiligter Dritter Rechtsfolgen an einen Rechtsschein knüpfen<sup>91</sup>. Die Aufzählung kann naturgemäß nicht vollständig sein.

Ausschlaggebend für all diese Normen ist der Umstand, daß sie dem Rechtsgeschäft eine dritte Dimension verleihen, den Bezug zur am eigentlichen Interessenausgleich nicht beteiligten Allgemeinheit. Weil und solange dem individuellen Bewußtsein Gemeinschaftsbelange entweder gleichgültig oder zumindest nachrangig gegenüber Privatinteressen erscheinen, ist die gesetzliche Norm geradezu *das* Instrument, um dem Gemeinschaftsvorbehalt jeder Rechtsausübung Ausdruck und Nachdruck zu verleihen. Eine Dispositionsbefugnis Privater ist insoweit ausgeschlossen. Sie können Allgemeinverantwortung weder der Sache nach übernehmen, noch steht sie ihnen funktionell zu<sup>92</sup>.

#### *bb) Schutz bestimmter Dritter*

Im Gegensatz zum Schutz eines *Vertragsteils* (Parteischutz) werden hier bestimmte, an dem geregelten Sachverhalt typischerweise beteiligte Dritte geschützt. Auch hier ist der Schutz daraus legitimiert, daß der Dritte am Verhandlungsprozeß nicht teilnimmt und seine Interessen nicht in den Ausgleich „einbringen“ kann. Entsprechendes gilt bei deliktischen Immissionen. Erlangt er hingegen die Möglichkeit zu rechtsgeschäftlicher Wahrnehmung seiner Interessen in irgendeiner Weise, so steht die gesetzliche Schutznorm einer privatautonomen Gestaltung geradezu im Wege. Sie ist funktionslos und damit disponibel geworden.

Die eigentlichen Schwierigkeiten dieser Normgruppe liegen nicht in obiger Vorrangfrage, sondern in der tatbestandsmäßigen Zuordnung der konkreten Norm zur Gruppe und in der Feststellung des geschützten Dritten. Dies sei an einigen Beispielen erläutert:

#### *(1) Erbrecht*

Nach § 2205, S. 3 BGB sind unentgeltliche Verfügungen des Testamentsvollstreckers über den vorgezeichneten Rahmen hinaus verboten. Als Schutzpersonen kommen hier einerseits die Nachlaßberechtigten (Erben, Vermächtnis-

---

88 Mit Hilfe der Institutionenlehre, vgl. unten III. 1.

89 Palandt-Heinrichs, § 138, Anm. 5, b, aa m. N.

90 Im wesentlichen BGB §§ 135, II; 136; 407; 892; 932; 1138; 1207; 1208; ScheckG Art. 21, 91 §§ 15; 25 HGB; 137, S. 1; 891 BGB; Art. 16, 17 WG; Art. 19, 22 SchG.

92 Kaiser, Die Repräsentation organisierter Interessen, Berlin 1956, S. 315 ff., 354.

nehmer, Pflichtteilsberechtigte), andererseits der Erblasser oder die Nachläßgläubiger in Frage. Während letztere nach herrschender Meinung als Schutzsubjekte ausscheiden, besteht über die Einbeziehung des Erblassers Uneinigkeit<sup>93</sup>. Ein negatives Argument läßt sich aus § 2207, S. 2 BGB herleiten. Im übrigen ergibt sich aus Zweck und Funktion der Testamentsvollstreckung, daß sie sich allein auf das Spannungsverhältnis der Nachläßberechtigten untereinander ausrichtet, während ein Konflikt mit dem Erblasserwillen außer Diskussion steht. Der Testamentsvollstrecker handelt zwar aus eigenem Recht<sup>94</sup>, aber in vorausgesetzter Bindung an die letztwillige Verfügung (§ 2203 BGB). Funktional steht er an Stelle der *Erben*<sup>95</sup> und handelt grundsätzlich mit Wirkung für diese<sup>96</sup>. Unentgeltliche Verfügungen durch ihn über § 2205, S. 3 BGB hinaus beeinträchtigen deshalb die Rechtsposition bzw. Anspruchsposition von Erben, Vermächtnisnehmern und Pflichtteilsberechtigten, so daß dieser Personenkreis als durch § 2205, S. 3 BGB geschützt anzusehen ist. Diese Beteiligten können in ihrer Gesamtheit deshalb auch von § 2205, S. 3 BGB abweichen und weitergehenden Verfügungen Wirksamkeit verleihen<sup>97</sup>.

## (2) § 253 BGB

Der Ausschluß von Ersatzleistungen für immateriellen Schaden in § 253 BGB könnte als Schutz eines allgemeinen Rechtsgedankens<sup>98</sup> gedeutet werden. Die gesetzlichen Ausnahmen<sup>99</sup> weisen jedoch darauf hin, daß ein allgemeiner Grundwert des Rechts insoweit nicht besteht. Als einzig vertretbare Möglichkeit<sup>100</sup> bleibt die Begründung, daß immaterieller Schaden objektiv kaum meßbar und ausgleichsfähig ist und daß deshalb bei Abwägung der gegenläufigen Interessen von Geschädigten und Schädiger *in der Regel* letzterem größerer Schutz zukommt. § 253 BGB verhindert, daß der Schädiger anläßlich einer Schadensver-

---

93 RGZ 74, 215 ff., 218; 105, 246 ff., 249; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29. 10. 1962, NJW 63, 162 f.; Palandt-Keidel, § 2205, Anm. 3; Kipp-Coing, Erbrecht, 12. Bearb., Tübingen 1965, § 68, IV, 2, c.

94 BGH LM Nr. 1 zu § 2203 BGB.

95 Ohne allerdings deren Vertreter oder Beauftragter zu sein, Palandt-Keidel, vor § 2197, Anm. 1.

96 §§ 2206, 2213, 2216–2219 BGB.

97 So jetzt i. Erg. der BGH (Urt. v. 24. 9. 1971, NJW 71, 2264 = MDR 72, 36). Im Fall des § 2208 stände allerdings der erklärte Erblasserwille entgegen. Aber auch insoweit würde der BGH die Übereinkunft aller Nachläßbeteiligten für stärker halten: Für § 2044 BGB Urt. v. 18. 6. 1971, NJW 71, 1805 = MDR 71, 833 = DB 71, 1661 = WM 71, 1126.

98 Unten c).

99 §§ 847; 1300 BGB; § 53, III LuftverkehrsG; § 97, II UrhRG; §§ 27, 35 GWB; § 40 SeemannsG; sowie implizite in Bußansprüchen, §§ 188, 231 StGB; § 26 UWG; § 29 WZG; § 17 GebrMG; § 16 GeschmMG; § 50 PatentG; vgl. Wiese, Der Ersatz des immateriellen Schadens, Tübingen 1964, S. 54.

100 Vgl. Wiese, a.a.O., S. 13.

ursachung mit unkontrollierbaren, in Kausalität und vor allem Umfang zweifelhaften Schadenersatzforderungen konfrontiert wird. Aus dieser Wertung ergibt sich dann zwanglos die Disponibilität des § 253 BGB durch individuelle Vereinbarung zwischen Schädiger und Geschädigtem<sup>101</sup>.

### (3) Wettbewerbsrecht

Besonders schwierig erscheint auch die Feststellung der Schutzrichtung im Wettbewerbsrecht. Können die Kaufleute A und B vereinbaren, daß eine bestimmte Wettbewerbshandlung für ihre Beziehungen

1. als unlauter gelten solle, obwohl sie nach dem Gesetz erlaubt ist;
2. als lauter gelten soll, obwohl sie vom UWG als unlauter verboten ist?

Der Schutzbereich des allgemeinen Wettbewerbsrechts wird unterschiedlich abgegrenzt. Die verschiedenen Funktionen des GWB und des UWG legen ein Ausweichen in „abstrakte Rechtsgüter“ wie „Berufsethos“<sup>102</sup> oder „Wettbewerbsordnung selbst“ oder „Wettbewerbsordnung als Institution“ nahe<sup>103</sup>. Dennoch wird von keiner Seite – soweit ersichtlich – ein völlig subjektloser Schutzzweck vertreten<sup>104</sup>. Vielmehr hat die Rechtsprechung schon früh die Mitbewerber als geschützt angesehen, nicht jedoch die Kunden<sup>105</sup>. Aus der Erkenntnis, daß wirtschaftlicher Wettbewerb jedoch in Auswirkungen und Bedeutung keineswegs eine Privatveranstaltung der Wettbewerber untereinander ist, ergibt sich darüber hinaus auch eine Schutzfunktion des allgemeinen Wettbewerbsrechts zugunsten der Allgemeinheit in ihrer Gesamtheit<sup>106</sup>.

Für Individualvereinbarungen<sup>107</sup> ergibt sich daraus, daß eine vom Gesetz abweichende Vereinbarung nicht wirksam sein kann. Vereinbarungen in bezug auf *lauteren* Wettbewerb stellen sich automatisch als Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des § 1 GWB dar<sup>108</sup>. Im Bereich des unlauteren Wettbewerbs besteht keine Dispositionsbefugnis der Wettbewerber, die gesetzlichen Wertungen sind zwingend<sup>109</sup>.

---

101 So i. Erg. BGH, Urt. v. 12. 7. 1955, JZ 55, 581; BGB-RGRK, 11. Aufl., Berlin 1960, I. Bd., 2. Teil, § 253, Anm. 4; Flume, Allgemeiner Teil, S. 342, Fn. 8.

102 Möhring, Wettbewerbsordnung und Kartellrecht, WuW 54, 493 ff., 497.

103 Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, München und Berlin 1958, S. 223, 210 m. w. N.

104 Fikentscher, a. a. O., S. 224 f.

105 BGH Urt. v. 30. 11. 1954, Z. 15, 338 ff., 355; LG Frankfurt, Urt. v. 11. 10. 1963, NJW 64, 501.

106 Im Anschluß an RGZ 128, 330 ff., 343 der BGH in ständiger Rechtsprechung (Urt. v. 8. 7. 1955, 27. 1. 1956, 11. 11. 1958, LM Nr. 26, 31 und 77 zu § 1 UWG); Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, 2. Aufl., München 1969, S. 33.

107 Zu Wettbewerbsregeln (§§ 28 ff. GWB) vgl. unten C. II. 3. b) cc).

108 H. M., Fikentscher, Wettbewerb, S. 301, Fn. 169.

109 Fikentscher, a. a. O., S. 302; entgegen Fikentschers Meinung vertritt Möhring, WuW 54, 493 ff., keine gegensätzliche Auffassung. Seine einschlägigen Äußerungen beziehen

### c) Abstrakter Rechtsgüterschutz

Hier fehlt dem gesetzlichen Schutzzweck jede Subjektsbezogenheit, auch auf die Gesamtheit der Rechtsgenossen in ihrem konkreten Bestand. Geschützt werden Grundwerte der Gemeinschaft, deren Aufrechterhaltung sozial-ethischen (§ 138 BGB) oder sozialen Forderungen<sup>110</sup> entspricht. Ein Teil dieser Werte ist in den Grundrechten artikuliert. Unabhängig von der Frage, wie diese Werte Eingang in das Privatrecht finden<sup>111</sup>, besteht jedenfalls Einigkeit im Ergebnis über ihre grundsätzliche privatrechtliche Relevanz. Die Aufgabe des Zivilrechtlers besteht in der systemgerechten „Verwertung“ dieser Grundentscheidungen, d. h. in der Gegenüberstellung mit dem System der Privatautonomie und der Prüfung der Grundrechte auf ihren „harten Kern“ auch in bezug auf die Beziehungen der Privaten untereinander. Ein anschauliches Beispiel liefert Art. 11 GG: Der BGH hat mit Urteil vom 26. 4. 1972<sup>112</sup> eine Vereinbarung geschiedener Ehegatten über die Wohnsitzverlegung des Mannes für unwirksam erklärt (§ 138 BGB i. V. m. Art. 11, 1 GG). Diese Entscheidung befriedigt nicht, weil sie die *gegenseitige Zuordnung* von Grundrecht und privatautonomer Gestaltungsfreiheit verkennt. Diese Zuordnung wird notwendig, wenn überhaupt die Privatrechtswirkung eines Grundrechtes festgestellt ist<sup>113</sup>. Das allgemeine Rechtsgut „Freizügigkeit“ ist in einem für die Gemeinschaft unerträglichem Maß erst dann beeinträchtigt, wenn es für den Einzelnen völlig und auf Dauer abbedungen wird. Erst dann melden sich sozialethische Bedenken, die über § 138 BGB zur Nichtigkeit führen, nicht aber bei einer negativen (Verbot des Aufenthalts an einem bestimmten Ort) oder befristeten Beschränkung<sup>114</sup>.

---

sich auf Wettbewerbsregeln (§§ 28 ff. GWB), deren Anwendungsbereich naturgemäß die „Grauzone“ zwischen lauterem und unlauterem Wettbewerb ist (vgl. dazu unten C. II. 3. b) cc)).

110 Z. B. wahrt die Besitzordnung (§§ 858 ff. BGB) den „Rechtsfrieden“, vgl. Raiser, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: *Summum ius, summa iniuria*, Tübingen 1963, S. 145 ff., 154; Palandt-Degenhardt, Einl. vor § 854, Anm. 2, b.

111 Grundlegend BVerfG, Beschl. v. 15. 1. 1958, NJW 58, 257 (indirekte Wirkung); BAG, Urt. v. 3. 12. 1954, E 1, 185 ff., 193 f.; Urt. v. 15. 1. 1955, E 1, 258 ff., 262 (direkte Wirkung).

Die Literatur zur Drittwirkung der Grundrechte ist unübersehbar. Mit diesem Thema hat sich auch die Deutsche Staatsrechtslehrtagung 1971 in Regensburg befaßt; dazu der Bericht von Weber in NJW 72, 1037 ff.; vgl. auch unten Fn. 444.

112 NJW 72, 1414.

113 Zum institutionellen Verständnis der Grundrechte Häberle, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19, II GG*, 2. Aufl., Karlsruhe 1972; Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 5. Aufl., Karlsruhe 1972, S. 28 f., 132 f. Zur besonderen Bedeutung dieser Lehre für das Arbeitsrecht vgl. unten 3. Teil, C. II. 1. b) aa).

114 So i. Erg. schon RG Urt. v. 22. 10. 1910, WarnRspr. Nr. 412, S. 428; Urt. v. 16. 10. 1914, WarnJahrb. 1915, Nr. 38, S. 19; kritisch zum BGH-Urteil v. 26. 4. 1972 auch Merten in seiner Anmerkung NJW 72, 1799.

Diese Rechtslage hat allerdings mit einem „Vorrang“ privatautonomer Vereinbarungen nichts zu tun. Sie ergibt sich als immanente Grenze der Grundrechtswirkung einerseits und privatautonomer Gestaltungsfreiheit andererseits aufgrund der Kollision zweier Rechtswerte. Ein echter Vorrang in dem Sinn, daß *im Wirkungsbereich* eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes Abweichendes vereinbart werden könnte, ist hingegen nicht denkbar.

### III. Überpositive Kriterien

Die im vorangehenden Abschnitt behandelten Normgruppen erschöpfen nicht die Gesamtheit des positiven Rechts. Es handelt sich nur um Beispiele besonders wichtiger, auf gemeinsame Wertung rückführbarer Bestimmungen, die zugleich Auskunft über ihr Verhältnis zu privatautonomer Vereinbarungsfreiheit geben. Darüber hinaus rücken in neuerer Zeit zunehmend Versuche in den Blickpunkt juristischen Interesses, die sich nicht aus der Einzelnorm, sondern aus dem Normengefüge ergebenden Bewertungsmaßstäbe zu artikulieren und für die Rechtsanwendung zugänglich zu machen. Als Lösungswege werden hauptsächlich die „Institutionenlehre“ und die Lehre von der „Typengesetzlichkeit“ vertreten. Im Rahmen dieser Arbeit sind beide Lehren daraufhin zu untersuchen, ob und inwieweit sie eine dogmatisch befriedigende Antwort für eine weitergehende Abgrenzung zwischen Vertrag und Gesetz ermöglichen.

#### 1. Institutionenlehre

##### a) Darstellung

Mit „Institution“ (oder „Institut“, „Rechtsinstitut“) wird eine normativ verfestigte gesellschaftliche Beziehungsform bezeichnet<sup>115</sup>. Gegenüber dem rein soziologischen Befund ist die rechtliche Institution durch gesetzgeberische Gestaltung geprägt: Entweder schafft der Gesetzgeber eine bestimmte Beziehungsform für die Rechtsgenossen, oder er übernimmt, entwickelt und kanalisiert vorgefundene gesellschaftliche Formen<sup>116</sup>. Da sein Gestaltungsinstrument, die Rechtsnorm, notwendigerweise subsumtionsfähig und deshalb abstraktbegrifflich zu sein hat, besteht die Gefahr, daß die Gesamtwertung des Regelungskomplexes durch die im Vordergrund stehenden Begriffe verdeckt, unter Umständen sogar

---

115 Löwisch, *Der Deliktsschutz relativer Rechte*, Berlin 1970, S. 123; Raiser, *Institutionenschutz*, S. 147, spricht von „geläufigen Beziehungsformen“.

116 Löwisch, a. a. O.; Rüthers, „Institutionelles Rechtsdenken“ im Wandel der Verfassungsepochen, Bad Homburg u. a. 1970, S. 38.

durch isolierte Betrachtung verfälscht wird. Die Institutionenlehre will demgegenüber durch Betonung der Gesamtkonzeption diese auch im Anwendungsbereich der Einzelnorm zur Geltung bringen<sup>117</sup>. Da es sich bei einer Institution stets um eine *gesellschaftliche* Beziehungsform handelt, ist damit auch die Möglichkeit eröffnet, dem sozialen Charakter des Privatrechts gegenüber der oft einseitig im Mittelpunkt stehenden individuellen Komponente Gewicht zu verleihen<sup>118</sup>. Über die Institutionenlehre soll das Gemeinschaftsinteresse Eingang in die juristische Wertung erlangen, dem Individualschutz wird der übergreifende Ordnungsschutz an die Seite gestellt<sup>119</sup>.

Dieses Ziel wird erreicht, indem entweder der Grundwertung der Institution normativer Gehalt zugesprochen wird mit der Folge, daß zweckwidrige Rechtsgeschäfte unwirksam sind<sup>120</sup>, oder indem bei Abwesenheit spezieller Schutznormen § 823, II BGB zur „Bewehrung“ der Institution herangezogen wird<sup>121</sup>. Als institutionalisierte Beziehungsformen in diesem Sinn wurden u. a. genannt die Wettbewerbsordnung<sup>122</sup>, der Vertrag oder die Vertragsfreiheit<sup>123</sup>, das subjektive Recht<sup>124</sup>, der Arbeitskampf<sup>125</sup>, die Gesamtbetriebsvereinbarung<sup>126</sup> sowie schließlich die allgemeinen dogmatischen Grundsätze der Institutionenlehre selbst<sup>127</sup>.

---

117 Simitis, Gute Sitten, S. 172 ff.

118 Löwisch, a. a. O., S. 124; Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 2. Aufl., Berlin 1969, S. 138.

119 Raiser, Institutionenschutz, S. 148 f., 161, 167; Löwisch, a. a. O.

120 Raiser, a. a. O., S. 167, 150–153; Esser, Schuldrecht, 3. Aufl., Bd. I, Karlsruhe 1968, S. 34 f.

121 Löwisch, a. a. O., S. 127, 133; dagegen Fikentscher, Vertrag und wirtschaftliche Macht, S. 56; Der Einzelne wird anders als in § 823, II BGB hier nicht als subjektiv Berechtigter, sondern nur als „Funktionär der Gesamtrechtsordnung“ geschützt (die Formulierung stammt von Biedenkopf, Festschrift f. Böhm, S. 116).

122 Fikentscher, a. a. O., S. 55; Raiser, Institutionenschutz, S. 157.

123 Rüthers, Institutionelles Rechtsdenken, S. 32; Raiser, JZ 58, 1; ders., Vertragsfunktion, S. 119; Biedenkopf, Wettbewerb, S. 108; Säcker, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, Düsseldorf 1969, S. 18.

124 Biedenkopf, Festschrift f. Böhm, S. 135; gegen die dort vertretene „Relativierung subjektiver Rechte“ Fikentscher, a. a. O., S. 45.

125 Rüthers, Institutionelles Rechtsdenken, S. 32, 54; Richardi, Anmerkung zu BAG GS v. 21. 4. 1971, SAE 72, 10 ff., 11; zweifelnd Löwisch, Deliktenschutz, S. 215.

126 BAG Urt. v. 31. 3. 1971, BB 71, 871 ff., 872.

127 Löwisch, a. a. O., S. 128. Gelegentlich werden noch einzelne Institutsgruppen unterschieden:

a) Instrumentale Institute, denen alle unterworfen sind,

b) Organisatorische Institute, die Gruppenordnungen zum Inhalt haben;

vgl. Löwisch, a. a. O., S. 125; Meyer-Cording, Die Rechtsnormen, Tübingen 1971, S. 75 ff., versteht unter „Institutionen“ nur organisatorische Gebilde; ähnlich Kaiser, Die Parität der Sozialpartner, Karlsruhe 1973, S. 35, wenn er meint, daß jeder Sozialpartner als Institution anzusehen sei.

## b) Die Kritik von *Rüthers*

An dieser Lehre ist insbesondere von *Rüthers* scharfe Kritik geäußert worden. Am Beispiel der unterschiedlichen Rechtsprechung zur „Institution Ehe“ im Dritten Reich, in der DDR (bis zum Erlass des Familiengesetzbuches vom 20. 12. 1965) und in der Bundesrepublik Deutschland bei im wesentlichen unverändertem Gesetz zeigt *Rüthers* die Gefahr des Mißbrauchs der Institutionenlehre zur Gesetzesmanipulation<sup>128</sup>. An Stelle des Gesetzespositivismus trete ein unkontrollierter Richterpositivismus<sup>129</sup>. Es seien drei Institutionenbegriffe zu unterscheiden<sup>130</sup>:

1. Der *faktische Begriff* erfaßt die reale, gesellschaftliche Erscheinung. Aus ihm normative Folgerungen zu ziehen, hieße die Lehre von der „normativen Kraft des Faktischen“ zu erneuern.
2. Der *metaphysische Begriff* nimmt Bezug auf eine außerrechtlich vorgegebene und gegebenenfalls austauschbare Wertordnung („Wesen der Ehe“)<sup>131</sup>. Seine Anerkennung ermögliche verdeckte Rechtsänderung durch Richterspruch<sup>132</sup>.
3. Der *normative Begriff* leitet Ursprung, Inhalt und Zweck der Institution aus den vorhandenen gesetzlichen Normen her. Insofern stellt er nach *Rüthers* eine Kurzform für die Summe der Normen nach ihrer Auslegung dar<sup>133</sup>.

Im letzteren Fall komme dem Begriff kein eigener materieller Gehalt zu. Die ersten beiden Begriffe seien dogmatisch nicht haltbar, es handele sich in Wahrheit um eine Leerformel<sup>134</sup> und der Sache nach um eine verschleierte richterliche Rechtsetzung<sup>135</sup>. Die Institutionenlehre habe dogmatisch keine Existenzberechtigung<sup>136</sup>.

## c) Berechtigung und Grenzen der Institutionenlehre

Wenn es sich bei Anwendung des Institutionengedankens tatsächlich um Rechtsfortbildung handelte, müßte ihm jeder dogmatische Stellenwert abgesprochen werden. *Rüthers* Verdienst liegt in der Erarbeitung der verschiedenen Denkvorgänge, die hinter dem Begriff „Institution“ stehen können. Der unreflektierte

---

128 Institutionelles Rechtsdenken. S. 20–29.

129 A. a. O., S. 41 ff.

130 A. a. O., S. 34 f.

131 A. a. O., S. 30.

132 A. a. O., S. 45.

133 A. a. O., S. 41 ff.

134 A. a. O., S. 18 f.

135 A. a. O., S. 53 f.

136 So auch H. P. Westermann, Vertragsfreiheit, S. 282; zu dessen Typenlehre vgl. unten 2.



Gebrauch dieses Begriffs ist fortan nicht mehr möglich, er hat sich vielmehr der Kritik zu stellen.

Hierbei ist vorab der faktische Begriff als untauglich auszuschneiden. *H. P. Westermann*<sup>137</sup> hat überzeugend nachgewiesen, daß die Seinsordnung nicht Anknüpfungspunkt normativer Folgerungen sein kann. Die faktische Entwicklung würde auf halbem Wege durch die ihr beigelegte Eigengesetzlichkeit gebremst werden.

Auch der metaphysische Begriff ist für eine dogmatisch abzusichernde Institutionenlehre unverwendbar. Er wird von ihren Befürwortern aber auch nicht zugrundegelegt. Zwar ist zuzugeben, daß mit dem „Wesen der Ehe“ (§§ 43, 48 EheG) auf eine außerrechtliche Wertordnung Bezug genommen wird. Aber nichts zwingt dazu, die „Institution Ehe“ gleichzusetzen mit diesem, vom Gesetz selbst ausgesprochenen „Wesen der Ehe“. Im Gegenteil findet der richtig verstandene Institutionenbegriff am außerrechtlichen „Wesen“ seine Grenze. Bei den von *Rüthers* aufgezeigten Fehlentwicklungen handelt es sich nicht um Rechtsmißbrauch *mittels* Institutionenlehre, sondern um einen Mißbrauch des Institutionenbegriffs zum Zwecke des Rechtsmißbrauchs. Die Institution als rechtlich verfestigte gesellschaftliche Beziehungsform gewinnt Leben und normative Kraft nur aus dem Gesetz selbst. Weder Metaphysik noch Fakten<sup>138</sup> bilden oder ergänzen ihren Tatbestand<sup>139</sup>. Kann der Institution<sup>140</sup> somit nur der *normative Begriff* zugrundegelegt werden<sup>141</sup>, so läßt sich auch ihre dogmatische Leistungsfähigkeit abmessen: Die Institutionenlehre bietet nicht „neue“ Grenzen und Strukturen gegenüber der positiven Ordnung, sondern die zusammenfassende Bezeichnung für die über das rein Begriffliche hinausgehende Ordnung des Gesetzes. Sie ist Erkenntnis- und Artikulationshilfe. Ihre Ergebnisse für die Beurteilung rechtsgeschäftlicher Gestaltungsmacht können im Vergleich zur begriffsverhafteten Normanwendung verschieden wirken: Beschränkend durch Aufzeigung systemimmanenter Gesetzesgrenzen, erweiternd durch Beseitigung begrifflich-vordergründiger Kurzschlüsse.

---

137 A. a. O., S. 75 ff., 84.

138 Konzen, Buchbesprechung von Teichmann, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, München 1970, AcP 172, 92 ff., 95.

139 Diese Beziehung auf die „Strukturen des Normbereichs“ ist unerläßlich für jeden überpositiven Abgrenzungsversuch, vgl. Friedr. Müller, Die Positivität der Grundrechte, Berlin 1969, S. 98 f.

140 Oder terminologisch besser „Rechtsinstitut“, *Rüthers*, Institutionelles Rechtsdenken, S. 38.

141 *Scholz*, Arbeitsverfassung und Richterrecht, DB 72, 1771 ff., 1778, vertritt die Auffassung, mit „Institutionen“ seien stets nur „institutionalisierte richterliche Entscheidungen“ gemeint. Das ist durch den Normenbezug des Begriffs widerlegt.

#### d) Die Institutionenlehre am Beispiel der Besitzordnung

Letztgenannte erweiternde Funktion sei an einem Beispiel erprobt: Ist eine Vereinbarung zwischen den Nachbarn A, B und C wirksam, wonach unter ihnen das Selbsthilferecht des § 859, I BGB ausgeschlossen sein soll und jeder ausschließlich auf die Klage nach § 861 BGB verwiesen wird?

Die Besitzordnung (§§ 854 ff. BGB) ist ein Rechtsinstitut mit dem Zweck, den „Rechtsfrieden“ aufrechtzuerhalten<sup>142</sup>. Dieser Zweck verbietet grundsätzlich die Zulassung von Selbsthilfe und Gewalt. § 859, I BGB macht hiervon eine Ausnahme, da der äußere Frieden durch den frisch betroffenen Täter ohnehin eklatant gestört ist und die Versagung des Selbsthilferechts für den Besitzer deshalb willkürlich wirken würde. Die Abdingbarkeit des § 859, I BGB ergibt sich dabei keineswegs schon aus dem Wortlaut („darf“). Natürlich *muß* der Besitzer sein Recht nicht ausüben. Ob er sich zur Nichtausübung aber rechtlich verpflichtet kann, ist damit noch nicht beantwortet.

Die Wirksamkeit der Vereinbarung folgt aber aus der Erkenntnis, daß Zweck und Funktion des Instituts „Besitzordnung“ mit ihr nicht verhindert, sondern sogar auf der Linie des Normgefüges gefördert werden, und zwar in stärkerem Maße, als der Gesetzgeber durch einseitige Regelung den Beteiligten zumuten wollte. Die allgemeine Formel von der zwingenden Natur sachenrechtlicher Normen ist in diesem Fall durch institutionelle Betrachtungsweise widerlegt.

Auf ein weiteres Beispiel sei nur hingewiesen: Sollte der Arbeitskampf als Rechtsinstitut anzuerkennen sein<sup>143</sup>, so ergäbe sich aus dem Institutszweck, daß das Ziel der Schädigung und Nötigung der Gegenseite hier nicht die Rechtswidrigkeit des Arbeitskampfes begründen kann. Hierbei handelt es sich vielmehr um ein konstitutives Tatbestandsmerkmal des Arbeitskampfes<sup>144</sup>.

#### e) Zusammenfassung

Im Ergebnis ist festzustellen, daß die Lehre von den Rechtsinstituten (Institutionenlehre) grundsätzlich legitim und zur Rechtsanwendung brauchbar ist. Erhebliche Schwierigkeiten der Lehre liegen in der Feststellung und Umschreibung des *Tatbestands* eines Instituts: Wann erlaubt die Dichte und Aussagekraft eines Normgefüges, von einem „Institut“ zu sprechen und daraus einen allgemeinen Institutszweck herzuleiten? Allzugroße Abstraktion – etwa „Arbeitsrecht“, zweifelhaft „Arbeitskampf“, „Vertrag“, „subjektives Recht“ – führt zur

---

142 Raiser, Institutionenschutz, S. 154.

143 Das erscheint bedenklich, vgl. unten e).

144 Galperin, Sozialadäquanz und Arbeitskampfordnung, in: Festschrift für Nipperdey, Bd. II, München und Berlin 1965, S. 197 ff., 198.

Aussagelosigkeit<sup>145</sup> oder verleitet zu Aussagen, die nicht mehr dem Gesetz, sondern einem „Metasystem“ zuzurechnen sind. Diese Fragen verlassen jedoch den Rahmen des Themas.

## 2. Die Lehre vom Typus

### a) Darstellung

Neben der Institutionenlehre ist ein zweites Lehrsystem zu beobachten, mit dem immanente und überpositive Grenzen privatautonomer Vereinbarungsfreiheit verdeutlicht werden sollen: Die Lehre von der „Typengesetzlichkeit“<sup>146</sup> oder allgemeiner vom Rechtsbegriff „Typus“. Die nähere Untersuchung zeigt, daß der Argumentation mit dem Typenbegriff zwei gänzlich verschiedene Tendenzen zugrundeliegen. Auf der einen Seite ist der Typus Interpretationsinstrument für das Gesetz und soll seiner Behauptung und Durchsetzung gegenüber privatautonomer Gestaltungsfreiheit dienen<sup>147</sup>. Von anderer Seite wird der Typus als Rechtsfigur angesehen, mit deren Hilfe der Raum der Privatautonomie erweitert werden kann gegenüber dem Bereich staatlicher Gesetzgebung<sup>148</sup>. Dabei haben beide Tendenzen weitgehend eine gemeinsame Basis. Die Notwendigkeit der Typenlehre ergibt sich nach Auffassung ihrer Vertreter aus der mangelnden Anpassungsfähigkeit des Gesetzgebers an die wirtschaftlichen Veränderungen des 20. Jahrhunderts und der daraus folgenden Unzulänglichkeit gesetzlicher Institute zur Erreichung wirtschaftlich notwendiger Ziele<sup>149</sup>. Die am Privatrechtsverkehr Beteiligten haben eine größere Elastizität der Rechtsordnung zu erreichen versucht durch getrennte Verwendung von gesetzlich vorgegebener *Form* („Rechtsformtypus“)<sup>150</sup> und gesetzlicher Grundwertung eines Lebensverhältnisses („Strukturtypus“)<sup>151</sup>. Mit dem „Strukturtypus“ soll gegenüber dem abstrakten Begriff das „Sinnganze“ eines Regelungskomplexes hervorgehoben werden<sup>152</sup>. Gegenstand der Betrachtung sind dabei sowohl die normative Wer-

---

145 F. Müller, a. a. O. (Fn. 139), S. 98 f.

146 So Westermann, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit (Fn. 87).

147 Westermann, a. a. O.; Flume, Allgemeiner Teil, S. 497 ff.; ders., Rechtsgeschäft und Privatautonomie, S. 220 ff.; Leenen, Typus (Fn. 24).

148 Huber, Typenzwang, Vertragsfreiheit und Gesetzesumgehung, *JurA* 70, 784 ff. (*RuM* 22 ff.), insbes. S. 810 ff. (*RuM* 48 ff.).

149 Huber, a. a. O., S. 812 (*RuM* 50).

150 Huber, a. a. O., S. 787 (*RuM* 25); der Formtypus ist angesprochen mit dem bekannten Begriff „Typenzwang“ im Sachen-, Familien- und Erbrecht.

151 Huber, a. a. O., S. 788 (*RuM* 26); Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin u. a. 1969, S. 428.

152 Westermann, Vertragsfreiheit, S. 97 f.; Herschel, Die typologische Methode und das Arbeitsrecht, in: Festschrift für Kunze, Berlin 1969, S. 225 ff., 229; Leenen, Typus, S. 46 f.

tung als auch das konkrete Lebensverhältnis<sup>153</sup>. Frei von der tatbestandlichen Geschlossenheit des juristischen „Begriffs“ erfolgt hier eine wertungsmäßige „Zuordnung“<sup>154</sup>, der Strukturtypus ist gegenüber dem Begriff vergleichsweise „offen“<sup>155</sup>.

An der Verbindlichkeit dieses Strukturtypus sowie der Freiheit zur Manipulation mit Rechtsform und materieller Gesetzeswertung scheiden sich die beiden Grundtendenzen der Typenlehre. Allerdings besteht auch noch darin Übereinstimmung, daß die (vom Strukturtypus her gesehene) „typenfremde“<sup>156</sup> Wahl einer Rechtsform nicht eo ipso zur Unzulässigkeit des Rechtsgeschäfts führt. Huber weist dies am Beispiel der Sicherungsübereignung, der GmbH und Co. KG, der Ein-Mann-GmbH und der Verträge unter Lebenden auf den Todesfall (§§ 2301 und 331 BGB) nach<sup>157</sup>. Die Diskussion kann sich demnach nur darauf beziehen, ob die Wertungsnormen der Gewählten Rechtsform anzuwenden sind oder ob die dem Zweck des Rechtsgeschäfts (Lebenstypus) eigentlich zugeordneten Wertungen der *vermiedenen* Rechtsform analog heranzuziehen sind<sup>158</sup>

## b) Berechtigung und Grenzen der Typenlehre

Soweit es der Typenlehre darum geht, das „Sinnganze“ einer Regelung hervorzuheben und den Wesenskern der gesetzlichen Wertung herauszustellen, muß nach ihrem Verhältnis zur Institutionenlehre gefragt werden. Beide verfolgen insoweit dasselbe Anliegen. Es geht nach den obigen Ausführungen<sup>159</sup> auch nicht an, die Institutionenlehre ins „Metajuristische“ abzudrängen und damit abzulehnen<sup>160</sup>. Vielmehr handelt es sich um zwei verschiedene Erkenntnis- und Artikulationshilfen<sup>161</sup> zur Feststellung des gesetzlichen Wirkungsanspruches, die gleichberechtigt nebeneinanderstehen.

Wie die Institutionenlehre, so weist auch die Typenlehre ihre spezifischen Gefahren auf. Die notwendige Typisierung von Lebenssachverhalten kann leicht zur Schematisierung und damit Verfälschung werden. Das wird im Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 24. 2. 1971<sup>162</sup> angesprochen, wenn in bezug auf

---

153 Westermann, a. a. O., S. 62; Huber, JurA 70, 787 (RuM 25); Larenz, Methodenlehre, S. 432.

154 Westermann, a. a. O., S. 98, 101; Herschel, a. a. O., S. 229, 234; Larenz, a. a. O., S. 440.

155 Leenen, Typus, S. 34 ff.; Westermann, a. a. O.; Larenz, a. a. O., S. 439.

156 Huber, JurA 70, 789 ff. (RuM 27 ff.).

157 A. a. O., S. 791 ff. (RuM 29 ff.).

158 Huber, a. a. O., S. 797 ff. (RuM 35).

159 Oben I. c).

160 So Westermann, Vertragsfreiheit, S. 62 f.

161 F. Müller, Grundrechte, S. 98 f., läßt hingegen den „Typus“ nicht als Quelle rechtlicher Erkenntnis gelten.

162 NJW 71, 1123 ff., 1125 sub c).

wahlrechtliche Probleme die Rede ist von „Vermutungen, die in ihrer Allgemeinheit nachweislich nicht richtig sind“. Hierher gehört auch die subjektsbezogene Typisierung, z. B. der „typische Arbeitnehmer“<sup>163</sup> oder der „Berufstyp“ des angestellten Kraftfahrers<sup>164</sup>.

Des weiteren bewirkt die gegenseitige Interpretation von Norm und Lebenssachverhalt eine Faktenbezogenheit der Typenlehre, die leicht zu einer „normativen Kraft des Faktischen“ werden kann. Letztere wird zwar von *Westermann*<sup>165</sup> im Prinzip scharf abgelehnt<sup>166</sup>, kann aber bei Gewinnung des Strukturtypus aus Gesetz *und* Lebenssachverhalt nicht ausgeschlossen werden<sup>167</sup>. Andererseits ist die „Anschauung“ des Sachverhalts unerlässlich, um das Rechtsgeschäft materiell erfassen und gegebenenfalls abweichend von der gewählten Rechtsform anderweitigen gesetzlichen Wertungen zugänglich machen zu können.

Das Verständnis der Typenlehre als positives Gestaltungsmittel der Privatautonomie zum Zweck der *Erweiterung* ihres Handlungsraums setzt zweierlei voraus: Anerkennung der Freiheit der Parteien, die Rechtsform für den von ihnen angestrebten Zweck frei zu wählen<sup>168</sup>, und grundsätzliche Anwendung des Strukturtypus der *gewählten* Rechtsform, also weitgehende Einschränkung analoger Anwendung desjenigen Strukturtypus, den die Parteien vermeiden wollten. Diese Anerkennung haben in der Praxis z. B. die Sicherungsübereignung (vermiedene Rechtsform: Verpfändung; gewählte Rechtsform: Eigentum), die GmbH und Co. KG und die Verträge unter Lebenden auf den Todesfall gefunden<sup>169</sup>.

*Huber* erreicht dieses Ergebnis, indem er zur Rechtfertigung des gewählten Typus auch Wertungen des Gesetzgebers an anderer Stelle ausreichen läßt, die mit der vermiedenen Wertung in Widerspruch stehen<sup>170</sup>. Eine Vereitelung des Geschäftszwecks durch analoge Anwendung der vermiedenen Normen ist danach letztlich nur möglich, wenn die Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit widerspruchslös einer Wertung entgegensteht, wie sie durch Anwendung des gewählten Normenkomplexes vollzogen würde. In der Tat ist dies die einzig konsequente Lösung, wenn die freie Wahl der Rechtsform im Grundsatz nicht beanstandet wird.

---

163 Herschel, Festschrift für Kunze, S. 237.

164 BGH Urt. v. 18. 12. 1968, NJW 69, 660.

165 A. a. O., S. 75 ff., 84.

166 Vgl. auch oben I. c).

167 Die untrennbare Verflechtung faktischer und normativer Elemente wird in den Formulierungen von Larenz (Methodenlehre, S. 432) deutlich: Typen seien „Konzentrate der Rechtswirklichkeit“, „auf die Realität des Rechtslebens . . . bezogene Sinngebilde“.

168 Das entspricht nach Huber, JurA 70, 804 (RuM 42) der „herrschenden Praxis“.

169 Die Beispiele sind von Huber, a. a. O., S. 791 (RuM 29) übernommen.

170 A. a. O., S. 798 (RuM 36), S. 806 (RuM 44).

## IV. Die Rechtswahl im Internationalen Privatrecht

Angesichts des festgestellten Kreises der in keinem Fall abdingbaren Normen ist hier noch kurz auf die Möglichkeit der Rechtswahl durch die Parteien im Internationalen Privatrecht einzugehen. Das deutsche Internationale Privatrecht gibt den Parteien zumindest im Internationalen Schuldrecht<sup>171</sup> nach ganz herrschender Auffassung die Möglichkeit, die auf das Schuldverhältnis anwendbare Rechtsordnung zu bestimmen<sup>172</sup>. Durch eine solche Rechtswahl wird die inländische Privatrechtsordnung zugunsten des gewählten ausländischen Rechts *auch mit ihren zwingenden Normen* verdrängt<sup>173</sup>. Diese kollisionsrechtliche Parteiautonomie ist von der materiell-rechtlichen Privatautonomie zu unterscheiden. Letztere ist ein Institut des innerstaatlichen Privatrechts, erstere ein davon verschiedenes Institut des Internationalen Privatrechts<sup>174</sup>. Wie die Privatautonomie an den nicht abdingbaren Normen des staatlichen Privatrechts ihre Grenzen findet, ist die Ausübung der Parteiautonomie durch die Schranken des Internationalen Privatrechts begrenzt<sup>175</sup>. Zwar kann auch aufgrund der materiellen Privatautonomie ausländisches Recht vereinbart werden, wenn nämlich die Parteien unter der Herrschaft eines bestimmten (gewählten oder sonst maßgebenden) Rechts Regeln eines anderen Rechts für anwendbar erklären und diese Regeln damit zum Vertragsinhalt machen. Dabei handelt es sich jedoch nur um eine Transformierung von Gesetzesrecht in Vertragsrecht, nicht um eine Unterwerfung des Schuldverhältnisses unter eine ausländische Rechtsordnung<sup>176</sup>. Diese materiell-rechtliche Verweisung kann daher den Rahmen zwingender Normen nicht überwinden. Die Unterscheidung zwischen materiell-rechtlicher und kollisionsrechtlicher Verweisung kann im Einzelfall schwerfallen, da die kollisionsrechtliche Parteiautonomie den Parteien auch erlaubt, Teile des Ver-

---

171 Für das internationale Erbrecht ist dies hingegen streitig, vgl. Dölle, Die Rechtswahl im internationalen Erbrecht, *RabelsZ* Bd. 30 (1966), S. 205 ff. (bejahend); Kegel, *Internationales Privatrecht*, 3. Aufl., München 1971, S. 399 (verneinend).

172 Kegel, *IPR*, S. 255 ff.; Dölle, *Internationales Privatrecht*, 2. Aufl., Karlsruhe 1972, S. 124 ff.; Wolff, *Das Internationale Privatrecht Deutschlands*, 3. Aufl., Heidelberg 1954, S. 139 ff.; Neuhaus, *Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts*, Berlin und Tübingen 1962, S. 169 ff.; Makarov, *Grundriß des internationalen Privatrechts*, Frankfurt 1970, S. 121 ff.

173 Kegel, *IPR*, S. 255; Dölle, *IPR*, S. 113; Neuhaus, a. a. O., S. 170; Makarov, a. a. O., S. 123; Wolff, a. a. O., S. 139; Maier, *Internationales Privatrecht (Schuldrecht) in Europa*, *NJW* 62, 323 ff., 324; Sonnenberger, *Die Bedeutung des Grundgesetzes für das deutsche Internationale Privatrecht*, Diss. München 1962, S. 176.

174 Kegel, *IPR*, S. 256; Neuhaus, a. a. O., S. 169; Umbricht, *Die immanenten Schranken der Rechtswahl im internationalen Schuldvertragsrecht*, Diss. Zürich 1963, S. 43; Gamillscheg, *Rechtswahl, Schwerpunkt und mutmaßlicher Parteiwille im internationalen Vertragsrecht*, *AcP* 157, 303 ff., 313.

175 Neuhaus, a. a. O., S. 170.

176 Maier, *NJW* 62, 324; Kegel, *IPR*, S. 256; OLG Hamburg, *IPRspr.* 1930, Nr. 57.

trages verschiedenen Rechtsordnungen zu unterstellen<sup>177</sup>. Bei der Abgrenzung wird in einem solchen Fall zu berücksichtigen sein, ob die Parteien einzelne Bestimmungen des gewählten Rechts anwenden wollten oder ob für möglicherweise auftauchende, im Vertrag nicht behandelte Rechtsfragen die gewählte Rechtsordnung zuständig sein sollte<sup>178</sup>. Auch die Frage, ob eine lebende Rechtsordnung gewählt wurde, d. h. eine Änderung der gewählten Rechtsordnung nicht von vornherein ausgeschlossen wurde, kann im Einzelfall als Abgrenzungskriterium dienen. Die Wahl einer „versteinerten“ Rechtsordnung ist nur in der Form der materiellen Verweisung möglich<sup>179</sup>.

Die zunächst merkwürdig anmutende Befugnis der Parteien, durch die Wahl einer ausländischen Rechtsordnung auch das zwingende innerstaatliche Privatrecht auszuschalten, erklärt sich aus der Parteiautonomie als kollisionsrechtlichem Prinzip des Internationalen Privatrechts<sup>180</sup>. Dieses Prinzip ist wiederum begründet in der Unmöglichkeit, in vielen Fällen, in denen die Parteiinteressen auf mehrere Rechtsordnungen hinweisen<sup>181</sup>, einen allgemein befriedigenden Ausgleich dieser Interessen zu erlangen<sup>182</sup>. Anders als der Gesetzgeber, der generelle Normen für eine unbestimmte Zahl im einzelnen nicht vorhersehbarer Fälle aufzustellen hat, können die Parteien ihren besonderen Verhältnissen durch die Rechtswahl Rechnung tragen. Sie sind daher zur Bestimmung der anwendbaren Rechtsordnung in der Regel am besten geeignet<sup>183</sup>.

Aus der Rechtfertigung der Parteiautonomie ergibt sich zugleich ihre Begrenzung. Wird die Parteiautonomie gerechtfertigt durch die Tatsache, daß verschiedene Rechtsordnungen das Schuldverhältnis berühren, so kann sie auch nur dann ausgeübt werden, wenn zumindest irgendeine Auslandsberührung vorliegt<sup>184</sup>. Bei reinen Inlandsfällen kann das kollisionsrechtliche Institut keine Wirkung entfalten. Die Verknüpfung mit internationalen Elementen, die einen Verzicht auf das innerstaatliche Ordnungssystem rechtfertigt, fehlt, die Rechtswahl ist daher unzulässig. Liegt jedoch ein seriöser internationaler Bezug vor, so sind die Parteien nicht gebunden, nur eine der tangierten Rechtsordnungen zu wählen, sie können vielmehr auch auf ein neutrales Rechtssystem zurückgreifen, da gerade

---

177 Kegel, IPR, S. 256; Neuhaus, a. a. O., S. 174.

178 Neuhaus, a. a. O., S. 175.

179 Neuhaus, a. a. O., S. 175.

180 Sonnenberger, a. a. O., S. 177.

181 Z. B. verschiedene Staatsangehörigkeit der Vertragsschließenden, Wohnsitz in verschiedenen Staaten, Erfüllungsort im Ausland usw.

182 Kegel, IPR, S. 255, der die Parteiautonomie aus diesem Grund als „Verlegenheitslösung“ bezeichnet.

183 Neuhaus, a. a. O., S. 172.

184 So die überwiegende Meinung: Kegel, IPR, S. 255; Neuhaus, a. a. O., S. 173; Dölle, IPR, S. 125; Gamillscheg, AcP 157, 313; Maier, NJW 62, 325; Sonnenberger, a. a. O., S. 176.

durch die Wahl einer dritten Rechtsordnung, der keiner der Vertragsschließenden angehört, der Interessenausgleich gewährleistet sein kann<sup>185</sup>.

Schließlich ist noch an den Fall zu denken, in dem die Parteien, um das staatliche zwingende Privatrecht zu vermeiden, einen Auslandsbezug schaffen oder vortäuschen. Für diese meistens als Gesetzesumgehung bezeichneten Fälle sieht das Internationale Privatrecht Lösungen vor, durch welche die Befreiung von den zwingenden Normen vereitelt wird<sup>186</sup>. Auf diese rein kollisionsrechtliche Problematik ist hier jedoch nicht einzugehen.

## C. Wirkung und Grenzen privater Normen

Die Frage nach einem Vorrang privater Normen gegenüber privatrechtlichen Gesetzen unter dem Gesichtspunkt der Regelungskonkurrenz<sup>187</sup> ist auf ihre Zulässigkeitsgrenzen gerichtet. Diese Grenzproblematik ergibt sich aber nur dann, wenn überhaupt die Rechtsmacht Privater zur Normenaufstellung vorhanden ist, wenn also die Privatautonomie dem Privaten auch insoweit Regelungszuständigkeit zuweist<sup>188</sup>.

### I. Private Normen als Ausübung der Privatautonomie

Die Auffassungen hierzu divergieren nicht zuletzt deshalb, weil über den Begriff der „Norm“ keine Einigkeit besteht.

#### 1. Der Normenbegriff

Unter Gleichsetzung mit „Rechtsnorm“ halten einige Autoren die normative *Wirkung* für ein Begriffsmerkmal<sup>189</sup> und lehnen deshalb die Normenqualität für

---

185 In der Frage über die Notwendigkeit eines Bezugs zur gewählten Rechtsordnung und das Ausmaß des geforderten Bezugs gehen die Meinungen auseinander. Gegen die Notwendigkeit: OLG Hamburg, IPRspr. 1934, Nr. 38; Dölle, Die 7. Haager Konferenz, *RabelsZ* Bd. 17 (1952), S. 161, 170; Raape, Die Rückverweisung im internationalen Schuldrecht, *NJW* 59, 1013 ff., 1016; Wolff, IPR, S. 139 (letzterer schließt aber die „sinnlose, albern-verspielte, kurz ungehörige Wahl“ ausdrücklich aus). Für einen Bezug: Kegel, IPR, S. 255; Gamillscheg, *AcP* 157, 313; wohl auch Maier, *NJW* 62, 325.

186 Z. B. nach dem Prinzip der „*fraus legis*“, durch die Anwendung des „*ordre public*“ (str.) und durch die teleologische Auslegung der Kollisionsnorm; vgl. Neuhaus, a. a. O., S. 127–132; Kegel, IPR, S. 186 ff.; Wolff, IPR, S. 45 ff.; Dölle, IPR, S. 69 ff.; Makarov, a. a. O., S. 103 f.

187 Vgl. oben A. III.

188 Zur Fragestellung vgl. Biedenkopf, *Wettbewerbsbeschränkung* S. 128 f.

189 Insbes. Schmidt-Salzer, *Das Recht der Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen*, Berlin 1967, S. 25, 56, 71 f.; ders., *Buchbesprechung von Meyer-Cording, Die Rechtsnormen*, *NJW* 71, 1179 f.



private Regeln ab<sup>190</sup>. Damit ist jedoch das Faktum der Aufstellung generell-abstrakter Regeln durch Private nicht aus der Welt geschafft. Ihr Vorhandensein, ihre Gebräuchlichkeit sowie ihre strukturelle Ähnlichkeit mit staatlichen Rechtsätzen führte zu den verschiedensten Versuchen, sie in der Mitte zwischen Rechtsatz und Rechtsgeschäft einzuordnen: „Als tatsächliche Normen“<sup>191</sup>, als „ontologische“ oder „soziologische“ Normen<sup>192</sup> oder als „Rechtsmaterie“<sup>193</sup>.

Wird der Begriff „Norm“ im Tatbestand beschränkt auf das objektive Vorliegen einer Regel, die nicht nur für einen Einzelfall und nicht nur für individuell bestimmte Personen gelten will, so erhellt, daß die Geltungsweise und -kraft dieser Regel nicht als weiteres Begriffsmerkmal aufgenommen werden sollte. Hierbei handelt es sich nicht mehr um eine Frage, der allein mit begrifflichem Handwerkszeug beizukommen wäre. Die Antwort ist das Ergebnis einer umfassenden rechtlichen *Wertung*, so daß eine Argumentation auf begrifflicher Ebene nur Verwirrung stiften kann<sup>194</sup>. Wie der Schluß vom Vorliegen einer privaten Norm auf ihre Unzulässigkeit ist auch der umgekehrte Schluß vom Tatbestand einer Norm auf ihre normative Geltung nicht vertretbar<sup>195</sup>.

Im Rahmen der Zuständigkeitsverteilung zwischen Privatautonomie und Staat ist deshalb allein von Interesse, ob auf der Grundlage der Privatautonomie Normen im Sinne von abstrakt-generellen Regelungen geschaffen werden können<sup>196</sup>.

---

190 I. Erg. auch Raiser, Vertragsfunktion, S. 112 f.; Esser, Schuldrecht I, S. 10.

191 Säcker, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht, Berlin 1972, S. 282; Lukes, Der Kartellvertrag, München und Berlin 1959, S. 213 ff.; dagegen Raiser, a. a. O.; Meyer-Cording, Rechtsnormen, S. 44 f.

192 Schnorr, Die für das Arbeitsrecht spezifischen Rechtsquellen, Wien 1969, S. 19.

193 Esser, Schuldrecht I, S. 10.

194 Die Vermengung beider Gesichtspunkte beeinträchtigt überdies die Überzeugungskraft der jeweiligen Stellungnahmen, z. B. bei Schmidt-Salzer, a. a. O. (Fn 189); Raiser, a. a. O. (Fn. 190); Biedenkopf, Wettbewerbsbeschränkung, S. 132. Die wenig glückliche Bezeichnung von AGB als „fertig bereitliegende Rechtsordnung“ durch den BGH (Urt. v. 19. 1. 1951, Z 1, 83 ff., 86, im Anschluß an RGZ 171, 43 ff., 48) dürfte ihren Teil zu dieser Entwicklung beigetragen haben.

195 In dieser Richtung ist die Rechtsprechung oft zu kritiklos, so in den bemerkenswerten Fällen BGH, Urt. v. 28. 11. 1969, JZ 70, 777 ff. m. Anm. von Deutsch, a. a. O., S. 780 f.; BAG, Urt. v. 25. 1. 1963, Ap Nr. 77 zu Art. 3 GG m. Anm. von Mayer-Maly.

196 Dieser Normenbegriff wird auch verwendet bei Mayer-Maly, a. a. O.; Bötticher, Die Gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, Heidelberg 1966, S. 28; Helm JuS 65, 121 ff.; Hueck, Normenverträge, Iherings Jahrbücher Bd. 73 (1923), S. 33 ff., 47 ff., 82 ff.; Meyer-Cording, Rechtsnormen, S. 6; Richardi, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, München 1968, S. 31 ff.

## 2. Die Kompetenz zur Normenaufstellung

Dies wird von *Biedenkopf*<sup>197</sup> verneint mit der Begründung, der Zuständigkeitsbereich der Privatautonomie beschränke sich auf den konkreten Interessenausgleich. Die Leitung und Beeinflussung des Ausgleichsprozesses durch Normen falle allein in die Zuständigkeit des Gesetzgebers<sup>198</sup>. Außerdem sei zur Normsetzung ohnehin nur der befugt, der die Gewähr für eine gerechte und gemeinverträgliche Regelsetzung biete<sup>199</sup>, was von Privaten nicht erwartet werden könne. Dem ersten Argument ist entgegenzuhalten, daß die gesetzliche Konzeption der Privatautonomie eine Beschränkung auf konkrete, relative Verträge nicht enthält. Könnte eine entsprechende Folgerung möglicherweise auch dem § 305 BGB entnommen werden, so ist darauf hinzuweisen, daß diese Bestimmung Ausdruck lediglich der Vertragsfreiheit, nicht aber der hiermit nicht identischen, sondern umfassenderen Privatautonomie ist<sup>200</sup>. Diese findet zwar nicht ihre konstitutive Grundlage, aber doch ihre Anerkennung und allgemeine Verfassung in Art. 2 GG<sup>201</sup>. Die von *Biedenkopf* postulierte Zuständigkeitsgrenze der Privatautonomie ist zu eng gezogen. Der Privatautonomie ist weder Gestaltungsmittel in Form des relativen Schuldverhältnisses noch Gestaltungsobjekt in Form des *konkreten* Ausgleichs vorgegeben. Die Gestaltungsmittel sind grundsätzlich frei, und eine Beschränkung des allgemeinen Bereichs der privaten Rechtsverhältnisse über die vom staatlichen Gesetz ausdrücklich geregelten Fälle hinaus ist nicht möglich.

Außerdem geht offensichtlich auch der Gesetzgeber davon aus, daß auf dem Boden der Privatautonomie Normsetzung möglich ist. Wettbewerbsregeln nach §§ 28 ff. GWB sind keine materiellen Gesetze auf Grund gesetzlicher Zuständigkeitserweiterung<sup>202</sup>, sondern rein privatautonome Gebilde<sup>203</sup>. Ihrer Aufnahme und Bestätigung im Gesetz bedurfte es im Hinblick auf das Spannungsverhältnis zu § 1 GWB<sup>204</sup>, aus dem sich auch das formelle Aufstellungsverfahren (§§ 29, 30 GWB) erklärt.

Das zweite Argument *Biedenkopfs*, der private Normsetzer biete keine Gewähr für die Schaffung „materialen Rechts“<sup>205</sup>, beruht auf der oben kritisierten Ver-

---

197 Wettbewerbsbeschränkung, S. 128–136; im Anschluß daran auch Säcker, Grundprobleme, S. 17 f.

198 A. a. O., S. 129.

199 A. a. O., S. 132.

200 Clausen, Diss., S. 47 ff.

201 Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, S. 139 f.; Laufke, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, in: Festschrift für Lehmann, Bd. I, Tübingen u. a. 1956, S. 145; Simitis, Gute Sitten, S. 202.

202 Die Biedenkopf (Wettbewerbsbeschränkung, S. 130) für private Normen generell fordert.

203 Vgl. unten II. 3. b) cc).

204 Wolf, Wettbewerbsregeln, Düsseldorf 1972, S. 154.

205 Wettbewerbsbeschränkung, S. 132.

mengung des Normenbegriffs mit der Normwirkung. Eine entsprechende Qualifikation des Normsetzers ist nämlich nur dann zu fordern, wenn *verbindliche* Verhaltensmaßstäbe gesetzt werden. Gerade dies fehlt aber bei privaten Normen, ohne einen zusätzlichen rechtsgeschäftlichen Akt ist niemand zu ihrer Beachtung verpflichtet<sup>206</sup>. Allein hierdurch erlangt das Normengebilde auch erst Verbindlichkeit<sup>207</sup>, und zwar praktisch in gleichem Umfang wie eine individuell-vertragliche Bindung<sup>208</sup>.

Führt die private Interessenverfolgung durch Normsetzung zu erheblichen Störungen des privatautonomen Ausgleichsmechanismus, so soll das Eingriffsrecht des Gesetzgebers nicht bestritten werden. Eine wesensimmanente Grenze der Privatautonomie steht ihr *de lege lata* jedoch dem Grundsatz nach nicht entgegen<sup>209</sup>.

## II. Konkurrenz privater und staatlicher Normen nach geltendem Recht

Hat die allgemeine Zulässigkeitsprüfung<sup>210</sup> einen Vorrang der privatautonomen Regelung nicht ergeben, so ist für die zusätzliche Prüfung einer Normenkonkurrenz vorab deren Rechtsgrundlage zu klären. Da die Aufstellung von Normen nicht im Vordergrund der ursprünglichen Konzeption der Privatautonomie stand und auch nicht nachträglich Gegenstand einer grundsätzlichen Regelung geworden ist, kommen als Grundlage nur überpositive Rechtsgrundsätze unserer Rechtsordnung in Betracht.

### 1. Legitimation durch die Normunterworfenen

Private Normen wirken nicht *eo ipso*, sondern ohnehin nur dann, wenn in der Person der Normbezogenen ein zusätzlicher rechtsgeschäftlicher Zurechnungstatbestand festzustellen ist<sup>211</sup>. Ist somit die Legitimation durch die Unterwor-

---

206 Esser, Schuldrecht I, S. 10, 92; Hueck, Normenverträge, S. 82 ff.; Biedenkopf selbst, a. a. O., S. 121.

207 Esser, a. a. O., S. 92.

208 Für den *Gebundenen* ist der Unterschied zwischen rechtsgeschäftlicher und gesetzlicher Bindung nicht bemerkbar, so daß gelegentlich auch von einer „*lex contractus*“ die Rede ist, Esser, a. a. O., S. 80; Raiser, AGB, S. 63; Großmann-Doerth, Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht, Freiburg 1933, S. 6.

209 H. M.: Bötticher, Gemeinsame Einrichtungen, S. 28; v. Caemmerer, Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Bundesgerichtshof, JZ 53, 97 ff., 99; Esser, a. a. O., Helm, JuS 65, 121 ff.; Meyer-Cording, Rechtsnormen, S. 44 ff.; Richardi, Kollektivgewalt, S. 33.

210 Oben B.

211 Oben I. 2.

fenen Geltungsvoraussetzung einer privaten Norm<sup>212</sup>, so kann hieraus nicht gleichzeitig ein Vorranganspruch gegenüber dem staatlichen Gesetz hergeleitet werden. Der rechtsgeschäftliche Geltungswille des Unterworfenen unterscheidet sich insoweit nicht von dem bei Abschluß eines Individualvertrages. Er unterliegt also der gleichen Beurteilung<sup>213</sup> und ist als spezielles Vorrangargument im Zusammenhang mit privaten Normen untauglich.

## 2. Das Subsidiaritätsprinzip

### a) Das Subsidiaritätsprinzip in der Literatur

Hierbei handelt es sich um ein Zuständigkeitsprinzip<sup>214</sup>, nach dem die umfassendere, übergeordnete Gemeinschaft immer nur und erst dann zur Regelung einer Materie befugt ist, wenn die engere, sachnähere Gemeinschaft zur befriedigenden Regelung nicht mehr in der Lage ist. Die gemeinsamen Zuständigkeitsgrenzen decken sich insoweit, als obere Grenze der engeren Gemeinschaft zugleich untere Grenze der umfassenderen Gemeinschaft ist.

Dieses Prinzip entstammt ursprünglich der katholischen Sozialethik<sup>215</sup>, gelegentlich wird ihm jedoch auch rechtliche Bedeutung beigemessen<sup>216</sup>. Küchenhoff sieht das Subsidiaritätsprinzip im Grundgesetz verankert<sup>217</sup> und mißt ihm unmittelbare rechtliche Geltung bei<sup>218</sup>. Allerdings räumt Küchenhoff die grundsätzliche Kompetenz-Kompetenz des Staates ein und sieht die Entfaltungsmöglichkeit des Subsidiaritätsprinzips nicht im Gegensatz zum Gesetz, sondern stets nur innerhalb des allgemeinen gesetzlichen Rahmens<sup>219</sup>.

Isensee hingegen versagt dem Subsidiaritätsprinzip „vollnormativen Charakter“. Seine rechtliche Bedeutung entfalte und erschöpfe sich in den Grundrechten<sup>220</sup>. Insoweit ist allerdings anzumerken, daß nach Isensee's Auffassung die Grundrechte den gesamten staatlichen und gesellschaftlichen Raum durchwirken und

---

212 Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie, Karlsruhe 1964, S. 121.

213 Vgl. oben B.

214 Richardi, Kollektivgewalt, S. 52.

215 Vgl. die Darstellung bei Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, Berlin 1968, S. 18–20.

216 Isensee, a. a. O., S. 289 ff.; Küchenhoff, Einwirkungen des Verfassungsrechts auf das Arbeitsrecht, in: Festschrift für Nipperdey, München und Berlin 1965, Bd. II, S. 317 ff., 341.

217 In Art. 30; 72, II; 75, 105, II a. E.; 83; 84; 28, II; 106, VI, VII; 107, II; 120, III GG, vgl. Küchenhoff, Einwirkungen des Verfassungsrechts auf das Arbeitsrecht, RdA 69, 97 ff.

218 Festschrift für Nipperdey, S. 341.

219 A. a. O., S. 342.

220 Subsidiaritätsprinzip, S. 289 ff.

auch für den privaten Bereich gelten<sup>221</sup>. Jedoch weist auch *Isensee* als Befürworter des Subsidiaritätsprinzips<sup>222</sup> auf dessen begrenzte Funktion für die Rechtsanwendung hin. Sein Beitrag bestehe „im wesentlichen „in der Sichtbarmachung der Zusammenhänge von Einzelbestimmungen“. Mit der floskelhaften Zitierung des Subsidiaritätsprinzips sei nichts gewonnen, in seiner allgemeinen Form fehle ihm rechtliche Aussagekraft<sup>223</sup>.

## b) Das Subsidiaritätsprinzip als Rechtsprinzip

Subsidiaritätsprinzip als *Rechtsprinzip* kann nur vertreten werden, wenn die Rechtsordnung selbst dieses Prinzip enthält<sup>224</sup>. Die von *Küchenhoff*<sup>225</sup> herangezogene Verfassungsbestimmungen enthalten insoweit keine zwingende Aussage. Sie verwirklichen die funktionale Zuordnung von Bund und Ländern und sind somit direkt auf die bundesstaatliche Konzeption zurückzuführen. Diese ihrerseits ist weder aus einem „vorrechtlichen Subsidiaritätsprinzip“ gefordert, noch enthält sie grundsätzliche Aussagen im Sinne eines allgemeinen Subsidiaritätsprinzips. Andere Verfassungsbestimmungen könnten für eine gegenteilige Auffassung herangezogen werden<sup>226</sup>.

Zweckmäßigkeit allein (Sachnähe, bessere Befriedung) genügt nicht als normativer Geltungsgrund.

Außerdem sind sowohl *Küchenhoff* als auch *Isensee* inkonsequent. Die strikte Bindung an den Rahmen der Gesetze oder an die Grundrechte bedeutet vertikale Steuerung von *oben*. Das Subsidiaritätsprinzip will aber gerade das Gegenteil erreichen<sup>227</sup>. Gegen die rechtliche Anerkennung des Subsidiaritätsprinzips sprechen insbesondere seine inhaltliche Unbestimmtheit<sup>228</sup> sowie seine Unverträglichkeit mit Struktur und Funktion des Staates in einer pluralistischen Gesellschaft. Der Staat ist nicht mehr in erster Linie Gegensatz und Bedrohung individueller Freiheit, mit dem faktischen Machtzuwachs „zwischenstaatlicher“<sup>229</sup> Kräfte ist ihm vielmehr eine Schutz- und Garantiefunktion bezüglich bürgerlicher Freiheit gegenüber diesen nicht staatsgebundenen Kräften zugefal-

---

221 A. a. O., S. 212 f.

222 In eingeschränktem Sinn.

223 A. a. O., S. 318.

224 Mit naturrechtlicher Argumentation kann die Zugehörigkeit zur positiven Rechtsordnung nicht bewiesen werden.

225 A. a. O. (Fn. 217).

226 Z. B. Art. 31 GG.

227 Richardi, Kollektivgewalt, S. 58.

228 Von *Isensee*, a. a. O., S. 318, selbst eingeräumt.

229 Genau besehen also „gesellschaftlicher“.

len<sup>230</sup>. Wollte man dem Staat hier die Eingriffsbefugnis versagen, würde staatliche Ordnung zunehmend verdrängt durch gesellschaftliche „Ordnungsstrukturen“, die nicht aus Allgemeinverantwortung, sondern aus der Verfolgung von Gruppeninteressen entstanden sind<sup>231</sup>.

Schließlich enthält das Subsidiaritätsprinzip auch keine Aussage darüber, wer im Kompetenzkonflikt über die Funktionsfähigkeit der engeren Gemeinschaft entscheiden soll. Mangels einer dritten übergeordneten Kraft im Verhältnis Privater zum Staat<sup>232</sup> bleibt nur die Kompetenz-Kompetenz des Staates.

Damit muß das Subsidiaritätsprinzip als Rechtsprinzip abgelehnt werden.

### 3. Private Normen als *lex specialis*

Mit Ablehnung des Subsidiaritätsprinzips und damit eines Vorrangs privater Normen schon unter dem Gesichtspunkt der Zuständigkeit konzentrieren sich die Erörterungen auf die konkrete Konkurrenz strukturell gleichartiger Regelungen (Normen) und die Abgrenzung im Einzelfall. Einer Anwendung der Konfliktregeln für Gesetze, etwa im Sinne der Regel „*lex specialis derogat legi generali*“, steht aber eine augenscheinliche Verschiedenheit der hier beteiligten Normengruppen entgegen: Während es für die Einordnung als „Norm“ allein auf die begrifflichen Elemente der Regelung ankam<sup>233</sup>, entscheidet bei der Vorrangbeurteilung eine funktionale und wertende Betrachtungsweise. Eine echte Konkurrenz kann nur zwischen *gleichwertigen* Normen vorliegen. Bei verschiedenwertigen Normen (z. B. Verfassung – einfaches Gesetz) gibt stets die „höhere“ Norm den Ausschlag.

Nun lassen sich zwar private Normen nicht in die staatliche Normenhierarchie einordnen. Dies aber deshalb nicht, weil ihnen vom Ursprung her grundsätzlich die Eigenschaft als „materielles Recht“ fehlt. Eine „Rechtsnorm“ zeichnet sich aus durch ihre „materiale Qualifikation zur Verwirklichung des Rechtsgedankens“<sup>234</sup> im Sinne der Gerechtigkeitsverwirklichung und der Gemeinwohlverantwortung<sup>235</sup>. Der privaten Norm fehlt diese materiale Qualifikation in der Regel. Ausübung der Privatautonomie ist und bleibt Selbst- und Interessenverwirklichung. Auch die oben erwähnten Versuche, privatautonome Tätigkeit positiv mit Sinn und Verantwortung auszustatten, können an dieser Ausgangs-

---

230 Richardi, Kollektivgewalt, S. 58; Kaiser, Repräsentation, S. 320; BVerfG E 33, 125 ff., 159; Häberle, Berufs-,ständische“ Satzungsautonomie und staatliche Gesetzgebung, DVBl 72, 909 ff.

231 Kaiser, a. a. O., S. 315; BVerfG, a. a. O., S. 158.

232 Richardi, a. a. O., S. 54.

233 Vgl. oben I. 1.

234 Esser, Schuldrecht I, S. 81.

235 Auch Biedenkopf, Wettbewerbsbeschränkung, S. 132 f.

situation nichts ändern. Die Allgemeinheit ist mit ihren spezifischen Interessen am privatautonomen Ausgleichsprozeß nicht beteiligt<sup>236</sup>. Ebensowenig haben in der Regel diejenigen, deren Verhältnisse durch private Normen geregelt werden sollen, die Möglichkeit ihrer Interessendarstellung und -durchsetzung.

Bringt schon der individuelle Interessenausgleich nicht unbedingt eine gerechte Ordnung<sup>237</sup>, so kann dies um so weniger von privaten Normen erwartet werden. Selbst wenn aber der Regelungsinhalt in concreto staatlichen Ansprüchen genügt, so bleibt den Normsetzern dieser Nachweis mit der Folge einer „Aufwertung“ ihrer Norm zur „Rechtsnorm“ grundsätzlich verwehrt. Hier besteht tatsächlich eine Zuständigkeitsgrenze: Die Setzung von „Recht“ obliegt auch formell der umfassenden Gemeinschaft. Die Wahrung und Förderung von Gemeininteressen, die Verwirklichung einer gerechten sozialen Ordnung durch unmittelbar wirkende Norm ist dem Staat *ausschließlich* zugeordnet. Zwar ist es Privaten nicht verwehrt, sich mit diesen Zielen ebenfalls zu beschäftigen. Jedoch verbleiben sie auch dann grundsätzlich im Bereich der Privatautonomie.

Die immanente Schwäche privater Normen, ihre fehlende Gleichwertigkeit läßt sie gegenüber dem staatlichen Gesetz regelmäßig zurücktreten. Es bleibt nur die Frage nach Gesichtspunkten, die im Einzelfall zu einer „Aufwertung“ und damit zur Vorrangmöglichkeit privater Normen führen könnten.

#### a) Gesetzbergleiche Bindung

Nach weitverbreiteter Auffassung steht derjenige, der sich Normsetzungsfunktion anmaßt, unter der Verantwortung und Gebundenheit des staatlichen Gesetzgebers<sup>238</sup>.

Unabhängig von der dogmatischen Begründbarkeit dieser These wird dabei stets übersehen, daß sich bei ihrer Gültigkeit die Beurteilung privater Normen auch in *positiver* Hinsicht zu ändern hätte. Wer derartig gebunden und in Pflicht genommen wird, kann ohne Anmaßung auch die Gleichwertigkeit der so von ihm geschaffenen Normen mit staatlichen Gesetzen behaupten. Dies wäre nun allerdings genau das Gegenteil von dem, was die Vertreter dieser Auffassung erreichen wollen.

---

236 So für das Arbeitsrecht Löwisch, Die Ausrichtung der tariflichen Lohnfestsetzung am gesamtwirtschaftlichen Gleichgewicht, RdA 69, 129 ff., 135.

237 Biedenkopf, a. a. O.; Raiser, Vertragsfunktion, S. 118, bezeichnet die gegenteilige Erwartung als „irreal“.

238 V. Caemmerer, JZ 53, 99; Boehmer, Einführung in das Bürgerliche Recht, Tübingen 1954, S. 195; Biedenkopf, Wettbewerbsbeschränkung, S. 131; Lerche, Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes, Bad Homburg v. d. H. u. a. 1968, S. 27; BAG Urt. v. 25. 1. 1963, AP Nr. 77 zu Art. 3 GG.

Positive Konsequenzen zieht allein *Krüger*<sup>239</sup>. Demnach haben auch gesellschaftliche Gebilde die Fähigkeit zur status- und funktionsnotwendigen *Rechtschöpfung*, wenn sie der Verfassungswirklichkeit angehören<sup>240</sup>. Zugehörigkeit zur Verfassungswirklichkeit besteht, wenn die faktische Macht des Gebildes im Vergleich zur Macht des Staates nicht unerheblich ist. Die Pflicht des Staates zur Anerkennung dieser Rechtschöpfungsmacht leitet *Krüger* aus der Freiheit der Bürger her, derartige Gebilde überhaupt ins Leben zu rufen – im Grunde also aus der Gewährung der Privatautonomie. Obwohl damit der Verfassungswirklichkeit gewissermaßen normative Kraft zugesprochen wird, lehnt *Krüger* ausdrücklich die Lehre von der „normativen Kraft des Faktischen“ ab<sup>241</sup>.

Die Verbindung zur erstgenannten Auffassung wird dadurch hergestellt, daß *Krüger* auf der anderen Seite die Gebilde der Verfassungswirklichkeit der strengen Bindung und Verantwortung des Gesetzgebers unterwirft<sup>242</sup>.

So klar die Qualifikationsänderung dieser Lehre zufolge rechtlich zu fixieren ist – „Zug um Zug“ Aufwertung gegen Bindung –, so unklar bleibt ihre tatsächliche Feststellung. Schwerwiegender noch sind die Bedenken gegen einen derartigen „Aufwertungsmechanismus“ aus der festgestellten Zuständigkeitsverteilung für die Setzung materiellen Rechts<sup>243</sup>, die angesichts der Überwucherung des Alltagsbereichs mit privaten Normen und ihrer Tendenz zum „hoheitlichen“ Geltungsanspruch<sup>244</sup> der Hervorhebung bedarf<sup>245</sup>. Die Rechtsordnung selbst liefert dieser Auffassung keinen Anhaltspunkt. Die Möglichkeit einer Qualifikationsänderung durch gesetzgebergleiche Bindung besteht nicht. Übrigens besteht daran auch kein Interesse privater Normenaufsteller. Sie handeln auf der Basis der Privatautonomie, ihre Initiative ist legitimerweise allein durch die Verfolgung privater Interessen motiviert. Sie in vollem Umfang dem Gesetzgeber an die Seite zu stellen, hieße, ihnen den Anreiz zum Tätigwerden zu nehmen.

## b) Qualifizierung privater Normen

### *aa) Richterliche Anerkennung*

Bei der Suche nach Kriterien, die zu einer Aufwertung privater Normen führen könnten, hat der gelegentlich vertretene Qualifikationsumschlag durch richter-

---

239 Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, Gutachten zum 46. DJT, München und Berlin 1966, Bd. I, Teil 1, S. 31 f., 59.

240 A. a. O., S. 29.

241 A. a. O., S. 10.

242 A. a. O., S. 30, 36.

243 Oben 3.

244 Bemerkenswert die kritiklose Hinnahme im Urteil des BGH v. 28. 11. 1969 (Fn. 195).

245 Nachdrücklich abzulehnen ist deshalb der Rechtsfertigungsversuch Krügers durch Hinweis auf den durch „Gewohnheitsrecht, Allgemeine Geschäftsbedingungen etc.“ angeblich bestehenden „Pluralismus der Rechtsquellen“ (a. a. O. S. 32).





















## I. Die Herleitung der Tarifautonomie

Die materielle Erfassung der Tarifautonomie kann nicht an der Frage ihrer Herleitung angeknüpft werden<sup>280</sup>. Die Rechtsordnung enthält hierfür keine zwingende Aussage, es besteht die Gefahr der Überstrapazierung gesetzlicher Vorschriften (insbesondere Art. 9, III GG und § 1 TVG). Außerdem verführt diese Argumentationsweise leicht zu einer *petitio principii*: Die Überzeugung von einer bestimmten Rechtsgestalt der Tarifautonomie legt die dazu passende Herleitungstheorie nahe. Aus dieser wiederum werden Schlüsse auf die dogmatische Position der Tarifautonomie in der geltenden Rechtsordnung gezogen<sup>281</sup>. Entscheidend ist aber allein die rechtliche Ausgestaltung und die materielle Funktion der Tarifautonomie in der geltenden Rechtsordnung.

## II. Aussparung des schuldrechtlichen Teils des Tarifvertrags

Wenn von „Tarifautonomie“ die Rede ist, wird vorerst nicht zwischen normativem und schuldrechtlichem Teil des TV unterschieden. Das Verhältnis schuldrechtlicher Vereinbarungen zur Tarifautonomie ist Gegenstand eines gesonderten Abschnittes<sup>282</sup>.

## C. Tarifautonomie als öffentlich-rechtliche Gestaltungsmacht

Öffentlich-rechtliche Gewalt ist an feste Strukturen und Voraussetzungen gebunden. Sie vollzieht sich nach eigener Gesetzlichkeit, insbesondere den Grundsätzen des Vorrangs und Vorbehalts des Gesetzes<sup>283</sup> sowie materiell nach dem Postulat der Gemeinwohlförderung und der Verwirklichung materialer Gerechtigkeit. Öffentlich-rechtliche Gewalt ist die Gewalt der übergreifenden Gemeinschaft, die Verfolgung von Gruppeninteressen ist ihr wesensfremd. Demgemäß kann der Begriff „Gruppenautonomie“ nicht zur Bezeichnung öffentlich-rechtlicher Elemente<sup>284</sup> dienen. Sowohl Verbandswesen<sup>285</sup> als auch Herrschaftsfunktionen<sup>286</sup> sind *auch* rein privatrechtlich möglich.

---

280 Die insoweit vertretenen Theorien – Delegation, Integration oder historische Autonomielehre – sind bei Richardi, Kollektivgewalt, S. 19 ff., umfassend dargestellt. Vgl. neuerdings auch Säcker, Gruppenautonomie, S. 265 ff.; Hölters, Harmonie normativer und schuldrechtlicher Abreden in Tarifverträgen, Berlin 1973, S. 90 ff.

281 Dieser Eindruck entsteht z. B. bei Bulla, Soziale Selbstverwaltung der Sozialpartner als Rechtsprinzip, in: Festschrift für Nipperdey, München und Berlin 1965, Bd. II, S. 82.

282 Unten 3. Teil, C. IV.

283 Hesse, Grundzüge, S. 81.

284 Scheuener, RdA 71, 327.

285 P. Schlosser, Vereins- und Verbandsgerichtsbarkeit, München 1972, S. 41.

286 Z. B. im Sachen- und Familienrecht.

Demgegenüber nehmen die Tarifvertragsparteien bestimmungsgemäß Sonderinteressen wahr<sup>287</sup>. Der durch ihre Parität erhoffte Interessenausgleich ermöglicht für den Gesetzgeber die Anerkennung ihrer Tätigkeit, die dadurch materiell jedoch keine Qualifikationsänderung erfährt<sup>288</sup>. Auch die Ausstattung der Tarifnormen mit gesetzesgleicher Wirkung durch das TVG (§ 4, I und II) unterstellt den Prozeß und die Motivation der Normgewinnung nicht öffentlich-rechtlichen Grundsätzen, sie ist allein eine Besonderheit der Rechtswirkung<sup>289</sup>. Die legitime Wahrung privater Gruppeninteressen kann niemals staatlichem Organhandeln gleichgestellt werden. Ein parallel-laufendes „gemeinsames Handeln als öffentlich-rechtliche Funktionsträger“<sup>290</sup> ist nicht festzustellen<sup>291</sup>. Auf dem Boden der Tarifautonomie wird jedenfalls keine öffentlich-rechtliche Gewalt ausgeübt.

## D. Der „Öffentlichkeitsstatus“ der Tarifvertragsparteien

### I. Der Begriff „öffentlich“

Wenn Stellung und Tätigkeit der Tarifpartner als „öffentlich“ bezeichnet werden, so soll damit eine doppelte Abgrenzung vollzogen werden: „öffentlich“ im Sinne von „nicht-privatrechtlich“ einerseits und „nicht-staatlich“ andererseits<sup>292</sup>. Ob ein derartiger Status und eine derartige Funktion rechtlich existieren, ist in erster Linie eine staatsrechtliche Frage. Soweit Staatsrechtler sich mit ihr beschäftigt haben, bestand ihr Anliegen naturgemäß vornehmlich darin, das „Öffentliche“ in Verhältnis zum „Staatlichen“ zu setzen und die Identität beider Begriffe zu prüfen<sup>293</sup>. Nach Häberles Feststellungen<sup>294</sup> hat zwar der Begriff „öffentlich“ seine ausschließliche und primäre Staatsbezogenheit verloren<sup>295</sup>. Seine nicht-staatliche Komponente beschränkt sich aber auf die Qualifikation von Aufgaben und Interessen (in weitestem Sinn; auch öffentliche Freiheit und öffentlichen Gemeinwohl) <sup>296</sup>, wobei erstere genau besehen ihre „Öffentlich-

---

287 Richardi, AcP 171, 182.

288 Säcker, Grundprobleme, S. 26; ders., Gruppenautonomie, S. 240.

289 Ähnlich Meyer-Cording, Rechtsnormen, S. 38; vgl. auch unten II. und E. III.

290 In diesem Sinn auch nicht Böttcher, Gemeinsame Einrichtungen, S. 47 f.; Krüger, Gutachten, S. 71, die ein gesellschaftsähnliches Verhältnis der Tarifvertragsparteien annehmen.

291 Vgl. unten E. II. 1.; Hölter, Harmonie, S. 103.

292 Krüger, Gutachten, S. 27; widersprüchlich Scheuner, RdA 71, 327 und 331.

293 Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, Bad Homburg 1969; Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, Bad Homburg 1970.

294 A. a. O., S. 560 f.

295 So auch Kötting, Festschrift OLG Celle, S. 93 f.

296 Häberle, a. a. O., S. 583 f., 718.

keit" auch erst aus dem öffentlichen Interesse an der Aufgabenerfüllung beziehen. „Öffentlichkeit" als *rechtliche* Dimension, gewissermaßen als „vierte Gewalt" ist aber nicht existent, sie hat höchstens „metaphysischen Rang"<sup>297</sup>. Vom *Status* her kennt auch Häberle nur zwei Gruppen: den Staat in all seinen Erscheinungsformen einerseits und nichtstaatliche Gruppen („bloß" private) andererseits<sup>298</sup>.

Wesentliches *Kommunikationsforum* beider Bereiche ist die „Öffentlichkeit"<sup>299</sup>, in ihr berühren sich die Interessen der Gesellschaft, soweit sie nicht staatlich institutionalisiert sind und Gesamtheitsbezug beanspruchen, mit dem Staatsinteresse als verfassungsmäßigem Repräsentanten des übergreifenden Interesses der Allgemeinheit. Die Zuordnung sozialerheblicher Macht zu einem der beiden Bereiche ist damit nicht überflüssig geworden. Die so verstandene „Öffentlichkeit" stellt gegenüber Staat und Gesellschaft nicht Eigenes dar, sie bezeichnet nur das gemeinsame Grenzgebiet.

## II. Bedeutung eines „öffentlichen Status"

Die Ausstattung der Tarifpartner mit einem „öffentlichen Status" hat einen sehr realen Zweck. Die Tarifpartner sollen von einer – scheinbaren – privatrechtlichen Ungebundenheit in ein Verantwortungs- und Pflichtenverhältnis versetzt werden, das dem das Staates selber gleicht<sup>300</sup>. Damit werden die dem Öffentlichkeitsbegriff fehlenden eigenen rechtlichen Konturen<sup>301</sup> gewissermaßen vom Staat entlehnt. Da die Tarifpartner aber nachgewiesenermaßen keinen öffentlich-rechtlichen Status haben, ist ihre entsprechende Pflichtbindung auch nicht durch den analogen Status des „Öffentlichen" herbeizuführen<sup>302</sup>. Daß ihre Aufgabe von öffentlichem Interesse ist<sup>303</sup>, führt nicht zu einer Qualifikationsänderung der Tätigkeit selbst. Auch die Presse nimmt eine öffentliche und grundrechtlich gesicherte (Art. 5, I, S. 2 und 3 GG) Aufgabe wahr<sup>304</sup>, ohne daß man sie bilang zum Zweck strengerer Verantwortung und Gebundenheit in Staatsnähe gerückt hätte. Grundgesetzliche Garantie wird über Art. 2, I GG schließlich sogar

---

297 A. a. O., S. 560 f.

298 A. a. O., S. 87 f.

299 Vgl. Kaiser, Repräsentation, S. 355 f.

300 Besonders deutlich Lerche, Zentralfragen, S. 29.

301 Kaiser, Repräsentation, S. 356, Fn. 35; Hölters, Harmonie, S. 104.

302 Martens, Öffentlich, S. 165, hält die Formulierung „öffentlicher Status" zwar für „politisch-soziologisch sinnvoll", lehnt aber die rechtliche Konsequenz i. S. einer „öffentlichen Sonderrechtsordnung" mit öffentlich-rechtlichen Strukturen ab.

303 BVerfG, Urt. v. 6. 5. 1964, E. 18, 18 ff., 28; Beschl. v. 26. 5. 1970, JZ 70, 772 = SAE 72, 14 ff. mit Anm. v. Lieb; Scholz, Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit, Stuttgart u. a. 1972, S. 12 f.; Wagenitz, Die personellen Grenzen der Tarifmacht, Frankfurt 1972, S. 13 f.

304 Häberle, Öffentliches Interesse, S. 583 f.

für die Privatautonomie in Anspruch genommen<sup>305</sup>, so daß auch Art. 9, III GG nicht gegen die hier vertretene Auffassung angeführt werden kann.

Auch die normative Wirkung der Tarifnormen zwingt nicht zu einer anderen Beurteilung. Das TVG greift nicht in den Normsetzungsprozeß selbst ein, der sich als vertraglicher Ausgleichsprozeß gegensätzlicher Interessen auf kollektiver Ebene darstellt. Dem so gewonnenen Ausgleich wird die gesetzesgleiche Wirkung lediglich unterstützend als „juristisch-technische Qualität“ hinzugefügt<sup>306</sup>. Daß diese unmittelbar wirkenden Normen des TV grundsätzlich dem Privatrecht zuzuordnen sind, ergibt sich auch daraus, daß ihre isolierte Existenz als „Gesetz“ nicht möglich ist. Untrennbar mit ihrer Aufstellung entstehen akzessorisch schuldrechtliche Durchführungs-, Einwirkungs- und sonstige Verhaltenspflichten der normsetzenden Parteien gegeneinander<sup>307</sup>. Wie *Gesetze* wirken die TV-Normen nur gegenüber den Parteien des Arbeitsverhältnisses. Den Tarifvertragsparteien selber als Normaufstellern tritt die Norm nicht als Gesetz, sondern als privatrechtliche, vertragliche Norm mit entsprechender Disponibilität gegenüber<sup>308</sup>. Soweit auf Arbeitgeberseite kein Verband auftritt, ist der einzelne Arbeitgeber<sup>309</sup> doppelt gebunden: einmal als gesetzlich Normunterworfenener (§ 4, I TVG), außerdem aber *auch* vertraglich als Partei des TV im Sinne eines privat-rechtlichen Normenvertrags.

Diese Situation ist dogmatisch nur zu bewältigen, wenn von einem privat-rechtlichen Charakter der Tarifautonomie und des TV ausgegangen und die normative Wirkung der Vereinbarungen auf die Rechtsfolgeseite beschränkt wird. Die Aufspaltung tarifautonomen Handelns in eine öffentliche und eine private Komponente erscheint angesichts der Einheitlichkeit des rechtlichen Sachverhalts willkürlich<sup>310</sup> und kann die aufgezeigte Ambivalenz tarifvertraglicher Normen nicht erklären. *Krüger*<sup>311</sup> hingegen, der die Tarifautonomie umfassend und ausschließlich für „öffentlich“ hält, hat bisher nicht die besonderen Strukturen dieses Rechtsbereiches aufgezeigt, nach denen die Behandlung und Beurteilung der Tarifautonomie zu erfolgen hätte.

---

305 Vgl. oben Fn. 22.

306 Meyer-Cording, Rechtsnormen, S. 38; in gleichem Sinn auch Richardi, AcP 171, 180.

307 Bötticher, Gemeinsame Einrichtungen, S. 46.

308 Bötticher, a. a. O., S. 61; Nikisch, Arbeitsrecht, S. 267.

309 § 2, I TVG.

310 Dies trifft alle Vertreter des „öffentlichen Status“ (oben Fn. 269) mit Ausnahme von *Krüger*.

311 Gutachten, S. 32, 34.

## E. Tarifautonomie als privatrechtliche Gestaltungsbefugnis

Kann die Tarifautonomie weder dem öffentlich-rechtlichen noch einem „öffentlichen“ Bereich zugeordnet werden, so steht ihre privatrechtliche Zugehörigkeit fest. Damit ist eine wesentliche Weichenstellung für die Beurteilung des Verhältnisses der Tarifautonomie zum Gesetz und für das Verhältnis normativer und schuldrechtlicher Abreden im Tarifvertrag<sup>312</sup> vollzogen. Von ebenso entscheidender Bedeutung ist aber weiter, ob mit „Tarifautonomie“ letztlich Privatautonomie ausgeübt wird, oder ob es sich um einen wesensverschiedenen Autonomiebereich handelt.

### I. Gemeinsamkeiten zwischen Tarifautonomie und Privatautonomie

Über die Zugehörigkeit zur gesellschaftlichen Sphäre hinaus sind weitere Gemeinsamkeiten zwischen Tarifautonomie und Privatautonomie zu beobachten. Auch hier treten antagonistische Kräfte mit widerstreitenden Interessen einander gegenüber zur grundsätzlich staatsfreien Regelung der eigenen Angelegenheiten<sup>313</sup>. Die Einbettung in ein gemeinsames Sozialwesen<sup>314</sup> sowie die gegenseitige Angewiesenheit erlauben keine isolierte Beharrung auf der eigenen Position, sondern zwingen zur Auseinandersetzung und zum Interessenausgleich. Das primäre Verhandlungsmotiv<sup>315</sup> ist auf beiden Seiten die optimale Wahrung des eigenen Interesses, nicht die gemeinsame Schaffung einer gemeinnützlichen Ordnung<sup>316</sup>. Im Ergebnis allerdings stellt die Vereinbarung gleichgewichtiger<sup>317</sup> Gegner ein brauchbares Ordnungselement für die Allgemeinheit und den Staat dar<sup>318</sup>.

### II. Drittverantwortlichkeit der Tarifautonomie

Dieser Strukturgleichheit zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie wird entgegengehalten, daß Privatautonomie „Selbstverwirklichung“, Tarifautonomie hingegen „Drittverantwortlichkeit“ sei<sup>319</sup>.

---

312 Dazu unten 3. Teil, C. IV. 2. b).

313 BVerfG, Beschl. v. 26. 5. 1970, JZ 70, 772, r. Sp.

314 Scheuner, RdA 71, 330 f.

315 Vgl. aber unten II. 1.

316 Herschel, Referat, S. D 17; anders Bötticher, Gemeinsame Einrichtungen, S. 46 ff.; Gamillscheg, Differenzierung, S. 30; Krüger, Gutachten, S. 71.

317 Richardi, Kollektivgewalt, S. 38; Löwisch, RdA 69, 131 ff.

318 Zur Privatautonomie als Ordnungsprinzip vgl. Richardi, Kollektivgewalt, S. 35; Staudinger-Brändl, Einl. Anm. 22.

319 Biedenkopf, Tarifautonomie, S. 30–34.

Dabei sind zwei verschiedene Formen des Drittbezugs zu trennen: Dritte können die Normadressaten, in der Regel also die Mitglieder der Tarifvertragsparteien sein. „Drittverantwortlichkeit“ kann sich aber auch auf die *Allgemeinheit* beziehen.

In ersterem Fall ist keine Besonderheit gegenüber der Privatautonomie festzustellen. „Selbstverwirklichung“ können letztlich nur Individuen anstreben, Personenverbände verwirklichen nicht sich selbst als körperschaftliche Gebilde, sondern die summierten und institutionalisierten Interessen der Mitglieder. Insoweit ist „Drittverantwortlichkeit“ Wesensmerkmal jedes Verbandshandelns. Daß dennoch von den Verbänden Privatautonomie ausgeübt werden kann, wird allenthalben als selbstverständlich vorausgesetzt<sup>320</sup>.

Drittverantwortlichkeit der Allgemeinheit gegenüber obliegt Subjekten der Privatautonomie hingegen grundsätzlich nicht, von der Grenze offensichtlicher Gemeinwohlschädlichkeit abgesehen, die über § 138, I BGB zur Nichtigkeit einer Vereinbarung führen kann<sup>321</sup>.

## 1. Die Bindung der Tarifvertragsparteien an das Gemeinwohl

Es ist allerdings keineswegs unstreitig, ob die *Tarifvertragsparteien* in ihrem Handeln positiv an das Gemeinwohl gebunden sind<sup>322</sup>. Dabei sollen Stellungnahmen außer acht gelassen werden, die eine konkrete Gemeinwohlschädigung als Zulässigkeitsgrenze tarifautonomen Handelns ansehen. Gilt diese Grenze schon für „normale“ Private<sup>323</sup>, so fehlt es an jedem Anhaltspunkt dafür, daß die Tarifparteien grundsätzlich bindungsloser als das privatautonome Individuum gestellt werden sollten. Im übrigen kann die Ausübung einer *rechtlichen* Gestaltungsfreiheit sich nicht gegen die übergreifende Gemeinschaft richten, um deren Recht es sich handelt. Zumindest dieser fundamentale Grundsatz ergibt sich aus

---

320 P. Schlosser, *Verbandsgerichtsbarkeit*, S. 41.

321 RGZ 123, 208 ff., 211; BGH, *Urt. v. 21. 4. 1958*, LM Nr. 1 zu § 138 BGB (Ca); Simitis, *Gute Sitten*, S. 60 ff.; Säcker, *Gruppenautonomie*, S. 278.

322 Eine Bindung an „das Gemeinwohl“ bejahen BAG, *Urt. v. 20. 12. 1963*, E 15, 211 ff., 218; *Beschl. v. 29. 11. 1967* (GS), JZ 69, 105 ff., 107; *Beschl. v. 21. 4. 1971* (GS), DB 71, 1061 ff., 1063; Biedenkopf, *Tarifautonomie*, S. 63 ff., 68; Bulla, *Festschr. f. Nipperdey II*, S. 82 f., 85; Gamillscheg, *Differenzierung*, S. 29; Krüger, *Gutachten*, S. 59; Lerche, *Zentralfragen*, S. 29; Reuß, *Koalitionen*, S. 160; Säcker, JZ 70, 775; ders., *Gruppenautonomie*, S. 277 (unentschieden noch in *Grundprobleme*, S. 52 ff.); W. Weber, *Festschr. f. OLG Celle*, S. 247; Weitbrecht, *Effektivität und Legitimität der Tarifautonomie*, Berlin 1969, S. 174 ff.; ablehnend Gester, *Diskussion am 46. DJT*, in: *Verhandlungen des 46. DJT*, München und Berlin 1967, Bd. II, S. D 142 ff.; Herschel, *Referat*, S. D 17; Richardi, *SAE* 72, 11; Muhr, *Arbeitskampf, Verwirklichung des Sozialstaatsauftrags und Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit*; zu § 116 AFG, *RdA* 73, 9 ff.

323 Vgl. oben Fn. 321.

einer institutionellen und damit funktionellen Betrachtungsweise des „Rechts“<sup>324</sup>.

Problematisch ist allein eine *positive Gemeinwohlbindung*. Die soziale Bedeutung der Tarifvertragsparteien läßt jede ihrer Verhandlungen allgemeinerheblich werden<sup>325</sup>. Die Allgemeinheit wird somit gewissermaßen zum „dritten Beteiligten“, ohne daß sie Stimme und Einfluß in den Tarifverhandlungen hätte<sup>326</sup>. Die Auswirkungen tarifautonomer Betätigung auf das Gemeinwohl lassen das Vertrauen auf die Korrektivfunktion des Vertragsmechanismus als ungenügend erscheinen<sup>327</sup>. Eine positive Gemeinwohlbindung würde die Allgemeinheit absichern, andererseits aber eine erhebliche Freiheitsbeschränkung für die Tarifvertragsparteien bedeuten<sup>328</sup>.

## 2. Tarifautonomie als gesellschaftliche antagonistische Interessenwahrnehmung

Die weitaus überwiegende Bejahung dieser Bindung<sup>329</sup> überrascht angesichts der Divergenzen zur Struktur der Tarifautonomie selbst<sup>330</sup> und angesichts einer fehlenden positiv-rechtlichen Aussage. Von der Gegenseite wird auf die Vagheit des Begriffs „Gemeinwohl“ hingewiesen, die eine Kontrolle praktisch unmöglich mache<sup>331</sup>. Außerdem wird bezweifelt, ob man bei einer derartigen Bindung noch von tarifautonomer Gestaltungsfreiheit reden könnte<sup>332</sup>.

Es fragt sich, wie eine positive Gemeinwohlbindung in der Praxis auszusehen hätte. Die Tarifvertragsparteien hätten nicht nur ihre eigenen, durch sie selbst repräsentierten Interessen optimal einander zuzuordnen, sondern gleichermaßen dem Interesse des dritten, imaginären Beteiligten Rechnung zu tragen. Dessen Abwesenheit würde zu einer *gemeinsamen Wahrnehmung* dieses dritten, allgemeinen Interesses führen. Die Koalitionen würden zusätzlich zu ihrer Stellung als

---

324 Vgl. außer den in Fn. 322 zit. Entscheidungen des BAG auch Urt. v. 10. 3. 1972, DB 72, 534 f.; Scheuner, RdA 71, 330; G. Müller, RdA 71, 323; Wiedemann, Anm. I zu BAG v. 4. 2. 1971, AP Nr. 35 zu § 620 BGB (Befristeter Arbeitsvertrag), sub II., 2. u. 4.; vgl. aber unten 4.).

325 G. Müller, RdA 71, 323.

326 Vgl. Löwisch, RdA 69, 135.

327 Zur „Richtigkeitsgewähr“ vgl. oben Fn. 419.

328 Dies gilt besonders, wenn die Tarifvertragsparteien Kampfmaßnahmen nur deshalb einsetzen, um Dritte mittelbar zu treffen, die sie sonst nicht erreichen können (Meyer-Cording, Rechtsnormen, S. 140; Kaiser, Repräsentation, S. 201), etwa wenn das Scheitern von Schlichtungsverhandlungen provoziert wird, um einen politischen Effekt zu erzielen – nämlich die Regierung in Schwierigkeiten zu bringen (vgl. Even, Willi Bleichers letzter Kampf, in: *Die Zeit* v. 12. 11. 1971 (Nr. 46), S. 25).

329 Allerdings fehlt meistens die Differenzierung zwischen Gemeinwohlschädlichkeit und positiver Gemeinwohlförderung.

330 Vgl. oben A.

331 Richardi, SAE 72, 11.

332 Gester, a. a. O. (Fn. 322); Löwisch, ZfA 71, 322 f.

antagonistische Interessenvertreter in bezug auf das Gemeinwohl gesellschaftsähnlichen Charakter haben. Die auf kollektive Ebene gehobene Konfrontation zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern wäre um die Dimension der Kooperation bereichert<sup>333</sup>.

Eine solche Vorstellung verläßt den Boden des geltenden Tarifvertragssystems. Tarifaufonomie ist die anerkannte *gesellschaftliche* Selbstverwaltung<sup>334</sup> durch unbeeinflusste Auseinandersetzung, nicht die Verwaltung von Staatsinteressen. Die Interessenkonfrontation ist Voraussetzung und Grundlage der Tarifaufonomie, wie sie ihren Rahmen im TVG erhalten hat. Die gegen einen „öffentlichen Status“ angeführten Argumente<sup>335</sup> greifen auch in diesem Punkt durch. Dem kann nicht mit dem Hinweis auf die Gemeinsamen Einrichtungen (§ 4, II TVG) begegnet werden. Gemeinsame Einrichtungen sind ein besonderes Instrument zum Ausgleich der gegensätzlichen Interessen, konkret sind sie das *Ergebnis* einer Auseinandersetzung. Auch der Vertragsschluß selbst ist ein gemeinsames Werk der Tarifparteien, ohne daß damit ein gemeinsames materielles Interesse in den Verhandlungen zu beachten wäre<sup>336</sup>. Schließlich findet diese Auffassung auch im Selbstverständnis der Tarifvertragsparteien keinen Rückhalt. Die gelegentliche Frontgemeinschaft gegenüber dem Staat ist vom gemeinsamen materiellen Interesse verschieden.

### 3. Delegation staatlicher Verantwortung

In der Literatur wird demgegenüber die Auffassung vertreten, der Staat habe die ihm kraft Verfassung (Sozialstaatsklausel, Art. 74, Ziff. 11 und 12 GG) obliegende Verpflichtung zur Ordnung des Arbeitslebens nicht auf Subjekte übertragen dürfen, die in weniger strenger Verantwortung stünden als er selbst.

In der Übertragung müsse deshalb auch gleichzeitig die Einweisung in die besondere Gebundenheit des Staates zu sehen sein<sup>337</sup>.

---

333 Böttcher, Gemeinsame Einrichtungen, S. 46 ff.; ähnlich im Sinne einer „Sozialpartnerschaft“ Gamillscheg, Differenzierung, S. 30; W. Weber, Die Bundesrepublik und ihre Verfassung an der Schwelle des dritten Jahrzehnts, DVBl 69, 413 ff., 417 f.

334 Scheuner, RdA 71, 331.

335 Oben D.

336 Die Auffassungen von Böttcher, Gamillscheg und Weber (oben Fn. 333) erscheinen demgegenüber zu idealistisch. Krüger (Gutachten S. 76) befürwortet zwar eine „Obliegenheit“ der Tarifpartner, „an der Selbsterhaltung des ‚Gegners‘ mitzuwirken“, lehnt aber deren Verständnis als „Zusammenarbeit“ ausdrücklich ab. Die den Koalitionen in § 3 Stabilitätsg v. 8. 6. 1967 (BGBl. I, S. 582) zuerkannte gemeinsame Funktion schließlich kann nicht als Gegenargument angeführt werden: Sie besteht *neben* den originären Aufgaben der Tarifaufonomie und resultiert allein aus dieser sondergesetzlichen Ermächtigung, nicht aus Art. 9, III GG (vgl. Scholz, Grundrecht, S. 13).

337 Lerche, Zentralfragen, S. 27 ff.; Bulla, Festschrift für Nipperdey II, S. 82.



Abgesehen davon, daß das Vorliegen einer „Delegation“ höchst streitig ist<sup>338</sup>, ist diese Argumentation auch nicht schlüssig. Selbstverständlich kann sich der Staat seiner Aufgaben nicht durch Übertragung auf Private entledigen<sup>339</sup>. Das heißt aber nicht, daß er die Delegatäre unbedingt der eigenen Bindung unterwerfen müßte. Die Übertragung kann auch unter Verbleib von Kontroll- und Eingriffsbefugnissen beim Staat geschehen, der dann wohl aus der positiven Gestaltungsaufgabe, nicht aber aus der Verantwortung entlassen ist. Es fragt sich, womit der Staat seiner Verantwortung besser genügt: mit einer Überlassung der Regelung an *privatrechtlich* handelnde Gruppen unter Vorbehalt des Eingriffs bei zweckwidriger und gemeinwohlschädlicher Ausübung<sup>340</sup> oder durch private Übertragung mit abstrakter Bindung an Gemeinwohl und -verantwortung, so daß ihm fernerhin weder Kontrolle noch Eingriffsmöglichkeit verbleiben<sup>341</sup>. Es bleibt im Ergebnis dabei, daß die Tarifautonomie nicht der positiven Gemeinwohlförderung verpflichtet ist<sup>342</sup>.

#### 4. Gemeinwohlbindung im Arbeitskampf

Diese Auffassung hat sich schließlich mit der Feststellung des Bundesarbeitsgerichts<sup>343</sup> auseinanderzusetzen, wonach die Tarifparteien im Arbeitskampf an den „Grundsatz der Verhältnismäßigkeit“ gebunden sind. Zur Begründung wird vom BAG auf die Bedeutung jedes Arbeitskampfs für die Allgemeinheit hingewiesen<sup>344</sup>.

Die vielfältige Kritik dieses Beschlusses setzt im wesentlichen an zwei Punkten an: Es fehlt eine Differenzierung zwischen „Erforderlichkeit“ und „Verhältnis-

---

338 Oben B. I.

339 Genausowenig, wie er sich durch Gebrauch privatrechtlicher Organisations- und Handlungsformen seiner öffentlich-rechtlichen Bindung entziehen kann, vgl. Hesse, Grundzüge, S. 145; Schröder, Der praktische Fall: Die ungleiche Werftensubvention, JuS 69, 25 ff., 26; Wolff, Verwaltungsrecht I, 8. Aufl., München 1971, § 65, I, a.

340 So wohl Löwisch, RdA 69, 130; Reuß, Koalitionen, S. 160 f.; das gleiche gilt auch für öffentlich-rechtliche Körperschaften, die Sonderinteressen wahrnehmen, z. B. Standesverbände; vgl. BVerfG E 33, 158.

341 So i. Erg. Küchenhoff, RdA 69, 104.

342 Löwisch, ZfA 71, 319 ff., 322; Rütters, Das Arbeitsrecht im Wandel der Industriegesellschaft, in: Aktuelle Fragen des Arbeitsrechts, Paderborn 1972, S. 7 ff., 17; Richardi, SAE 72, 11; anders wohl Reuß, Das neue Arbeitskampfrecht, AuR 71, 353 ff., 356 sub III.; Bulla, Festschrift für Nipperdey, S. 89 ff.

343 GS, Beschl. v. 21. 4. 1971, DB 71, 1061 ff., 1063; auch schon Urt. v. 20. 12. 1963, E 15, 211 f., 218.

344 Vgl. auch G. Müller, RdA 71, 323; Reuß, Koalitionen, S. 161; Richardi, Der Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 21. April 1971, RdA 71, 334 ff., 336.

mäßigkeit”<sup>345</sup>, und die Bedeutung dieser Bindung in concreto erscheint höchst unsicher<sup>346</sup>.

#### a) Arbeitskampf als Ausübung der Tarifautonomie

Für die Bindung der *Tarifautonomie* hat das nur Bedeutung, wenn mit Arbeitskampfmaßnahmen überhaupt Tarifautonomie ausgeübt wird und nicht eine „allgemeine Handlungsfreiheit“<sup>347</sup>. Während letztere Meinung sich noch vor wenigen Jahren als „herrschende“ darstellen konnte<sup>348</sup>, hat sich in neuester Zeit die Erkenntnis durchgesetzt, daß der Arbeitskampf nicht isoliert beurteilt werden kann<sup>349</sup>. Er ist die „Fortsetzung der Tarifverhandlungen mit anderen Mitteln“, ist stets auf den Abschluß eines TV gerichtet<sup>350</sup> und stellt auf seiten der Arbeitnehmerschaft erst die zum Funktionieren des Tarifvertragssystems erforderliche Gleichgewichtigkeit her<sup>351</sup>. Es ist deshalb nicht richtig, wenn *Lieb*<sup>352</sup> den Bereich der Tarifautonomie auf drittbezogene Regelungen beschränkt wissen will<sup>353</sup> und insbesondere den Arbeitskampf deshalb herausnimmt, weil hier keine Gegensätzlichkeit der Tarifparteien, sondern eine „Interessengemeinschaft“ gegenüber dem Staat bestehe. Der Antagonismus der Tarifparteien<sup>354</sup> setzt sich vielmehr im Arbeitskampf fort und findet hier sogar seine hervorragendste Ausprägung.

345 Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht*, Köln u. a. 1961, S. 19 ff.; Löwisch, *ZfA* 71, 319 ff.; Reuß, *AuR* 71, 354; van Gelder, *Ein neues Arbeitskampfrecht?* *AuR* 72, 97 ff., 107; das BAG meint offenbar beides und verwendet „Verhältnismäßigkeit“ als Oberbegriff: vgl. den Vorsitzenden des Großen Senats, G. Müller in *RdA* 71, 321.

346 Löwisch, *ZfA* 71, 319 f.; Reuß, *AuR* 71, 354; van Gelder, *AuR* 72, 106 ff.; dem BAG insoweit zustimmend Richardi, *SAE* 72, 11 ff., der damit den Arbeitskampf als „Rechtsinstitut“ für geregelt hält (dagegen noch in *RdA* 71, 345 f.) im Sinne eines „Systems der abgestuften Kampfmaßnahmen“ (so auch *ZAS* 71, 224 sub IV, 2.); *Lieb*, *RdA* 72, 141 f. Gänzlich ablehnend Muhr, *RdA* 73, 11.

347 So *Lieb*, a. a. O.; W. Weber, *Festschrift für OLG Celle*, S. 244 f.; Galperin, *Festschrift für Nipperdey II*, S. 197.

348 Weber, a. a. O.; Galperin, a. a. O.

349 G. Müller, *RdA* 71, 323; Rütters, *Aktuelle Fragen*, S. 15; Däubler, *Gesetzgeber und Arbeitskampf*, *AuR* 73, 39 ff.

350 Krüger, *Gutachten*, S. 73 ff.; Lerche, *Zentralfragen*, S. 14, 43 f.; Richardi, *SAE* 72, 11.

351 *BVerfG*, *Beschl. v. 19. 10. 1966*, E 20, 312 ff., 319 f., *BAG GS*, *Beschl. v. 21. 4. 1971*, *DB* 71, 1063; Buchner, *Die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Jahre 1971*. *ZfA* 72, 345 ff., 353; Konzen, *Die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Jahre 1970*, *ZfA* 72, 131 ff., 133; Krüger, *Gutachten*, S. 74; Preis, *Tarifdispositives Richterrecht*, *ZfA* 72, 271 ff., 282; Reuß, *Koalitionen*, S. 158 f.; Säcker, *Grundprobleme*, S. 84 f.; Löwisch, *Beamtenrecht – eigenständiges Recht oder Teil des Arbeitsrechts?* in: *Der öffentliche Dienst am Scheideweg*, Bonn-Bad Godesberg 1972, S. 49, ff., 66; Scholz, *Grundrecht*, S. 40 f., faßt unter dem Oberbegriff „Koalitionsmittel“ sowohl Einigung (TV) als auch Kampfmaßnahmen zusammen. Zur „Gleichgewichtigkeit“ vgl. jetzt Rütters, *DB* 73, 1649 ff.

352 *RdA* 72, 142.

353 Das scheidet schon an § 1, I *TVG*.

354 Lerche, *Zentralfragen*, S. 30.

Schließlich weist auch die Anerkennung des Streikrechts im Art. 6, Nr. 4 der Europäischen Sozialcharta<sup>355</sup> auf die Zugehörigkeit des Arbeitskampfes zur Tarifaufonomie hin.

b) Der Gemeinwohlbezug des „Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit“

Für das Verhältnis der Tarifaufonomie zur Privataufonomie im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit<sup>356</sup> kommt es weiter darauf an, ob hiermit überhaupt eine Bindung an das *Gemeinwohl* postuliert wird. Nach Löwisch<sup>357</sup> handelt es sich um einen auch im Privatrecht gültigen Grundsatz, der immer dann Bedeutung erlange, wenn zwei verschiedene Rechtskreise kollidierten. Die Zuordnung dieser Rechtskreise habe nach den Grundsätzen der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit zu erfolgen. Im Arbeitskampf handele es sich dabei um die Rechtskreise Kollektivrecht und individuelles Arbeitsvertragsrecht.

Auf der Grundlage dieser Auffassung wäre die vom BAG postulierte Bindung der Tarifparteien an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hier uninteressant, da sie nichts mit einer Gemeinwohlbindung zu tun hätte. Offensichtlich aber ist für das BAG der Bezugspunkt des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit zumindest überwiegend das Gemeinschaftsinteresse<sup>358</sup>. Im übrigen zeigt sich hier die erste grundlegende Differenzierung zwischen „Erforderlichkeit“ und „Verhältnismäßigkeit“: Während der Grundsatz der Erforderlichkeit möglicherweise zu einem „System der abgestuften Kampfmaßnahmen“<sup>359</sup>, zu einem gegenseitigen Verhandlungsanspruch<sup>360</sup> und generell zur Beachtung weiterer Gesichtspunkte führt, die im wesentlichen *autonomie-internen Ursprungs* sind, stellt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Verbindung von Maßnahmen des Arbeitskampfes zu dritten Bezugsgrößen her<sup>361</sup>. Während Löwisch<sup>362</sup> als kollidierende Rechtskreise Individual- und Kollektivrecht ansieht, könnte die Kollision unter dem Aspekt der „Verhältnismäßigkeit“ auch zwischen kollektivem Arbeitsrecht und öffentlichem Interesse gesehen werden. Dies entspricht eher dem Beschluß des Großen Senats und der überwiegenden, auch hier vertretenen Auffassung.

355 Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, Bd. II, S. 921 ff.

356 Auch hier als Oberbegriff verwandt, vgl. oben Fn. 345.

357 ZfA 71, 325 f. und ArbR-Blattei D, Arbeitskampf I, Entsch. 3, sub I. 2.

358 A. a. O. (Fn. 343), S. 1063; G. Müller, RdA 71, 323; Reuß, AuR 71, 356; Richardi, RdA 71, 336 sub III.

359 Vgl. oben Fn. 346.

360 Löwisch, ZfA 71, 339; anders noch BAG, Urt. v. 2. 8. 1963, AuR 64, 61; zweifelnd Buchner, SAE 73, 42 f.

361 Im einzelnen bedürfen die Bezugspunkte noch der Klärung, vgl. Löwisch, a. a. O., S. 326 ff.; van Gelder, AuR 72, 107 sub 3. b).

362 A. a. O.

Das Allgemeininteresse ist für die Tarifparteien im Arbeitskampf deshalb vor allem unter dem Gesichtspunkt der Güterabwägung bedeutungsvoll und stellt sich als Grenze der Tarifautonomie dar, wenn die mit dem Arbeitskampf verbundene Beeinträchtigung öffentlicher Interessen unverhältnismäßig erscheint bei Berücksichtigung des konkreten Kampfziels und der Funktion des Arbeitskampfes im System der Tarifautonomie allgemein. Der exzeptionelle Charakter des Arbeitskampfes, der im System einer Rechtsordnung legitim sowohl Schädigungsabsicht des Gegners<sup>363</sup> als auch faktische Beeinträchtigung von öffentlichen Interessen umfaßt<sup>364</sup>, ist dabei gewissermaßen als „Vorgabe“ zugunsten der Tarifvertragsparteien zu werten.

Damit hat sich ergeben, daß auch die Bindung der Tarifvertragsparteien an den Grundsatz der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit nicht ihre Verpflichtung umfaßt, in positivem Sinn das Gemeinwohl zu beachten<sup>365</sup>. Sie konkretisiert im Hinblick auf das Gemeinwohl vielmehr eine allgemeine Grenze der Rechtsausübung für die Tarifvertragsparteien, die grundsätzlich – wenn auch möglicherweise noch enger<sup>366</sup> – jedem Privaten gezogen ist.

### III. Tarifautonomie als positiv umschriebenes und ausgestaltetes Rechtsinstitut

Ein grundlegender Unterschied zwischen Tarifautonomie und Privatautonomie besteht hingegen darin, daß tarifautonomes Handeln seinem wesentlichen Inhalt nach positiv-rechtlich festgelegt ist (Art. 9, III GG), daß die Rechtsordnung die Autonomieausübung personell begrenzt (Tariffähigkeit, § 2 TVG) und außerdem ihr wichtigstes Instrumentarium zur Verfügung stellt. Hierzu gehört nicht der TV überhaupt, wohl aber die normative Wirkung der Inhaltsvereinbarungen und die Anerkennung und Ausformung der Gemeinsamen Einrichtungen<sup>367</sup>. Während dem privatautonomen Individuum die Richtung und Mittel seiner Selbstverwirklichung nicht vorgezeichnet sind, wird „Tarifautonomie“ im Sinne der Rechtsordnung nur ausgeübt, wenn Maßnahmen „zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ (Art. 9, III GG) von tariffähigen Berufsverbänden (§ 2 TVG) getroffen werden. Diese Festlegung entscheidet auch über den Umfang der *Verfassungsgarantie* und über die Befähigung, *vorrangiges* Recht gegenüber staatlichen Normen zu setzen. Ohne den Tarifvertragsparteien eine

---

363 Galperin, Festschrift für Nipperdey II, S. 198.

364 Damit jedoch nicht den Rahmen der positiven Rechtsordnung verläßt, wie Coing, Rechtsphilosophie, S. 277, meint.

365 Rütters, Aktuelle Fragen, S. 17.

366 Vgl. oben Fn. 341.

367 § 4, II TVG; Bötticher, Gemeinsame Einrichtungen, S. 28.

gemeinsame Ordnungsaufgabe zu übertragen, hat der Gesetzgeber den Auseinandersetzungsprozeß der Tarifvertragsparteien kanalisiert und inhaltlich gebunden<sup>368</sup>. Ihr Handeln ist nicht zweckfrei wie das des privatautonomen Subjekts, andererseits sind die Koalitionen nicht unmittelbar und in ihrer Initiative auf die den Staat angehende „Ordnung des Arbeitslebens“ verpflichtet. Die Formulierung in Art. 9, III läßt interessenmotivierte Tätigkeit zu, läßt aber auch die Erwartung des Gesetzgebers an das Ergebnis tarifautonomer Auseinandersetzung deutlich hervortreten. Auch von der Privatautonomie erwartet die Gemeinschaft zwar im großen und ganzen eine „Ordnungsverwirklichung“<sup>369</sup>. Eine positive Einflußnahme insoweit auf die Subjekte der Privatautonomie fehlt aber. Im Vertrauen auf die „Richtigkeitsgewähr“ des Vertragsmechanismus<sup>370</sup> wird die Ordnung als unbezwecktes „Nebenprodukt“ erhofft und vorausgesetzt<sup>371</sup>. Im Gegensatz hierzu hat der Verfassungsgeber zwischen der Tarifautonomie und der angestrebten „Ordnung des Arbeitslebens“ eine ausdrückliche Verbindung geschaffen<sup>372</sup>. Die unmittelbare Verpflichtung der Tarifparteien hierauf hätte begründete Zweifel an ihrer weiteren ausschließlichen Zugehörigkeit zur gesellschaftlichen Sphäre erweckt. Man muß jedoch unterscheiden zwischen der Verpflichtung, eine Aufgabe zu erfüllen, und der Verpflichtung, bei tatsächlicher Befassung mit einer Aufgabe besondere Strukturen und Bindungen zu beachten. Eine Delegation in ersterem Sinne läßt sich jedenfalls Art. 9, III GG nicht entnehmen, sie stände auch in Widerspruch zur Freiheit der Arbeitnehmer, Gewerkschaften nicht beizutreten<sup>373</sup>, sie zu verlassen oder ihre Koalition überhaupt aufzulösen (sogenannte „negative Koalitionsfreiheit“<sup>374</sup>). Die Koalitionen können nicht stärker verpflichtet sein als die sie tragenden Mitglieder<sup>375</sup>. Rich-

---

368 Ähnlich Reuß, Koalitionen, S. 153 f.

369 Esser, Schuldrecht I, S. 34; Flume, Allgemeiner Teil, Bd. 2, S. 1–3; Raiser, Institutionenschutz, S. 146; ders., Vertragsfunktion, S. 104 f.

370 Vgl. unten Fn. 419.

371 Sollte der von Raiser postulierte „funktionelle Vertragsbegriff“ (im Gegensatz zum „genetischen Vertragsbegriff“) im Sinne einer materiellen Bindung der Privatautonomie an die gesellschaftliche Ordnungsverwirklichung zu verstehen sein, könnte ihm nicht gefolgt werden (vgl. Vertragsfunktion, S. 121 f.).

372 Säcker, Gruppenautonomie, S. 238; das BVerfG (Beschl. v. 26. 5. 1970, JZ 70, 772) spricht von der „*Verwirklichung* der von der Verfassung *intendierten* Ordnung . . . durch . . . Koalitionen“ (Unterstreichungen vom Verf.). Diese Formulierung entspricht der vertretenen Auffassung. Vgl. auch Scholz, Grundrecht, S. 21.

373 Darauf weist Reuß, Tarifautonomie und Richterrecht, AuR 72, 136 ff., 137, nachdrücklich hin.

374 Ob die negative Koalitionsfreiheit in Art. 9, III GG oder „nur“ in Art. 2, I GG garantiert ist, spielt hierbei keine Rolle. Vgl. zu diesem Streit BAG GS, Beschl. v. 29. 11. 1967, JZ 69, 105 ff., 108 mit Anmerkung von Wiedemann in SAE 69, 266; BVerfG, Beschl. v. 20. 7. 1971, NJW 71, 2301 sub 2.); Biedenkopf, Gutachten, S. 127; Säcker, Grundprobleme, S. 22 ff., 35 f.; Scholz, Grundrecht, S. 22, 24 ff.

375 BVerfG, Beschl. v. 26. 5. 1970 (Fn. 372); Gester und Kittner, Personalratsamt und Koalitionsfreiheit, RdA 71, 161 ff., 168 ff.

tig ist insofern die Bestimmung der Koalitionsfreiheit dahingehend, „daß *auch* die Koalitionen an der Gestaltung sozialgerechter Arbeitsbedingungen mitwirken können“<sup>376</sup>. Im Gegensatz zu dieser Feststellung postuliert *Preis* kurz zuvor<sup>377</sup> jedoch die positive Verpflichtung der Koalitionen hierauf, gewissermaßen als Kehrseite ihres Gestaltungsrechts. Als Grundlage wird das „Sozialstaatsgebot“ angegeben, das sich auch an die gesellschaftlichen Mächte wende.

Die unmittelbare Verbindlichkeit des Sozialstaatsprinzips für Private würde das System der Privatautonomie aufheben. Von staatsrechtlicher Seite ist dergleichen ernsthaft auch nicht vertreten worden<sup>378</sup>. Es wurde allerdings bereits auf die Tendenz hingewiesen, faktischer Macht das Privileg der Privatautonomie zu entziehen und sie – ab unterschiedlich gezogener Grenze – in ein staatsähnliches Bindungssystem zu versetzen<sup>379</sup>. Wird damit auch ein grundsätzlich berechtigtes Anliegen verfolgt, so ist dieser konkrete Weg jedoch weder praktisch noch dogmatisch gangbar<sup>380</sup>.

Damit reduziert sich das Problem auf die Frage, ob sich aus Art. 9, III GG als Besonderheit für die Tarifautonomie eine *Regelungsverpflichtung* ergibt, was jedoch bereits eingangs abgelehnt worden ist. Hierunter fällt auch die vom BAG<sup>381</sup> statuierte „Pflicht“ der Tarifvertragsparteien, ein tarifvertragliches Schlichtungssystem zu schaffen<sup>382</sup>. Soweit diese Pflicht aus der „Tarifautonomie“ hergeleitet wird, gilt oben Gesagtes. Soweit sie sich aus dem zu wahrenen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergeben soll, erscheint die Folgerung ebenfalls zweifelhaft. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (bestehend aus „Erforderlichkeit“ und „Verhältnismäßigkeit“) bezeichnet negativ die Grenze einer Gestaltungsmacht, begründet aber keine Gestaltungsverpflichtung. Theoretisch mag die Möglichkeit bestehen, daß erstere Funktion die zweite im Ergebnis bedingt. Beim Arbeitskampf ist dies aber nicht der Fall, wie die bisher ohne Schlichtungssystem im Sinne des BAG und dennoch ohne (unverhältnismäßige) Gemeinwohlsschädigung durchgeführten Arbeitskämpfe zeigen. Das erhöhte Risiko der Rechtswidrigkeit haben die Tarifvertragsparteien abzuwägen.

---

376 *Preis*, ZfA 72, 295 (Unterstreichung vom Verf.).

377 A. a. O., S. 294.

378 Die Diskussion geht im Gegenteil darum, ob die begriffliche Unschärfe der Sozialstaatsklausel überhaupt konkrete rechtliche Folgerungen zuläßt, vgl. Reiner Schmidt, Der soziale Auftrag des Grundgesetzes, in: Rechtsstaat – Sozialstaat (Hrsg. W. Weyer), Stuttgart u. a. 1972. Angemessen auch die Vorsicht des BAG im Umgang mit der Sozialstaatsklausel: Vgl. die Übersicht bei Wollny, Die Sozialstaatsklausel in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, AuR 73, 33 ff.

379 Oben I. Teil, C. II. 3. a).

380 Oben, a. a. O.

381 GS, Beschl. v. 21. 4. 1971, DB 1061 ff., 1063.

382 Zwar versteht das BAG seine Feststellung als „lex imperfecta“ (so G. Müller, RdA 71, 324; van Gelder, AuR 72, 108; Reuß, AuR 71, 359 sub bb); Richardi, RdA 71, 336 r. Sp.; abweichend Löwisch, ZfA 71, 338). Entweder besteht jedoch überhaupt keine Pflicht – dann sind die Feststellungen des BAG falsch, oder es besteht eine sanktionslose Rechtspflicht – dann bedürfte es einer Rechtsgrundlage.

Der Verfassungsgeber hat demnach seine Zielvorstellung nur mittelbar „verbindlich“ für die Tarifvertragsparteien gemacht: Die Einhaltung der vorgezeichneten Linie und Funktion ist mit erheblichen, heute nicht mehr verzichtbaren Privilegien verbunden. Die Koalitionen können nicht den gezogenen Rahmen verlassen und sich gleichzeitig oder dennoch auf die „ihnen zustehende Tarifautonomie“ berufen<sup>383</sup>. Diese Autonomie ist ein vom Gesetzgeber geschaffenes Rechtsinstitut, ein ausgewogenes Bindungs- und Privilegierungssystem<sup>384</sup>. Es kann nur in seiner Gesamtheit akzeptiert oder abgelehnt werden. Eine natur- oder gewohnheitsrechtliche Tarifautonomie besteht daneben nicht. Sollte sie bestanden haben, hat sie der Verfassungsgeber des Grundgesetzes absorbiert<sup>385</sup>. Tarifautonomie kann deshalb nicht mit Privatautonomie gleichgesetzt werden.

#### IV. Nebeneinander von Tarifautonomie und Privatautonomie

Durch die Ausübung der Tarifautonomie sind die Koalitionen nicht völlig aus dem Bereich der Privatautonomie herausgetreten. Als privatrechtlichen Verbänden steht ihnen wie anderen auch<sup>386</sup> die Privatautonomie zur Regelung ihrer sonstigen Angelegenheiten zur Verfügung. Diese Angelegenheiten können nur negativ definiert werden als Materien, die nicht unter die Thematik des Art. 9, III GG fallen. Hierzu gehören „fiskalische Hilfsgeschäfte“, die eigene Organisation einschließlich der Personalverhältnisse<sup>387</sup>. Warum die Koalitionen bei diesen Betätigungen anderen Gesetzlichkeiten unterliegen sollten, ist nicht einzusehen<sup>388</sup>. Soweit dies mit einem „Öffentlichkeitsstatus“ der Tarifparteien zu begründen versucht wird<sup>389</sup>, fehlt der Hinweis darauf, welche Maßstäbe dann gelten sollen. Die Tarifautonomie bietet hierfür weder Grundlage noch Anhalts-

---

383 Säcker, Gruppenautonomie, S. 238; vgl. unten IV.

384 Vgl. hierzu 3. Teil, C.

385 Das Verständnis einer dem Staat vorgegebenen Tarifautonomie („historische Lehre“, vgl. Herschel, Referat, S. D 7 ff., 11 ff.; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht Bd. II, S. 35) erkennt Funktion und Gestaltungsmacht der *pouvoir constituant* (so Adomeit, Rechtsquellenfragen, S. 135; Reuß, Koalitionen, S. 153 f.; Hesse, Grundzüge, S. 118; ähnlich Löwisch, Beamtenrecht, S. 65).

386 P. Schlosser, Verbandsgerichtsbarkeit, S. 41.

387 Hölters, Harmonie, S. 75 ff., 105; zu schuldrechtlichen Vereinbarungen im TV vgl. unten 3. Teil, C. IV.

388 Folgerichtig sah das BVerfG keine Veranlassung, den Gewerkschaften außerhalb des Bereichs der Tarifautonomie eine Sonderstellung einzuräumen (Beschl. v. 24. 2. 1971, NJW 71, 1123 ff.): Ihre Bevorzugung vor anderen Wählervereinigungen zu den Vertreterversammlungen der AOK und der Ersatzkassen durch § 7, III, S. 2 des „Gesetzes über die Selbstverwaltung auf dem Gebiet der Sozialversicherung“ verstoße gegen Art. 3, I GG.

389 Krüger, Gutachten, S. 32, 34.

punkte. Öffentlichrechtliche Strukturen will aber auch *Krüger* den Tarifpartnern nicht aufzwingen<sup>390</sup>.

Im Hinblick auf den privatrechtlichen Status der Tarifparteien und ihre historische Herkunft aus der Privatautonomie besteht auch keine Notwendigkeit, die aufgeführten „Nebentätigkeiten“ gewissermaßen als „implied power“<sup>391</sup> der Tarifautonomie zu betrachten, zumal sinnvollerweise ohnehin nur die (analoge) Anwendung allgemeinen Zivilrechts die Folge wäre.

Die Tarifautonomie ist also prinzipiell auf privatautonomer Grundlage aufgebaut, ohne diese in vollem Umfang zu überdecken. Für ihren Bereich stellt sie jedoch die ausschließliche Sonderermächtigung dar. Mit der Ausgestaltung der Tarifautonomie durch Art. 9, III GG und das TVG hat der Gesetzgeber die Voraussetzungen umschrieben, unter denen Private auf dem Gebiet der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen regelnd tätig werden dürfen. Das System der Tarifautonomie enthält einen gleichzeitigen Ausschluß konkurrierender Betätigung auf anderer privater, insbesondere privatautonomer Basis. Von einer Subsidiarität der Privatautonomie kann deshalb nur in ergänzendem, nicht aber in ersetzendem Sinn gesprochen werden.

## F. Die staatliche Zuständigkeit auf dem Gebiet der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen

Mit dem Versagen des Systems der Privatautonomie auf arbeitsrechtlichem Gebiet ist dem Staat die Aufgabe zugefallen, die Voraussetzungen für eine gerechte und soziale Ordnung (Art. 20, I und III GG) des Arbeitslebens zu schaffen (vgl. Art. 74, Nr. 11 und 12 GG). Die Koalitionen können diese Funktion nicht vollständig übernehmen, da ihr Wirkungsbereich grundsätzlich auf die eigenen Mitglieder beschränkt ist. Im übrigen sind sie mangels öffentlich-rechtlicher „Inpflichtnahme“<sup>392</sup> durch den Staat auch *insoweit* nicht zur Regelung verpflichtet. Der Garantie des Art. 9, III GG, die sich nach allgemeiner Meinung auch auf Tätigkeit und Bestand der Koalitionen selbst richtet (kollektive Koalitionsfreiheit<sup>393</sup>), steht also keine umgekehrte Garantie für den Staat gegenüber, daß handlungsfähige Koalitionen vorhanden sind. Die Garantie des

---

390 Die Bedenken Biedenkopfs gegen ein Nebeneinander von Tarif- und Privatautonomie aus dem Gesichtspunkt der Drittverantwortlichkeit wurden bereits widerlegt, vgl. oben II.).

391 Zu diesem Begriff Säcker, Gruppenautonomie, S. 308.

392 Diese Formulierung findet sich bei F. v. Hippel, Aufbau, S. 35 ff., in bezug auf das private Individuum.

393 BVerfG, Beschl. v. 26. 5. 1970, JZ 70, 772; Säcker, Anm. a. a. O., S. 774; ders., Grundprobleme, S. 34, m. w. N.; anders Scholz, Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, München 1971, S. 126 ff., 138 ff.; Hanau, Buchbesprechung von Säcker, Grundprobleme, in: NJW 72, 1402.



Art. 9, III GG kann sich nur auf die Abwehr von außen kommender Behinderungen beziehen, nicht aber insbesondere den Gewerkschaften den zur Handlungsfähigkeit notwendigen Mitgliederbestand oder die Wirtschaftsmittel sichern<sup>394</sup>.

Neben der ausschließlichen Zuständigkeit für die Außenseiter und der subsidiären Zuständigkeit im Falle eines Versagens des Tarifvertragssystems obliegt dem Staat aber noch eine dritte Funktion auf arbeitsrechtlichem Gebiet: Der Ausgleichsprozeß ist den Tarifparteien als *privatrechtlichen* Subjekten überlassen<sup>395</sup>. Ihre Tätigkeit ist zwar der Thematik und der Grundfunktion nach gesetzlich festgelegt. Eine darüberhinausgehende unmittelbare Bindung an staatliche Ziele und Verantwortung besteht jedoch nicht<sup>396</sup>. Der faktischen Verantwortung der Koalitionen entspricht nicht eine rechtliche Verantwortlichkeit. Hieraus resultiert eine Sicherungs- und Kontrollfunktion des Staates, die sich als Korrelat der Koalitionsfreiheit darstellt<sup>397</sup>.

## G. Zusammenfassung

Tarifautonomie ist weder öffentlich-rechtliche noch „öffentliche“ Gestaltungsbefugnis, sondern privat-rechtliche Interessenwahrung durch gleichgewichtige Vertreter gegensätzlicher Interessen.

Die Tarifautonomie ist ebensowenig wie die Privatautonomie der Förderung des Gemeinwohls oder des öffentlichen Interesses verpflichtet. Tarifautonome Gestaltungsfreiheit findet wie auch die Privatautonomie ihre Grenze nur an einer unverhältnismäßigen Schädigung oder Gefährdung des Gemeinwohls. Das gilt auch für den Arbeitskampf als Teilbereich der Tarifautonomie.

Gegenüber der Privatautonomie als negativ formulierter Gestaltungsfreiheit hebt sich die Tarifautonomie als positiv umschriebenes und ausgestaltetes Rechtsinstitut ab. Ihre Anerkennung durch das Grundgesetz ist nicht um der Tarifvertragsparteien willen, sondern zur sach- und funktionsgerechteren Ordnung und Befriedung des Bereichs der abhängigen Arbeit erfolgt. Diese Funktion der Tarifautonomie bedingt einerseits Privilegien gegenüber privatautonomer Macht, andererseits eine besondere Gebundenheit. In diesem funktionsbezogenen Bindungs- und Privilegierungssystem besteht der eigenartige institutionelle Charakter der Tarifautonomie.

Tarifautonomie und Privatautonomie erscheinen als zwei sich teilweise überschneidende Rechtskreise. In ihrem Bereich verdrängt die Tarifautonomie als *ius speciale* die Privatautonomie.

---

394 Herschel, Referat, S. D 15.

395 Oben E.

396 Oben E. III; zur Grundrechtsbindung vgl. unten 3. Teil, C. I. 1. und 3.

397 Oben a. a. O.; Rùthers, Arbeitgeber und Gewerkschaften – Gleichgewicht oder Dominanz –, DB 73, 1649 ff., 1652: Der Staat trage die letzte Verantwortung auch im sozialen Bereich.

VORRANG DES TARIFVERTRAGES

Zwischen Staat und Tarifvertragsparteien besteht nach den vorstehenden Feststellungen eine doppelte, zum Teil konkurrierende Zuständigkeit<sup>398</sup>. Die Abgrenzung dieser Zuständigkeiten hat in der Praxis und Literatur erhebliche Schwierigkeiten bereitet<sup>399</sup>. Auf der Grundlage des oben erarbeiteten Verständnisses der Tarifautonomie kann diese Abgrenzung im folgenden nicht bis in Einzelheiten konkretisiert werden, sondern nur insoweit, als sie für die Beurteilung des Tarifvorrangs notwendig erscheint. Voranzustellen ist ein Überblick über die Ansätze, mit denen Gesetzes- und Richterrecht dem Konkurrenzproblem Rechnung zu tragen versuchen.

**A. Die Erscheinungsformen des tarifvertraglichen Vorrangs**

Vom Vorrang des Tarifvertrages oder von tarifdispositivem Recht wird dann gesprochen, wenn staatliches Gesetz oder Richterrecht zwar für die Parteien des Arbeitsverhältnisses verbindlich sind, gleichzeitig aber eine abweichende *tarifvertragliche* Regelung zulassen. Dementsprechend ist von „Zulassungsnormen“<sup>400</sup> oder von „Tariföffnungsklauseln“<sup>401</sup> die Rede.

**I. Gesetzesrecht**

**1. Ausdrückliche Zulassungsnormen**

Die ausdrückliche Anerkennung eines Abweichungsrechts der Tarifvertragsparteien ist in zunehmendem Maße zu beobachten<sup>402</sup>. Neuerdings wird der Vorrang auch nicht in jedem Fall vorbehaltlos eingeräumt, sondern an das Erfordernis der Zustimmung einer Behörde gebunden<sup>403</sup>.

398 Biedenkopf, Gutachten, S. 112; Richardi, Kollektivgewalt, S. 69.

399 Biedenkopf, Gutachten, S. 106, 112.

400 Herschel, Arbeitsrecht, Düsseldorf und Stuttgart 1968, S. 38; Säcker, Gruppenautonomie, S. 246.

401 BAG, Urt. v. 5. 8. 1971, NJW 72, 503.

402 §§ 616, II, S. 2; 622, III, S. 1 BGB; 7 AZO; 13, I BUrlG; 2, III, S. 1 LFG; 19, VIII, S. 2; 22, Nr. 2, S. 2 JArbSchG; 47, IV; 55, IV; 72, IV; 76, VIII; 77, IV, S. 3 BetrVG (v. 15. 1. 1972, BGBl. S. 12).

403 § 3, I, II BetrVG.

Nicht die Einräumung eines echten Vorrangs (im Sinne von Abweichungsbefugnis), wohl aber gleichfalls ein Zugeständnis an die Tarifautonomie liegt vor, wenn das Gesetz sich innerhalb einer Materie auf die Rahmumgebung beschränkt und die weitere Gestaltung ausdrücklich den Tarifvertragsparteien überläßt<sup>404</sup>.

## 2. Gesetzesimmanenter Vorrang

Die Rechtsprechung hält auch ohne ausdrückliche Zulassungsklauseln einzelne Rechtsnormen für nachrangig gegenüber einer tarifvertraglichen Regelung. Dies hat das BAG ausgesprochen im Hinblick auf §§ 74 ff. HGB<sup>405</sup> und – weniger eindeutig – im Hinblick auf den „Grundsatz der Verhältnismäßigkeit“<sup>406</sup>.

## II. Richterrecht

Neben gesetzlichen spielen richterliche Rechtssätze im Arbeitsrecht eine besondere Rolle<sup>407</sup>. In Parallele zur arbeitsrechtlichen Gesetzgebung hat das BAG die von ihm aufgestellten Normen in einigen Fällen ebenfalls zur Disposition der Tarifvertragsparteien gestellt, so im Recht der Gratifikationen<sup>408</sup> und – wenn auch nicht gleichermaßen eindeutig – im Recht der befristeten Arbeitsverhältnisse<sup>409</sup>.

---

404 Z. B. § 76, IV; 86 BetrVG.

405 Urt. v. 12. 11. 1971, DB 72, 340 ff.; vgl. dazu unten C. II. 1. f) und C. III. 5.

406 BAG GS, Beschl. v. 21. 4. 1971, DB 71, 1061 ff., 1063; Löwisch, ZfA 71, 338; Lieb, Kritische Gedanken zum tarifdispositiven Richterrecht, RdA 72, 129 ff., 141, sub IV.; gegen diese Auslegung Richardi, Kommentar zu BAG v. 21. 4. 1971, ZAS 71, 222 ff., 225; ders., SAE 72, 14; vgl. im einzelnen unten C. III. 6.

407 Scholz, DB 72, 1771 ff.

408 BAG, Urt. v. 31. 3. 1966, AP Nr. 54 zu § 611 BGB („Gratifikation“) mit zust. Anm. von Biedenkopf, a. a. O.; Urt. v. 23. 2. 1967, Urt. v. 9. 10. 1969, AP Nr. 57, 68 zu § 611 BGB („Gratifikation“).

409 Die Grundsätze des BAG im Beschl. des GS v. 12. 10. 1960 (E 10, 65 ff. = AP Nr. 16 zu § 620 BGB, „Befristeter Arbeitsvertrag“) werden bei konkreter Regelung im TV „als eingehalten vermutet“, eine Nachprüfung entfällt: BAG, Urt. v. 4. 12. 1969, AP Nr. 32 zu § 620 BGB („Befristeter Arbeitsvertrag“) mit Anm. von Richardi, a. a. O.; BAG, Urt. v. 30. 9. 1971, DB 72, 49.

Das Urteil des BAG v. 4. 2. 1971 (AP Nr. 35 zu § 620 BGB, „Befristeter Arbeitsvertrag“, mit Anm. von Wiedemann und M. Wolf) steht dazu nicht in Widerspruch, denn der dort zu beurteilende TV hatte nur pauschal auf die Grundsätze des Beschl. v. 12. 10. 1960 verwiesen. Also hatte das Gericht die Überprüfung voll durchzuführen.

## B. Grundfragen des tarifdispositiven Rechts

### I. Tarifdispositives und parteidispositives Recht

Die Funktionen des dispositiven Rechts im Bereich der allgemeinen Privatautonomie (parteidispositives Recht) wurden bereits herausgestellt<sup>410</sup>.

Dieses Recht will nur subsidiär gelten, falls keine vertragliche Regelung getroffen worden ist. Neben dieser Ergänzungsfunktion erleichtert das parteidispositive Recht die Vertragsdurchführung und bietet ein Regelungsmuster an, das nach der Vorstellung des Gesetzgebers einem gerechten Interessenausgleich am nächsten kommt.

Wie im Bereich der Privatautonomie wurde allerdings auch für die Tarifautonomie die Auffassung vertreten, das dispositive Recht entfalte eine beschränkte Ordnungsfunktion und sei für die Tarifvertragsparteien nur aus sachlichen Gründen disponibel<sup>411</sup>. Die Ablehnung dieser Auffassung<sup>412</sup> gilt gleichermaßen auch hier. Der Machtausgleich auf kollektiver Ebene läßt dieser Lehre für das Arbeitsrecht auch die rechtspolitische Berechtigung fehlen. Sie hat deshalb wenig Gefolgschaft gefunden<sup>413</sup> und wird in neuerer Zeit nicht mehr vertreten<sup>414</sup>. Im Blickpunkt steht vielmehr das *tarifdispositive Recht*, das gegenüber dem parteidispositiven Recht Besonderheiten aufweist<sup>415</sup>.

Zum einen erscheint das tarifdispositive Gesetz janusköpfig: Den Parteien des Einzelarbeitsverhältnisses gegenüber ist es in der Regel zwingend<sup>416</sup>. Dieser Doppelcharakter erklärt sich jedoch unschwer aus Struktur und Funktion des Arbeitsrechts. Auf der Individualebene hat sich die Vertragsfreiheit nicht nur im Einzelfall, sondern generell als ungeeignet zum Ausgleich der beteiligten Interessen erwiesen<sup>417</sup>. Die hierzu notwendige Gleichgewichtigkeit der Verhand-

---

410 Oben I. Teil, B. I.

411 Nipperdey in Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, 6. Aufl., S. 282; Nikisch, Arbeitsrecht, S. 229; BAG, Urt. v. 2. 11. 1955, AP Nr. 1 zu § 27 BetrVG (Bl. 2); vgl. auch oben I. Teil, B. I.

412 Oben a. a. O.

413 Krit. z. B. Kunze, Dispositives Gesetzesrecht, S. 141 f.; Hölters, Harmonie, S. 119.

414 Nipperdey hat seine Meinung in der 7. Auflage von Hueck-Nipperdey, Lehrbuch II, 1, (S. 397 f.) revidiert.

415 Vgl. Lieb, RdA 72, 134 f.

416 Gelegentlich wird ihnen im Gesetz jedoch die Möglichkeit eingeräumt, die abweichende TV-Regelung als Vertragsinhalt zu übernehmen: §§ 622, III, S. 2 BGB; 2, III, S. 2 LFG; § 13, I, S. 2 BUrlG. Ob damit der TV *als Ganzes* gemeint ist (so Richardi, Streitfragen aus dem Ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz, ZfA 71, 73 ff., 87), erscheint angesichts des Wortlauts der Gesetze zweifelhaft.

Auch zwingendes Richterrecht kann durch Einzelvertrag auf diese Weise überwunden werden, vgl. BAG, Urt. v. 31. 3. 1966, AP Nr. 54 zu § 611 BGB (Gratifikation) = SAE 66, 231; Urt. v. 23. 2. 1967, SAE 67, 261 ff.

417 Säcker, Gruppenautonomie, S. 259; Preis, Tarifdispositives Richterrecht, ZfA 72, 271 ff., 281 f.

lungspartner wurde erst auf kollektiver Ebene wieder erreicht<sup>418</sup>. Die aus einer Machtbalance folgende „Richtigkeitsgewähr“<sup>419</sup> einer vertraglichen Regelung ist aber Ausgangspunkt<sup>420</sup> sowohl der Einräumung autonomer Gestaltungsmacht an Private überhaupt als auch insbesondere einer Vorrangeinräumung im Verhältnis zum Gesetz. Der Sache nach tragen tarifdispositive Normen einerseits dem Institut der Tarifautonomie Rechnung, andererseits erfüllen sie die dem Staat obliegende Ordnungsaufgabe für den Bereich der abhängigen Arbeit, der von den Tarifvertragsparteien nicht erfaßt wird.

Zum anderen bleibt die Frage, ob sich das tarifdispositive Gesetz den *Tarifvertragsparteien* gegenüber tatsächlich wie ein normales dispositives Gesetz verhält. Hat das Gesetz schon einmal in anderer Richtung die Qualifikation als zwingendes Recht, so fällt die Vorstellung offenbar schwerer, daß es gegenüber einem anderslautenden TV praktisch bedeutungslos sein soll<sup>421</sup>. Hieraus resultiert die Auffassung, daß die „Musterfunktion“<sup>422</sup> der tarifdispositiven Norm eine begrenzte Verbindlichkeit auch für die Tarifvertragsparteien mit sich bringt. Die Dispositionsbefugnis soll demnach erst nach Kenntnis und Beachtung der gesetzgeberischen Wertung eintreten. Das bedeutet, daß das Gesetz bereits bestehende TV'e bricht und die Tarifvertragsparteien – wollen sie eine vom Gesetz ab-

---

418 Löwisch, RdA 69, 131 f.; ders., Anm. BAG v. 21. 4. 1971, Arbeitsrechts-Blattei D, Arbeitskampf I, Entsch. 3, sub II. 2.); Lieb, RdA 72, 133 f.; G. Müller, Aktuelle Fragen des Arbeitskampfrechts, RdA 71, 321 ff., 325; M. Wolf, Tarifautonomie, Kampfparität und gerechte Tarifgestaltung, ZfA 71, 151 ff., 155 ff.; für Rüthers, DB 73, 1651, ist die Tarifautonomie „die Fortsetzung der Privatautonomie mit kollektivrechtlichen Mitteln...“.

419 Dieser von Schmidt-Rimpler (Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147, 130 ff.) geprägte Ausdruck ist wenig glücklich, weil er Mißverständnisse nahelegt. Schmidt-Rimpler versteht „Richtigkeitsgewähr“ nicht im Sinne einer materialen Richtigkeit, die das Vertragssystem sicherlich nicht garantieren kann. Die Beurteilung ist mehr formaler Art: Das Zusammenwirken prinzipiell gleichstarker und voneinander unabhängiger Parteien führt zur *Chancengleichheit*. Die hinzukommende Freiwilligkeit des Abschlusses ermöglicht es der Rechtsordnung, die Verträge als „richtig“ (vom Zustandekommen und dessen Voraussetzungen her) und gültig anzuerkennen. Die Kritik von Flume, Allgemeiner Teil, S. 7 f.; ders., Rechtsgeschäft und Privatautonomie, S. 142 f.; Raiser, Vertragsfunktion, S. 117, geht deshalb fehl. Richtig Biedenkopf, Wettbewerbsbeschränkung, S. 108; Löwisch, RdA 69, 131 ff.; Richardi, AP Nr. 32 zu § 620 BGB („Befristeter Arbeitsvertrag“), Blatt 630 f.; Westermann, Vertragsfreiheit, S. 89, Rüthers, DB 73, 1651.

420 Verfehlt, da praktisch nicht realisierbar, dürfte der Versuch von M. Wolf (ZfA 71, 151 ff.) sein, die *konkrete* Gleichgewichtigkeit zur Gültigkeitsvoraussetzung tarifvertraglicher Regelungen zu erklären. Dagegen auch Lieb, RdA 72, 134 sub II. 4.); Preis, ZfA 72, 286 f.

Richtig Kaiser, Parität, S. 38 ff.: Die *grundsätzliche* Parität der Sozialpartner ist unverzichtbarer Bestandteil der sozial<sup>en</sup> Autonomie. Als Alternative besteht nur die staatliche Regelungsmacht.

421 Lieb, RdA 72, 135 f.

422 Oben I. und I. Teil, B. I.

weichende Regelung einführen – einen neuen TV mit dieser Regelung abschließen müssen<sup>423</sup>.

Neben dieser Frage steht schließlich noch die Möglichkeit, daß den Tarifvertragsparteien die *Richtung* der Abweichung durch das Gesetz zwingend vorgezeichnet wird – entweder durch verbindliche Grundwertungen<sup>424</sup> oder durch Zulassung nur bestimmter Abweichungen (etwa nur „kürzerer“ Kündigungsfristen, § 622, III, S. 1 BGB)<sup>425</sup>. Damit ist die Frage einer *Teildispositivität* angesprochen.

Die Frage der Funktion des tarifdispositiven Arbeitsrechts kann nicht allein mit begrifflichen Erwägungen aus einem „Wesen der Dispositivität“ gelöst werden. Zwar erscheint es angesichts des nicht nur subsidiär unterstützenden, sondern grundsätzlich zwingenden tarifdispositiven Gesetzes richtiger, von einer echten Verdrängung („Abdingung“) des Gesetzes durch die Tarifnorm zu sprechen<sup>426</sup>. Damit ist jedoch für das Problem des tarifdispositiven Rechts wenig gewonnen. Ausschlaggebend für die Bejahung tarifvertraglichen Vorrangs sowie für seine Reichweite ist allein die gegenseitige Zuordnung staatlicher und tarifautonomer Regelungskompetenz unter Beachtung der vom Grundgesetz vorgezeichneten Funktion des Rechtsinstituts „Tarifautonomie“<sup>427</sup>.

## II. Vorrangprinzip und Zulassungsnormen

Wird der Vorrang des Tarifvertrags als Ergebnis der Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Tarifautonomie und Staat verstanden, so kann einer gesetzlichen oder richterlichen „Zulassungsklausel“<sup>428</sup> dann keine konstitutive Wirkung beigemessen werden, wenn die Regelungsmaterie in den Zuständigkeitsbereich der Tarifvertragsparteien fällt<sup>429</sup>.

Das gesetzgeberische Ermessen kann es aber auch rechtfertigen, im Bereich *staatlicher Zuständigkeit* dem TV im Einzelfall Vorrang einzuräumen.

Terminologisch beschränkt sich der Begriff „Vorrangprinzip“ im folgenden auf den ersten Fall, also die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Staat und Tarifautonomie. Im zweiten Fall besteht kein Vorrang des TV, wohl aber Disponibilität auf Grund ausdrücklicher staatlicher Zulassungsnorm<sup>430</sup>.

---

423 BAG, Urt. v. 5. 8. 1971, NJW 72, 503 = DB 72, 146; Urt. v. 12. 11. 1971, DB 72, 340 ff.; 342 sub 4. (andeutungsweise): Die gesetzliche Schutzregel soll *zunächst* Vorrang haben, „damit die Tarifpartner der gesetzlich zum Ausdruck kommenden Tendenz . . . durch neue Tarifverträge im Rahmen des jeweiligen Gewerbebezuges Rechnung tragen“; vgl. unten C. II. 1. g).

424 Unten C. II. 1. f).

425 Unten a. a. O.; ähnlich liegt das Problem bei § 626, Abs. 2 BGB. Das BAG bezweifelt die Tarifdispositivität dieser Bestimmung (BB 73, 1170).

426 So auch Kunze, Dispositives Gesetzesrecht, S. 124.

427 Vgl. oben 2. Teil.

428 Vgl. oben A.

429 Dazu unten C.

430 Vgl. unten C. III. 5.

## C. Vorrang und Grenzen der Tarifautonomie im einzelnen

### I. Tarifautonomie und Grundgesetz

#### 1. Die Rechtsprechung zur Grundrechtsbindung

Schon früh ist das BAG<sup>431</sup> davon ausgegangen, daß die Tarifvertragsparteien in ihrer normsetzenden Funktion an die Grundrechte gebunden seien<sup>432</sup>. Dem ist die Literatur überwiegend gefolgt<sup>433</sup>. Während in den ersten Entscheidungen des BAG die Bindung jedenfalls für die „bedeutsamen Grundrechte“<sup>434</sup> bejaht wurde, haben sich nach jüngerer Rechtsprechung des BAG Normen des Tarifvertrags allgemein an der „Verfassung“ messen zu lassen<sup>435</sup>. Auch die Begrenzung auf Tarifvertragsnormen ist in zweierlei Richtung durchbrochen: Bei der Austragung des Arbeitskampfes gilt – obwohl Regelungen der Tarifvertragsparteien insoweit nur schuldrechtlicher Art sein können – der „Grundsatz der Verhältnismäßigkeit“ als Verfassungsgrundsatz<sup>436</sup>. Außerdem sollen auch arbeitsrechtliche Normen, die nicht von Tarifvertragsparteien, sondern von Privaten aufgestellt worden sind, als „gesamteinheitliche Festlegung allgemeiner Arbeitsbedingungen“ grundrechtsgebunden sein<sup>437</sup>.

#### 2. Die Bindung an den organisatorischen Teil des Grundgesetzes

Damit steht nicht nur die Bindung der Tarifautonomie an die Grundrechte, sondern an das gesamte Grundgesetz zur Diskussion. Diese Frage kann aber nicht

---

431 Urt. v. 3. 12. 1954, E 1, 185 ff. =NJW 55, 606; Urt. v. 15. 1. 1955, E 1, 258 ff.; Urt. v. 15. 1. 1964, AP Nr. 87 zu Art. 3 GG.

432 Dies gilt auch, wenn das BAG nach Feststellung der Grundrechtswirkung die Nichtigkeit entgegenstehender Regelungen aus § 134 BGB folgert (Urt. v. 15. 1. 1964, a. a. O.). Hier sind die Normen des Privatrechts nicht „materiell zwischengeschaltet“ (entspr. BVerfG, Beschl. v. 15. 1. 1958, NJW 58, 257 ff.), sondern Leerformeln.

433 Biedenkopf, Gutachten, S. 114; Herschel, Referat, S. D 25; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht Bd. II, S. 374; Krüger, Gutachten, S. 36; Küchenhoff, Festschrift für Nipperdey II, S. 323 ff.; Lerche, Zentralfragen, S. 27, 41; Reuß, Koalitionen, S. 159; Säcker, JZ 70, 775 I. Sp.

434 Urt. v. 15. 1. 1955, a. a. O.

435 Urt. v. 8. 1. 1970, AP Nr. 43 zu § 4 TVG (Ausschlußfristen), Urt. v. 30. 1. 1970 und 1. 6. 1970; AP Nr. 142 und 143 zu § 242 BGB (Ruhegehalt); Urt. v. 21. 3. 1973, DB 73, 1509.

436 Vgl. oben 2. Teil, E. II. 4.

437 BAG, Urt. v. 25. 1. 1963, AP Nr. 77 zu Art. 3 GG mit Anm. von Mayer-Maly, a. a. O. Auf die Problematik „Allgemeiner Arbeitsbedingungen“ kann hier nicht eingegangen werden. Bezüglich der Vorrangbeurteilung sind sie nicht einem TV, sondern eher privat-autonomen Normen (oben I. Teil, C. II.) gleichzustellen. Grundlegend Säcker, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht, Berlin 1972; vgl. auch LAG Hamm, Urt. v. 29. 8. 1972, DB 73, 285.

pauschal beantwortet werden. Die generelle Unterstellung der Tarifvertragsparteien unter die grundgesetzliche Ordnung und ihre Bindung an die Grundrechte sind zweierlei.

Außerhalb der Grundrechte enthält das Grundgesetz die Verfassung des *Staates*, seine umfassende rechtliche Struktur. Diese Struktur kann nicht auf andere körperschaftliche Organisationen übertragen werden, ohne daß diese in den weiteren Bereich des Staatlichen einbezogen würden. Sowohl die Koalitionen als auch ihre Gestaltungsbefugnis gehören aber dem Privatrecht an<sup>438</sup>. Rechts- oder Sozialstaatsklausel (Art. 20, I und III GG) gelten für sie nicht<sup>439</sup>, ebensowenig der Demokratiegrundsatz. *Biedenkopfs* Forderung nach demokratischer Legitimation tarifautonomer Regelung<sup>440</sup> ist deshalb verfehlt<sup>441</sup>. Das Erfordernis der Einwilligung der Normunterworfenen ergibt sich ohne weiteres auch aus privatrechtlicher Sicht durch die Wirkungslosigkeit eines „Vertrags zu Lasten Dritter“ und dem daraus folgenden Konsenszwang. Über den rechtsgeschäftlichen Beitritt zur Arbeitsorganisation hinaus findet sich für eine „demokratische Legitimation“ keine Grundlage<sup>442</sup>.

Für die rechtliche Struktur der Tarifautonomie ist Art. 9, III GG als Grundlagennorm ausschlaggebend. Sein Inhalt<sup>443</sup> bietet keinen Anhaltspunkt für eine zusätzliche Anwendbarkeit der Art. 20 ff. GG.

### 3. Die Grundrechtsbindung

Betrachtet man die Tarifautonomie als privatrechtliche Gestaltungsbefugnis, so ist auch die Verbindlichkeit der Grundrechte keine Selbstverständlichkeit. Im Bereich der Privatautonomie jedenfalls besteht keine unmittelbare Grundrechtsbindung der Privatrechtssubjekte<sup>444</sup>. Auch die Grundrechte statuieren nämlich

---

438 Vgl. oben 2. Teil, E. III.

439 Anders für das Sozialstaatsgebot Preis, ZfA 72, 294; Clausen, Diss., S. 95 ff.

440 Tarifautonomie, S. 47–70; auch Säcker, Grundprobleme, S. 29 f.; Mayer-Maly, Gemeinsame Einrichtungen im Spannungsfeld von Tarifmacht und Organisationspolitik, BB 65, 829 ff.

441 So i. Erg. auch Herschel, Referat, S. D 18 f.; Richardi, Kollektivgewalt, S. 164, Fn. 87; der Ansatz von Gamillscheg (Differenzierung, S. 97): „So viel Legitimation wie möglich, so viel Außenwirkung wie nötig“ bringt zwar eine Einschränkung der Lehre Biedenkopfs, ist aber nach obigen Feststellungen ebenfalls abzulehnen.

442 Richardi, a. a. O.; Wagenitz, Personelle Grenzen, S. 36 ff.

443 Dazu oben 2. Teil.

444 Ganz überwiegende Auffassung: BVerfG, Beschl. v. 15. 1. 1958 (NJW 58, 257 ff.); Böttcher, Gemeinsame Einrichtungen, S. 101; Esser, Schuldrecht I, S. 8 f.; Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, S. 140; Larenz, JJ 66/67, 119; ders., Allgemeiner Teil, S. 39; Soergel-Hefermehl, § 138, Anm. 1; Simitis, Gute Sitten, S. 182; H. P. Westermann, Vertragsfreiheit, S. 29; anders: BGH, Urt. v. 25. 5. 1954, Z 13, 334 ff., 338; Urt. v. 18. 12. 1954, Z 16, 71 ff., 80; BAG, Urt. v. 15. 1. 1955, E 1, 258 ff., 262; Nipperdey, Die Würde des Menschen, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grund-



keine allgemeinen und unmittelbar verbindlichen Rechtsgrundsätze. Privatautonome Freiheit ist gegenüber grundgesetzlicher Freiheit grundsätzlich *lex specialis*<sup>445</sup>. Die Grundrechte begründen den Status des Einzelnen in der *Gemeinschaft*, sind also prinzipiell staatsgerichtet<sup>446</sup>.

In seiner Allgemeinheit kann deshalb der These, die Grundrechte bedeuteten einen Ordnungsauftrag für den Staat auch im Privatrechtsbereich und seien *deshalb* für die Tarifautonomie verbindlich<sup>447</sup>, nicht zugestimmt werden. Im Privatrechtsbereich liegt die nach wie vor wichtigste Grundentscheidung des Gesetzgebers darin, daß eine „Durchnormierung“ und positive inhaltliche Einflußnahme in der Regel *nicht* stattfindet<sup>448</sup>. Die Begründung der Bindung kann deshalb nur unter *Abgrenzung* zum allgemeinen Privatrechtsbereich aus der Besonderheit der Tarifautonomie hergeleitet werden.

Diese Abgrenzung ist im Grundsatz bereits oben<sup>449</sup> vorgenommen worden. Es wurde festgestellt, daß die Koalitionen zwar nicht unmittelbar „in Pflicht genommen“ worden sind, wohl aber der Inhalt ihres privaten Gestaltungsrechts positiv verbindlich vorgezeichnet ist. Dem entspricht auf der anderen Seite, daß die staatliche Aufgabe zur Ordnung des Arbeitslebens im Sinne eines sozialen Rechtsstaats trotz Garantie der Tarifautonomie nicht gegenstandslos geworden ist<sup>450</sup>. *Neben* den Tarifvertragsparteien zeichnet auch der Staat für die konkrete Ordnung des Arbeitsrechts verantwortlich<sup>451</sup>. Diese unmittelbare Doppelzuständigkeit findet zwar im Einzelfall ihre Auflösung durch Vorrangigkeit der privaten oder der staatlichen Norm<sup>452</sup>. Insgesamt jedoch erscheint das für das konkrete Arbeitsverhältnis geltende Recht als Einheit. Diese Verwobenheit staatlicher und privater normativer Regelungen findet in keiner innerstaatlichen Partikulärordnung ihre Entsprechung<sup>453</sup>, in ihr liegt die eminente Besonderheit der Arbeitsrechtsordnung. Es mag deshalb dahingestellt bleiben, ob der Staat zur Durchsetzung der Grundrechte in allen Partikulärordnungen verpflichtet ist<sup>454</sup>.

---

rechte, 2. Bd., Berlin 1968, S. 17 ff.; Krüger, Gutachten, S. 78; Laufke, Vertragsfreiheit, S. 146 ff., 155, 162 f.; differenzierend Hesse, Grundzüge, S. 145 ff., 148 f.; vgl. zu diesem Thema auch die Staatsrechtslehrertagung 1971 in Regensburg (Bericht von Weber, NJW 72, 1037 f.).

445 Hesse, Grundzüge, S. 148.

446 Hesse, a. a. O., S. 116 ff.; einzelne Grundrechte sind schon ihrem Inhalt nach auf Privatverhältnisse unanwendbar, z. B. Art. 16, I; 28, II; 33, V GG, vgl. Hesse, a. a. O., S. 146.

447 Richardi, Kollektivgewalt, S. 46.

448 Biedenkopf, Wettbewerbsbeschränkung, S. 106.

449 2. Teil, E. III.

450 Vgl. oben 2. Teil, F.

451 Schnorr, JR 66, 327 ff.

452 Dazu unten II.

453 Der Vergleich mit kirchlicher und kommunaler Selbstverwaltung bei Richardi, Kollektivgewalt, S. 63–73, bestätigt diese Feststellung.

454 Richardi, a. a. O., S. 46.

Das ergänzende Nebeneinander staatlicher und privater Teil-Rechtsordnungen auf der Ebene des Einzelarbeitsverhältnisses ist jedenfalls nur möglich, wenn die Teil-Ordnungen inhaltlich den gleichen Grundprinzipien folgen. Insoweit ist auch der Gedanke heranzuziehen, daß die Grundrechte das Verhältnis von Macht *schlechthin* zum Einzelnen regeln<sup>455</sup>. Wenn dem auch für das allgemeine Privatrecht erhebliche Bedenken entgegenstehen<sup>456</sup>, so gilt doch anderes für die Tarifautonomie als staatlich anerkannte und geförderte Machtausübung. Während Privatautonomie im Prinzip gegenseitige Machtlosigkeit voraussetzt, ist die Tarifautonomie von vorherein als Machtfaktor erkannt und ausgestaltet. Das richtige Verständnis der Tarifautonomie, wie sie durch Art. 9, III GG konzipiert worden ist, führt deshalb unter Berufung auf eben diese Verfassungsbestimmung zur unmittelbaren Grundrechtsbindung jeder tarifautonomen Norm mit Bezug auf Einzelarbeitsverhältnisse, soweit die Grundrechte ihrem Inhalt nach anwendbar sind<sup>457</sup>. Die Verbindlichkeit der Grundrechte führt umgekehrt zu der Schlußfolgerung, daß ein tarifvertraglicher Vorrang gegenüber den Grundrechten nicht in Betracht kommen kann.

## II. Tarifautonomie und einfaches Gesetz

Das oben in seinen Grundzügen erörterte Verhältnis tarifautonomer und staatlicher Regelungsbefugnis<sup>458</sup> ermöglicht eine weitgehend unproblematische Vorrangklärung.

### 1. Arbeitsrechtliche Gesetze

Eine Regelung der Tarifvertragsparteien ist nur dort vorrangfähig, wo sie sich im Rahmen der Tarifautonomie hält und wo dem Staat keine Kontroll- und Absicherungsfunktion verblieben ist. Damit erweist sich im wesentlichen die von *Biedenkopf* vorgenommene Grenzziehung<sup>459</sup> als richtig.

---

455 Hesse, a. a. O., S. 149, der notfalls die Grundrechte unmittelbar auch gegen wirtschaftliche und soziale Macht einsetzen will.

456 Oben I. Teil, C. II. 3. a).

457 Die Argumentation, die Grundrechte seien schon deshalb verbindlich, weil der TV in seinem normativen Teil materielles Gesetz sei (BAG, Urt. v. 15. I. 1955, E 1, 258 ff., 262) erscheint demgegenüber vordergründig, zumal das Verhältnis von Ursache und Wirkung (§ 4, I TVG und Grundrechtsbindung aus Art. 9, III GG) eher umgekehrt sein dürfte.

458 2. Teil, F.

459 Tarifautonomie, S. 122 ff.

## a) Der Bereich staatlicher Zuständigkeit

### aa) *Minimalgesetze*

Das Sozialstaatsprinzip und Art. 1 GG bedeuten die Verpflichtung des Staates, in allen Lebensbereichen, also auch auf dem Gebiet der abhängigen Arbeit den Individuen die gesellschaftsadäquate Existenz, vor allem auch in wirtschaftlicher Hinsicht, zu gewährleisten<sup>460</sup>. Die Grenzziehung „nach unten“ ist dem Staat vorbehalten. Eine davon in negativer Hinsicht abweichende Tarifregelung kann nicht mehr das vom Staat intendierte Ordnungsziel verwirklichen. Sie ist zwar nicht eo ipso unwirksam, denn die Tarifparteien stehen ihrerseits nicht in staatlicher Verantwortung<sup>461</sup>. Sie tritt nur im Konfliktfall hinter der staatlichen Norm zurück, die damit eine Absicherungsfunktion gegenüber dem Tarifvertragssystem erfüllt<sup>462</sup>.

Es handelt sich hierbei nicht um einen „Eingriff“ in eine vorbehaltlose Grundrechtsgarantie<sup>463</sup>, sondern um die sich aus der Kollision mit dem Verfassungswert „Sozialstaat“ ergebende immanente Begrenzung des Art. 9, III GG<sup>464</sup>. Darüber hinaus besteht ganz allgemein das Abgrenzungsproblem zweier durch die Verfassung anerkannter Prinzipien: Der konkurrierenden<sup>465</sup> Zuständigkeit zur Regelung des Arbeitsrechts von Staat und Tarifvertragsparteien. Dieses Nebeneinander bedingt von vornherein wesentliche Einschränkungen<sup>466</sup> der Garantie des Art. 9, III GG, so daß auf den dort fehlenden Schrankenvorbehalt nicht abgestellt werden kann. Damit folgt diese Arbeit dem allgemeinen Grundrechtsverständnis des Bundesverfassungsgerichts<sup>467</sup> sowie dem *Ansatz* der Arbeit von *Säcker*<sup>468</sup>, der das Problem der Tarifautonomie aus dem „normativen Eigengehalt“ des Art. 9, III GG zu entwickeln versucht hat.

### bb) *Gesetze zum Schutz des Gemeinwohls*

Ebenso ist dem einfachen Gesetzgeber eine verbindliche Grenzziehung „nach oben“, zur Wahrung des allein in seine Kompetenz fallenden Gemeinwohls vor-

---

460 Preis, ZfA 72, 293, der daraus zu Unrecht die Unzulässigkeit eines tariflichen Vorrangs herleitet.

461 2. Teil, E. III.

462 Dem entspricht der Wortlaut des § 13, I BUrIG: Die §§ 1–3, I BUrIG gehören dem sozialen Minimum an und sind in negativer Richtung nicht disponibel. In positiver Richtung sind natürlich Abweichungen möglich (Günstigkeitsprinzip).

463 Gester und Kittner, a. a. O., S. 170 f.

464 Gester und Kittner, a. a. O., S. 170 f.

465 Von „Kollision“ zwischen Tarifautonomie und Staat sollte nur in den absoluten Vorrangbereichen des Staates und der Tarifautonomie die Rede sein.

466 Zur *Gegenseitigkeit* der Einschränkungen vgl. unten b).

467 Insbesondere in seiner Konkretisierung durch den Beschl. v. 26. 5. 1970, JZ 70, 772 ff.; vgl. unten b).

468 Grundprobleme, insb. S. 19, Fn. 12; ähnlich Scholz, Grundrecht, S. 73.

behalten. Diese Zuständigkeit wird im Grundsatz nicht dadurch in Frage gestellt, daß hier konkrete Formulierungen schwer möglich sind<sup>469</sup>. Die Versuche der Rechtsprechung, anstelle des Gesetzgebers die sich aus dem Verbot der Gemeinwohlschädlichkeit ergebenden Grenzen zu konkretisieren (durch den Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit<sup>470</sup>), könnten gesetzlich übernommen werden. Derartige Normen zeichnen die immanenten Grenzen der Tarifautonomie nach und können deshalb nicht zur Disposition der Tarifvertragsparteien stehen<sup>471</sup>.

## b) Der Bereich konkurrierender Zuständigkeit

### aa) Das Prinzip der gegenseitigen optimalen Zuordnung

Die Verteilung von Lasten und Nutzen innerhalb dieser Grenzen, also im „Mittelbereich“, kann nicht ohne weiteres der Tarifautonomie oder dem Staat zugeschoben werden. Einerseits kann es sich hier nicht um eine absolute Tabu-Zone für den Gesetzgeber handeln. Der Bereich der abhängigen Arbeit umfaßt den größten Teil der Gesamtgesellschaft. Seine spezifisch arbeitsrechtlichen Probleme stellen aber nur eine – wenn auch sehr bedeutungsvolle – Seite seiner allgemeingesellschaftlichen Existenz dar. Die ihm zugehörigen Personen und Gruppen sind gleichzeitig unter mehreren, höchst verschiedenen Aspekten erfassbar und katalogisierbar. Das arbeitsrechtliche Interesse ist nur eins von vielen der Beteiligten<sup>472</sup>. Arbeitsrechtliche Kriterien berücksichtigen nur einen Aspekt von mehreren möglichen im Rahmen eines gesellschaftlichen Problems. Die Beschränkung der Tarifautonomie auf die Spezifika des Arbeitsrechts birgt die Notwendigkeit staatlicher, umfassender Gestaltungskonkurrenz in sich.

Andererseits ist die Schaffung sozialen Ausgleichs, die Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen nach dem Gesichtspunkt der Angemessenheit und Zweckmäßigkeit das Kernstück, ja das Thema der Tarifautonomie schlechthin. Voraussetzungslöse Gestaltungsbefugnis des Staates mit Vorrang gegenüber den Tarifparteien wäre deshalb nicht mit dem Sinn des Art. 9, III GG in Einklang zu bringen, selbst wenn man sie an einem „Kernbereich“ im Sinne eines Existenz- und Funktionsminimums enden ließe<sup>473</sup>, um seinen Wesensgehalt (Art. 19, II GG) zu wahren<sup>474</sup>. Aus der Statuierung der Zuständigkeitskonkurrenz durch

---

469 Richardi, SAE 72, 11; Reuß, AuR 71, 356; Lerche, Zentralfragen, S. 29.

470 Vgl. oben 2. Teil, E. II. 4.

471 Das gilt aber nicht für die einzelnen, positiven Folgerungen aus diesem Rechtsgrundsatz, also etwa Schlichtungsregeln, vgl. unten III. 6.

472 Kaiser, Repräsentation, S. 204 ff.; Krüger, Gutachten, S. 37.

473 S. Lieb, Anm. zu BVerfG, Beschl. v. 26. 5. 1970, SAE 72, 19 ff.; ders., RdA 72, 135 ff.; zur Kernbereichslehre vgl. Säcker, Grundprobleme, S. 45, und unten d).

474 Säcker, a. a. O., S. 56.

das Grundgesetz ist vielmehr das Gebot der *gegenseitigen Zuordnung*<sup>475</sup> mit dem Ziel der *optimalen beiderseitigen Effektivität* zu folgern<sup>476</sup>.

Es ist von arbeitsrechtlicher Seite<sup>477</sup> – soweit ersichtlich – fast völlig übersehen worden<sup>478</sup>, daß das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluß vom 26. 5. 1970<sup>479</sup> seine ständige Rechtsprechung zum „Wesensgehalt der Grundrechte“<sup>480</sup>, mit *Hesse* auf die Kurzformel „praktische Konkordanz“ zu bringen<sup>481</sup>, auch auf das Verhältnis der Tarifautonomie zur Gestaltungsbefugnis des einfachen Gesetzgebers ausgedehnt hat. Für das Bundesverfassungsgericht offenbar eine Selbstverständlichkeit, fehlt es bisher an der Darstellung der Bedeutung und Reichweite dieses Konkurrenzverständnisses im Arbeitsrecht<sup>482</sup>. Im Beschluß heißt es:

„Die Verfassung gewährleistet jedoch die Tätigkeit der Koalitionen nicht schrankenlos. Es ist Sache des Gesetzgebers und fällt in den Rahmen seiner Gestaltungsfreiheit, die Tragweite der Koalitionsfreiheit dadurch zu bestimmen, daß er die Befugnisse der Koalitionen im einzelnen ausgestaltet und näher regelt. Dabei kann er den besonderen Erfordernissen des jeweils zu regelnden Sachbereichs

---

475 G. Müller, RdA 71, 323.

476 Dies kann als „institutionelles“ Verständnis der Tarifautonomie bezeichnet werden, im Anschluß an die verfassungsrechtliche Lehre von Häberle, *Die Wesensgehaltsgarantie* des Art. 19, Abs. 2 GG, 2. Aufl., Karlsruhe 1972; vgl. auch Hesse, *Grundzüge*, S. 116, Fn. 4; dagegen jetzt Klein, *Die Grundrechte im demokratischen Staat*, Stuttgart u. a. 1972.

477 Anders Häberle, a. a. O., Vorwort, Fn. 1.

478 Anders nur Gester und Kittner, RdA 71, 167 ff., die allerdings eine ablehnende Haltung einnehmen.

479 JZ 70, 772 ff. = E 28, 295 ff. = SAE 72, 14 ff. mit Anm. von Lieb = AP 18 zu Art. 9 GG.

480 Vgl. die erschöpfenden Nachweise bei Häberle, a. a. O. (Fn. 477).

481 *Grundzüge*, S. 28 f., 132 ff.

482 Auch *Säcker* hat den Beschl. v. 26. 5. 1970 insoweit nicht richtig gewürdigt (JZ 70, 775 f. sub III. 1.). Im Anschluß an die bisherige Rechtsprechung des BVerfG (Fn. 484) versteht er den Kernbereich der Tarifautonomie, auf den sich auch die Garantie des Art. 9, III GG beschränken soll, nach wie vor *statisch*, als Minimum (so deutlich auch in Gruppenautonomie, S. 257). Um der bei diesem Verständnis drohenden Gefahr der Aushöhlung der Tarifautonomie durch staatliche Regelungen vorzubeugen, verfolgt *Säcker* konsequent die Tendenz, den „Kernbereich“ auszuweiten (durch Bindung von „Unterkernbereichen“, Gruppenautonomie, S. 259), und übt Kritik an der scheinbaren Beschränkung der Tarifautonomie auf einen „Residualbereich“. Im Gegensatz zu seinen Ausführungen in JZ 70, 775 lehnt *Säcker* nun auch eine Verpflichtung des Gesetzgebers ab, die Tarifautonomie für „so wohl beschaffen wie nur möglich“ zu gestalten (Gruppenautonomie, S. 262).

Dieses Mißverständnis ist durch die pauschale Übernahme des Begriffs „Kernbereich“ im Beschl. v. 26. 5. 1970 verursacht (dazu unten d)), mit der das BVerfG wohl die Kontinuität seiner Rechtsprechung wahren wollte. Das Prinzip der „gegenseitigen optimalen Zuordnung“ (ähnlich Hesse, *Grundzüge*, S. 28 f.) ist der Sache nach jedoch wesensverschieden von einem Kernbereichsverständnis i. S. eines „Residualbereichs“. Das Aushöhlungsproblem stellt sich nicht, ein Ausbau des „absoluten Kernbereichs“ (unten c)) ist nicht gefordert.

Rechnung tragen. Dem Betätigungsrecht der Koalitionen dürfen aber nur solche Schranken gezogen werden, die zum Schutz anderer Rechtsgüter von der Sache her geboten sind . . . Regelungen, die nicht in dieser Weise gerechtfertigt sind, tasten den durch Art. 9, Abs. 3 GG geschützten Kernbereich der Koalitionsbetätigung an<sup>483</sup>.

Damit sind frühere Stellungnahmen des Bundesverfassungsgerichts<sup>484</sup> teils modifiziert, teils überholt, wie insbesondere jene wenig glückliche Formulierung<sup>485</sup>, daß „der Regelungsauftrag der Koalitionen nur in dem von der staatlichen Gesetzgebung freigelassenen Raum wirksam“ werde<sup>486</sup>.

#### *bb) Die Abgrenzung im Mittelbereich*

Mit der herkömmlichen Kernbereichslehre ist nur die eine Seite der gegenseitigen Zuordnung beleuchtet worden. Die *Kehrseite* dieser Lehre, nämlich die Zuordnung staatlicher Gestaltungsbefugnis zur Tarifautonomie, ist das Prinzip des *tarifvertraglichen Vorrangs* gegenüber allen staatlichen Normen auf arbeitsrechtlichem Gebiet, die nicht auf der besonderen Kontroll- und Sicherungsfunktion des Staates beruhen oder aufgrund übergreifender Ordnungskriterien der tarifautonomen Regelung gegenüber zwingend sind. Das bedeutet: Zum Schutz anderer als arbeitsrechtlicher Rechtsgüter<sup>487</sup> und zur Verfolgung nichtarbeitsrechtlicher Interessen sind die Koalitionen durch Art. 9, III GG nicht ermächtigt. Etwa politisch oder aus positiver Gemeinwohlförderung motivierte Normen des Gesetzgebers brauchen deshalb auch vor dem Bereich der abhängigen Arbeit nicht halt zu machen. Andererseits muß die staatliche Norm auch gerade aus der umfassenden, übergreifenden Gestaltungsmacht des Staates begründet sein, wenn sie gegenüber den Tarifvertragsparteien Vorrang beanspruchen will. Ergibt die Auslegung des Gesetzes, daß die verarbeiteten Kriterien im wesentlichen mit denen der Tarifvertragsparteien übereinstimmen, so ist es durch Tarifvertrag abdingbar. Es kommt also nicht auf die ausdrückliche Einräumung der Abweichungsbefugnis im Gesetz an<sup>488</sup>. Seine Disponibilität kann immanent sein und ergibt sich aus seiner verfassungskonformen Auslegung. Das gleiche gilt auch für vorkonstitutionelle Gesetze<sup>489</sup>.

---

483 JZ 70, 773 I. Sp. oben.

484 Urt. v. 18. 11. 1954, E 4, 96 ff., 108; Urt. v. 6. 5. 1964, E 18, 18 ff., 28; Beschl. v. 30. 11. 1965, E 19, 303 ff., 313; Beschl. v. 19. 10. 1966, E 20, 312 ff., 317.

485 BVerfG E 18, 28; 20, 317; ähnlich BAG, Urt. v. 14. 7. 1954, E 1, 63 ff., 65; jetzt noch Scholz, Grundrecht, S. 68 f.

486 Vgl. auch Fn. 482; die Argumentation von Preis, ZfA 72, 271 ff., 290–296, gegen einen „verfassungsrechtlichen Vorrang des Tarifrechts“ trifft deshalb die hier vertretene Auffassung nicht, soweit er die ältere Rechtsprechung des BVerfG heranzieht (vgl. S. 296, Fn. 139).

487 Vgl. die Formulierung des BVerfG im Beschluß v. 26. 5. 1970, oben Fn. 483.

488 So i. Erg. auch M. Wolf, ZfA 71, 157 f.; Biedenkopf, Tarifautonomie, S. 210 f.

489 Diese Gesetze genießen generell schwächeren Bestandsschutz, vgl. Hesse, Grundzüge, S. 265 f.

Die Erörterung des Verhältnisses einfach-gesetzlicher zu tarifautonomer Regelungsbefugnis hat bisher zur Unterscheidung zweier Bereiche geführt: Der Bereich generellen staatlichen Vorrangs aufgrund seiner sozialen Sicherungs- und Kontrollfunktion<sup>490</sup> steht dem Bereich der echt „konkurrierenden Zuständigkeit“<sup>491</sup> gegenüber, in dem der Vorrang der Tarifautonomie die Regel ist, aber durch die übergreifende Gestaltungsmacht des Staates verdrängt werden kann.

### c) Der absolute Kernbereich der Tarifautonomie

Die Erkenntnis der Tarifautonomie als eines Rechtsinstituts führt jedoch zu einer weiteren Differenzierung: Die institutionelle Garantie des Art. 9, III GG verwehrt es dem einfachen Gesetzgeber, auch aus übergreifenden Staatsinteressen auf dem Gebiet der Tarifautonomie derart regelnd tätig zu werden, daß ihr institutioneller Sinn in Frage gestellt wird<sup>492</sup>. Sicherlich kann einer Regierung die Legitimation aus Gemeinwohlinteressen nicht abgesprochen werden, wenn sie sich im Vorstadium eines Tarifkonflikts angesichts der unrealistischen Standpunkte beider Seiten versucht fühlt, normativ „Orientierungsdaten“ zur Verhinderung eines Arbeitskampfes zu setzen<sup>493</sup>. Dies würde jedoch praktisch auf eine staatliche Lohnfestsetzung hinauslaufen, die entsprechende Vereinbarung der Tarifparteien auf ihrem ureigensten Gebiet wäre kein Akt der Tarifautonomie mehr, sondern mehr deklaratorischer Art. Die „soziale Selbstverwaltung“ ist nur möglich, wenn die Tarifvertragsparteien in den Grundfragen des Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Verhältnisses Entscheidungsfreiheit haben. Wird diese Freiheit praktisch beseitigt, ist die institutionelle Garantie des Art. 9, III GG verletzt<sup>494</sup>. In diesem Kernbereich sind tarifautonome Regelungen absolut vorrangig gegenüber staatlichen Gesetzen.

---

490 Oben a).

491 Diese Formulierung findet sich bei Wiedemann, AP Nr. 35 zu § 620 BGB (Befristeter Arbeitsvertrag).

492 Das gilt nach Häberle, Wesensgehalt, S. 122 ff., für alle Grundrechte.

493 Derartige Daten, allerdings „unverbindliche“, hat z. B. der Bundesminister der Finanzen im Dezember 1972 angekündigt (Augsburger Allgemeine Zeitung v. 21. 12. 1972, S. 2).

494 Entsprechendes gilt für den Vorschlag von Bulla, Festschrift für Nipperdey II, S. 100 ff. (ihm folgend Nikisch, Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des DJT, S. 336 f.), das Votum des Sachverständigenrats zur wirtschaftlichen Lage der Nation als Obergrenze für die tarifliche Lohngestaltung testzusetzen. Dagegen Löwisch, RdA 69, 130; ders., Beamtenrecht, S. 56 (Lohngestaltung als absoluter Kernbereich der Tarifautonomie); Richardi, SAE 72, 11.

#### d) Die herkömmliche Kernbereichslehre

Damit wird der Konflikt staatlicher und tarifautonomer Normen auf insgesamt drei Ebenen ausgetragen, die jede ihre spezifischen Beurteilungskriterien aufweisen. Die sogenannte „Kernbereichslehre“<sup>495</sup> ist demnach zu modifizieren: Von einem Kernbereich im Sinne eines fixen, unantastbaren Minimums kann nur insoweit die Rede sein, als der institutionelle Sinn der Tarifautonomie überhaupt in Frage steht. Zur Vermeidung von Mißverständnissen wird darauf hingewiesen, daß die grundsätzliche innere Bindung der Tarifautonomie an die Grundrechte<sup>496</sup> und an die nichtarbeitsrechtliche Rechtsordnung<sup>497</sup> auch in diesem absoluten Kernbereich bestehen bleibt.

Im Bereich konkurrierender Zuständigkeit sind „Kernbereich“ – wenn man diesen Ausdruck hier überhaupt beibehalten will – die Sachgebiete, die der einfache Gesetzgeber offenläßt oder in denen die staatliche Norm nicht aus übergreifenden, den Tarifvertragsparteien nicht zugänglichen Gesichtspunkten motiviert ist. Die Grenze ist folglich flexibel und nur durch konkrete Abwägung feststellbar<sup>498</sup>. Man könnte den Unterschied auch durch die Bezeichnung „absoluter“ und „relativer“ Kernbereich deutlich machen<sup>499</sup>.

Ob auf dieser Grundlage die Differenzierung des „Kernbereichs“ in „Unterkernbereiche“<sup>500</sup> möglich und sinnvoll ist, erscheint zweifelhaft. Der absolute Kernbereich ist begrifflich wesentlich enger gefaßt als der von *Säcker* vertretene „Kernbereich“. Das resultiert daraus, daß die Garantie des Art. 9, III GG nicht mit dem absoluten Kernbereich endet, sondern auch im Mittelbereich Wirksamkeit entfaltet. *Säcker* hingegen, der „Kernbereich“ und „Garantiebereich des Art. 9, III GG“ gleichsetzt<sup>501</sup> und im übrigen die unbeschränkte Eingriffsmöglichkeit des Gesetzgebers für gegeben erachtet, muß von seinem Ansatz her bestrebt sein, durch Ausweitung und Ausformung des „Kernbereichs“ die negativen Konsequenzen seiner Lehre für die Tarifpartner abzuschwächen. Die Anerkennung von Unterkernbereichen im Rahmen der hier vertretenen Auffassung birgt die Gefahr einer unzulässigen Ausweitung des Minimalbereichs tarifauto-

---

495 Vgl. oben Fn. 482; jetzt auch Hölters, *Harmonie*, S. 134 f.

496 Oben I. 3.

497 Unten 2.

498 Als Parallelbeispiel ist insoweit auf die Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 5, I und II GG hinzuweisen (E 7, 198 ff., 204 ff.; 10, 118 ff., 121 f.; 20, 162 ff., 175 ff., 186 ff.; 21, 239 ff., 243 f.; 27, 71 ff., 81 ff.; 27, 104 ff., 108 ff.; 28, 55 ff., 63 ff.; 30, 336 ff., 352 ff.).

499 Häberle, *Wesensgehalt*, Vorwort.

500 Säcker, *Gruppenautonomie*, S. 257 ff.; ders., *Grundprobleme*, S. 45 ff.

501 In JZ 70, 775 f. sub III. 1.



nomer Tätigkeit<sup>502</sup> (absoluter Kernbereich als Schutzbereich). Im Mittelfeld hingegen (relativer Kernbereich als Bereich der praktischen gegenseitigen Zuordnung) ist über die erarbeiteten Kriterien hinaus die Aufteilung in Unterkernbereich sinnlos<sup>503</sup>.

#### e) Die Kritik am Vorrangprinzip

Dieses Verständnis des Verhältnisses zwischen Tarifautonomie und einfachem Gesetzgeber ist gegen die in neuester Zeit vorgebrachte Kritik an einem durch Art. 9, III GG begründeten Vorrang der Tarifautonomie zu verteidigen.

So wird von *Preis*<sup>504</sup> behauptet, die Bejahung eines derartigen Vorrangs setze die Anerkennung eines verfassungsrechtlich gewährleisteten Subsidiaritätsprinzips voraus<sup>505</sup>. Es wurde jedoch bereits festgestellt, daß dieses Prinzip keineswegs als geltender Verfassungsgrundsatz behandelt werden kann. Der Vorrang des TV hat damit auch gar nichts zu tun. Er ergibt sich aus der Konkurrenz zweier Regelungszuständigkeiten für dieselbe Materie und findet seine Grundlage in der speziellen Verfassungsnorm des Art. 9, III GG. Im Zusammenhang mit dem dispositiven bürgerlichen Recht wurde bislang – zu Recht – auch noch nicht auf ein „Subsidiaritätsprinzip“ verwiesen. Deshalb sollte dieser Begriff, auch wenn er nur den begrenzten Vorrang des TV umschreiben soll<sup>506</sup>, im Zusammenhang mit der Tarifautonomie besser vermieden werden.

Des weiteren soll nach *Preis*<sup>507</sup> die Anerkennung des tarifvertraglichen Vorrangs durch das *Sozialstaatsprinzip* verhindert sein. Die aus diesem Prinzip für den Staat erwachsende Verpflichtung könne ihm nicht abgenommen werden und sei auch nicht delegationsfähig. Letztere These erscheint schon deshalb nicht überzeugend, da *Preis* gleichzeitig das Sozialstaatsgebot auch für „die gesellschaftlichen Mächte“ für verbindlich hält<sup>508</sup>. Im übrigen kann das Sozialstaatsgebot keinen höheren Rang beanspruchen als die Garantie der Tarifautonomie. Beide finden ihre Grundlage in der Verfassung. Zwar können auch Verfassungsgrundsätze zueinander in Konkurrenz treten und gegenseitig vorrangig sein<sup>509</sup>. Hier liegt jedoch keine echte Konkurrenz vor. Der *Entscheidungsbefugnis* des

---

502 Insoweit richtig Lieb, RdA 72, 133, zum Beispiel des Unterkernbereichs „Prämienwesen“. Im übrigen will auch Lieb die Tarifautonomie insgesamt auf den hier dargestellten „absoluten Kernbereich“ beschränken (so auch in SAE 72, 19 f.).

503 Die Schwierigkeiten eines einheitlich und statisch verstandenen Kernbereichsbegriffs zeigen sich auch in den Abgrenzungsversuchen von Reuß, AuR 72, 138 ff.

504 ZfA 72, 292; ähnlich Scholz, Grundrecht, S. 67 ff.

505 Dazu oben I. Teil, C. II.2.

506 Wie bei Reuß, AuR 72, 138.

507 A.a.O., S. 293 ff.

508 Dagegen oben I.2.

509 Lerche, Zentralfragen, S. 42.

Gesetzgebers zur Verwirklichung des Sozialstaatsgebots entspricht die Entscheidungsfreiheit über das „Wie“ dieser Verwirklichung<sup>510</sup>. Die Überlassung der sozialen Ordnungsaufgabe an die unmittelbar beteiligten Gesellschaftsgruppen ist eine mögliche Form, die zudem vom Verfassungsgeber selbst gewählt worden ist. Liegt somit kein Konflikt zwischen Sozialstaatsprinzip und Vorrangprinzip des Tarifvertrages vor, so bleibt darauf hinzuweisen, daß von anderer Seite<sup>511</sup> aus der „sozialstaatlichen Verfassung“ sogar der Zwang zur Anerkennung der Verbandsfreiheit im Arbeitsrecht gefolgert wurde. Diese Verbandsfreiheit bedingt aber im aufgezeigten Rahmen das Vorrangrecht gegenüber staatlichen Normen.

#### f) Die Möglichkeit eines Teil-Vorrangs

Die grundsätzliche Anerkennung eines tarifvertraglichen Vorrangs innerhalb des umrissenen Bereichs fordert die Auseinandersetzung mit der weiteren Frage, ob die Möglichkeit der Teil-Dispositivität einer grundsätzlich vorrangigen staatlichen Norm besteht. Als Beispiel sei wiederum § 622 BGB herangezogen. Im Hinblick auf den verstärkten Fristenschutz des älteren Arbeiters (§ 622, II, S. 2 BGB) hat das LAG Hamm<sup>512</sup> eine differenzierende Stellung bezogen: Zwar seien die in § 622, II, S. 2 BGB bestimmten Fristen für die Tarifvertragsparteien nicht zwingend, könnten also verlängert oder verkürzt werden. Unabdingbar aber sei die Grundwertung des Gesetzgebers, wonach ältere Arbeitnehmer grundsätzlich stärkeren Schutz verdienen als jüngere.

Diese Differenzierung läuft kurz gesagt darauf hinaus, daß das „ob“ einer bestimmten Regelung zwingend sein, das „wie“ aber zur Disposition der Tarifvertragsparteien stehen soll<sup>513</sup>. Das LAG Hamm geht dabei offensichtlich vom grundsätzlichen Vorrang des Gesetzes aus.

Eine entsprechende Beurteilung findet sich im Urteil des BAG vom 12. 11. 1971<sup>514</sup>: Im Recht der Wettbewerbsverbote (§§ 74 ff. HGB) sollen zwar „gewisse Mindestanforderungen“<sup>515</sup> unabdingbar sein, im übrigen aber Vorrang des Tarifvertrages bestehen<sup>516</sup>.

---

510 Zur gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit Hesse, Grundzüge, S. 134, 177, 226 f.; Zum Sozialstaatsgebot im allgemeinen vgl. oben Fn. 378).

511 Lerche, a.a.O., S. 27; G. Müller, RdA 71, 325.

512 Urt. v. 2. 7. 1970, DB 70, 1447.

513 Richardi, ZfA 71, 88.

514 DB 72, 340 ff., 341/2 sub 3.c).

515 Entschädigungspflicht im Prinzip; zeitliche, räumliche und sachliche Begrenzung des Verbots.

516 So schon der Vorschlag von Canaris, Anm. zu BAG, Urt. v. 13. 9. 1969, SAE 71, 111 ff., 113 r.Sp.

Hat der Gesetzgeber eine *vorrangige* arbeitsrechtliche Regelung aufgestellt, so bestehen gegen eine Teil-Dispositivität Bedenken. Grundsätzlich obliegt die Gestaltung gemäß den oben <sup>517</sup> dargestellten Kriterien dem Gesetzgeber. Allerdings wird die gesetzgeberische Wertung und für die Vorrangbeurteilung ausschlaggebende Motivation sich oft auf den Grundsatz beschränken, während die konkreten Ausführungen des Regelungsziels mehr technischer, also rechtsethischer ersetzbarer Art sind <sup>518</sup>. Dennoch sind sie eng mit der *Verantwortung* für den übergreifenden Normzweck verknüpft, in ihr vollendet sich erst die Zuständigkeitshalber dem Gesetzgeber zugewiesene Aufgabe. „Zuständigkeit“ umfaßt neben „Befugnis“ in gleichem Maße auch „Verantwortung“. Die Spaltung einer einheitlichen Regelung in „ob“ und „wie“ würde mit der damit verbundenen Zuständigkeitsverwischung insbesondere die Verantwortlichkeit treffen, zumal sie abstrakt kaum mit der erforderlichen Genauigkeit vollzogen werden könnte. Das Prinzip der optimalen gegenseitigen Zuordnung von tarifautonomer und staatlicher Regelungszuständigkeit führt deshalb nicht zu einer Aufspaltung einheitlicher Regelungskomplexe im Sinne einer Teil-Dispositivität. Auf *Zuständigkeitsebene* ergibt sich die alleinige und *vollständige* Kompetenz des Staates. Die Möglichkeit, im Rahmen gesetzgeberischer Gestaltungsfreiheit tarifautonome Einzelregelungen bei Verbindlichkeit der Grundwertungen *zuzulassen*, ist damit nicht berührt. Dabei handelt es sich dann aber nicht um einen „Vorrang der Tarifautonomie“, sondern um eine staatliche „Zulässigkeitsenerweiterung“ aus Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten <sup>519</sup>. In diesem Fall ist es Sache des Gesetzgebers, den Rahmen der Dispositionsfreiheit hinreichend bestimmt zu umreißen. Die Ablehnung eines Teil-Vorrangs gilt umgekehrt auch für arbeitsrechtliche Gesetze, die in den Vorrangsbereich der Tarifautonomie fallen. Das ist nur dann möglich, wenn auch in den Grundwertungen der Norm weder staatliche Schutz- noch Absicherungsfunktion angesprochen ist. *Gerechtigkeitsvorstellungen* allein reichen jedoch nicht aus, um die Unabdingbarkeit zu begründen <sup>520</sup>. Die Herstellung materiell gerechter Verhältnisse ist der Tarifautonomie als System anvertraut, in ihrem Bereich ist staatliches Eingreifen auch nur im Sinne eines Teil-Vorrangs ausgeschlossen. Die generelle Begrenzung des Vorrangsbereiches durch die staatliche Schutz- und Sicherungsfunktion ist nicht als Gegenbeispiel eines Teil-Vorrangs geeignet. Hierbei handelt es sich um die immanente Grenze des Vorrangprinzips überhaupt. Ein diese Grenze auf Zuständigkeitsebene überwindender Vorrang in einer oder anderer Richtung ist nicht möglich (vgl. die dem Rechnung tragende Regelung des § 7 AZO).

---

517 a).

518 Lieb, RdA 72, 135; Thiele, Zur gerichtlichen Überprüfung von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen, in: Festschrift für Larenz, München 1973, S. 1043 ff., 1050.

519 Zur diesbezüglichen Gestaltungsfreiheit des Richters als Normsetzer vgl. unten III.5; so i. Erg. auch Thiele, a. a. O., S. 1051.

520 So aber offensichtlich LAG Hamm, a. a. O. (Fn. 512).

Zwanglos ergibt sich auch als letzte Folgerung, daß der einfache Gesetzgeber bei bestehendem Vorrang des TV diesen Vorrang nicht auf eine bestimmte Richtung beschränken kann. In § 622, III, S. 1 BGB ist zum Beispiel nur von „kürzeren Fristen“ die Rede. Da das Gesetz selbst seine TV-Dispositivität erklärt, sind die Tarifvertragsparteien deshalb durch den Wortlaut des § 622, III, S. 1 BGB nicht daran gehindert, auch *längere* Fristen als die gesetzlichen zu vereinbaren<sup>521</sup>.

Damit können nun die Ausgangsfälle<sup>522</sup> zu Ende geführt werden:

Das Urteil des LAG Hamm ist in keinem Fall richtig. Wäre § 622, II, S. 2 BGB für die Tarifparteien zwingend, wie das Gericht grundsätzlich annimmt, so müßte das auch für die im Gesetz festgelegten Fristen gelten. Richtigerweise bezieht sich jedoch § 622, III BGB *auch* auf § 622, II, S. 2, BGB<sup>523</sup>, so daß diese Bestimmung in vollem Umfang tarifdispositiv ist<sup>524</sup>, ohne daß auf die allgemeine Abgrenzung der Zuständigkeiten zurückgegriffen werden müßte.

Bei den Wettbewerbsverboten<sup>525</sup> gibt es keine Zulassungsklausel. Hier stellt sich deshalb die Frage nach der Motivation der gesetzlichen Regelung<sup>526</sup>.

Die nach Auffassung des BAG unabdingbaren Grundsätze<sup>527</sup> betreffen Fragen, die für die Arbeitnehmer von einschneidender Bedeutung sind. Ein entschädigungsloses und womöglich zeitlich unbegrenztes oder unangemessen langfristiges Wettbewerbsverbot beraubt ihn praktisch der Möglichkeit, seinen Beruf auszuüben. Arbeit und Beruf bilden aber in hervorragendem Maße die Lebensgrundlage eines jeden. Ausdruck dessen ist nicht zuletzt Art. 12, I, S. 1 GG. Die Berufsausübung beeinflusst entscheidend alle anderen persönlichen Lebensbereiche, ohne ihre Möglichkeit ist freie personale Entfaltung nicht denkbar<sup>528</sup>. Die Sicherung der beruflichen Existenzgrundlage ist deshalb primäres Anliegen des Sozialstaats. Die gesetzliche Regelung in §§ 74 ff. HGB gehört deshalb zum Minimalbereich des Arbeitsschutzes und ist auch einem Tarifvertrag gegenüber vorrangig. Den vorangegangenen Ausführungen folgend gilt das nicht nur für die gesetzlichen Grundwertungen, sondern für die gesamte Regelung, da eine gesetzliche „Zulässigkeitserweiterung“ fehlt. Ein Vorrang der Tarifautonomie aus dem Gesichtspunkt der Zuständigkeitsverteilung, also auf der Grundlage des Art. 9, III GG scheidet deshalb aus.

---

521 Im übrigen ergibt die Auslegung des Gesetzes, daß eine derartige Beschränkung auch nicht gewollt war: vgl. Richardi, ZfA 71, 91 f.

522 Oben Fn. 512 und 514.

523 Richardi, ZfA 71, 87 f.; Palandt-Putzo, § 622, Anm. 3.b)bb); anders BAG, Urt. v. 5. 8. 1971, DB 72, 146, sogar ohne die begrenzte Dispositionsbefugnis, die das LAG Hamm (Fn. 512) einräumen will.

524 So auch Richardi, a. a. O.

525 §§ 74 ff. HGB; BAG, Urt. v. 12. 11. 1971 (Fn. 514).

526 Soweit es sich um *richterliche* Normen handelt, vgl. unten III.1. und 4.

527 Vgl. oben Fn. 515.

528 Hesse, Grundzüge, S. 168.

Es kann sich bei der Zulassung einer Teil-Dispositivität durch das BAG deshalb nicht um *Rechtsanwendung* handeln, sondern allenfalls um konstitutive Rechtsetzung. Die Frage reduziert sich also auf das Problem, ob durch richterliche Norm eine Teil-Dispositivität im Sinne der Vorstellungen des BAG, hier sogar für Normen des Gesetzgebers, eingeräumt werden könnte. Hierzu kann erst nach einer Untersuchung der Funktion und Gestaltungsmacht des Richters im kollektiven Arbeitsrecht Stellung genommen werden<sup>529</sup>.

#### g) Musterfunktion tarifdispositiver Gesetze

Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen kann nun auch die obige Ausgangsfrage nach einer zwingenden Musterfunktion dispositiver Gesetze<sup>530</sup> beantwortet werden. Nach Auffassung des BAG sollen tarifdispositive Gesetze nicht nur subsidiär im Falle einer tarifvertraglichen Regelungslücke Wirkung entfalten, sondern gegenüber bereits bestehenden Tarifverträgen zwingend sein. Erst unter Beachtung der im Gesetz zum Ausdruck gekommenen Tendenz sollen demnach abweichende Tarifverträge für die Zukunft geschlossen werden können. Diese Auffassung wird auch auf Art. 6, II des 1. Arbeitsrechtsbereinigungsgesetzes vom 14. 8. 1969<sup>531</sup> gestützt:

„Soweit im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes bestehende tarifvertragliche Bestimmungen kürzere als die in § 622, Abs. 1 und Abs. 2, S. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches genannten Kündigungsfristen enthalten, ist § 622 Abs. 3 des Bürgerlichen Gesetzbuches anzuwenden.“ Als *argumentum e contrario* ergibt sich für das BAG, daß grundsätzlich<sup>532</sup> und insbesondere im Hinblick auf den nicht erwähnten Satz 2 des § 622, II BGB das Gesetz zunächst den Vorrang hat. Die Zulässigkeit dieses *argumentum e contrario* ist umstritten<sup>533</sup>. Vor allem erscheint zweifelhaft, ob aus der zitierten Übergangsregelung ein grundsätzliches Argument für alle tarifdispositiven Gesetze gefolgert werden kann.

Diese Fragestellung erscheint hier jedoch von vornherein wenig sinnvoll, zum einen, weil ein derartiges Argument stets nur Ergebnis, nicht aber Begründung desselben sein kann, zum anderen, weil es hier gerade um die Befugnisse des

---

529 Vgl. unten III.5.

530 Oben B.I.; BAG, Urt. v. 5. 8. 1971, NJW 72, 503 = DB 72, 146; Urt. v. 12. 11. 1971, DB 72, 340 ff.; LAG Düsseldorf, Urt. v. 30. 6. 1970, DB 70, 1935 f.; ArbG Arnberg, Urt. v. 7. 4. 1970, BB 70, 620 ff.

531 BGBl. I, S. 1106; in Kraft seit 1. 9. 1969 (Gesetzessammlung Nipperdey „Arbeitsrecht“, § 622 BGB, Fn. 4).

532 So im Urt. v. 5. 8. 1971; das Urt. v. 12. 11. 1971 läßt die Anerkennung eines *allgemeinen* Grundsatzes dieses Inhalts ausdrücklich offen. Nach Buchner, ZfA 72, 361 handelte es sich im Urt. v. 5. 8. 1971 nur um ein Problem der Interpretation des § 622, III BGB.

533 Richardi, ZfA 71, 89 m. w. N. in Fn. 60 und 61.

einfachen Gesetzgebers, der auch Art. 6, II 1. Arbeitsrechtsvereinigungsgesetz geschaffen hat, geht. Im übrigen dürfte das Gesetz insoweit überstrapaziert sein, da es genau besehen für die Ausgangsfrage überhaupt keine Regelung enthält<sup>534</sup>.

Entsprechend den obigen Grundsätzen kommt es allein darauf an, die gereigte Materie den drei möglichen Konkurrenzbereichen staatlicher und tarifvertraglicher Normen zuzuordnen<sup>535</sup>. Sind alle denkbaren Kriterien rein arbeitsrechtlich, kommt es allein darauf an, ob das staatliche Gesetz eine sozialstaatliche Minimalregelung enthält<sup>536</sup>. So schwierig diese Frage im einzelnen auch zu beantworten sein wird, ergibt sich doch im Fall erklärt tarifdispositiver Gesetze eine nicht widerlegbare Vermutung für den Vorrang tarifautonomer Regelung. Der Gesetzgeber hat hier selbst die Materie als nicht zum Minimalbereich gehörig gewertet. Deshalb entfällt auch für einen „einmaligen Vorrang“ gegenüber bestehenden Tarifverträgen die Argumentation aus der beim Staat verbliebenen Sozialstaatsfunktion.

Ist auf diesem Wege oder durch Auslegung ein rein arbeitsrechtliches Gesetz dem „Mittelbereich“ zugeordnet, so ist daran zu erinnern, daß es bei der Vorrangfrage um die Abgrenzung zweier konkurrierender *Zuständigkeiten* geht. Bei einem Vorrang der tarifvertraglichen Regelung tritt die staatliche Zuständigkeit als subsidiär zurück, die der schon bestehenden gesetzlichen Norm innewohnende Dispositivität wird aktualisiert. Umgekehrt hat ein derartiges Gesetz von vornherein nicht die Kraft, eine schon bestehende tarifvertragliche Regelung in ihrer Wirksamkeit zu berühren. Insofern unterscheidet sich das tarifdispositive Gesetz nicht vom allgemeinen dispositiven bürgerlichen Recht<sup>537</sup>. „Autonomie“ bedeutet die Fähigkeit zur originären, unbeeinflussten Regelung der eigenen Angelegenheiten<sup>538</sup>. Ist die Tarifautonomie „zuständig“, so bleibt für eine begrenzte Leitfunktion des einfachen Gesetzgebers kein Raum<sup>539</sup>.

---

534 Richardi, a. a. O., S. 90, spricht von einer „offenen Regelungslücke“.

535 Vgl. oben a) (absoluter staatlicher Vorrang); b) (Bereich konkurrierender Zuständigkeit; c) (absoluter Kernbereich der Tarifautonomie).

536 Oben a), aa).

537 Oben B.I. und I. Teil, B.I.

538 BVerfG, Beschl. v. 26. 5. 1970, JZ 70, 772; Schnorr, JR 66, 328.

539 Demgegenüber kann der Entstehungsgeschichte des Art. 6, II 1. ArbRBerG und den daraus gefolgerten Ansichten der Gesetzgebungsorgane kein entscheidendes Gewicht beigemessen werden (so aber Richardi, a. a. O., S. 90; Maurer, Umstrittene Weitergeltung tariflich verkürzter Kündigungsfristen für Arbeiter, BB 71, 707 ff. sowie die in Fn. 530 zit. Urteile des LAG Düsseldorf und ArbG Arnberg). Außerdem ist die Aussagekraft dieser Argumentation gering, da man aus der Entstehungsgeschichte gegensätzliche Folgerungen ableiten kann: Einerseits Richardi und Maurer, a. a. O., andererseits Lohmann, Tarifliche Kündigungsfrist bei Arbeitern, BB 69, 1270 (und Monjau, Erstes Arbeitsrechtsvereinigungsgesetz, BB 69, 1042 ff., 1045 sub b), 1046 sub VII. ohne Begründung). Letztere stimmen i. Erg. mit der oben vertretenen Auffassung überein.

## 2. Nicht-arbeitsrechtliche Gesetze

Die Bindung der Tarifvertragsparteien an die allgemeine, also nicht speziell arbeitsrechtliche Rechtsordnung wurde über die entsprechende Anwendung des Art. 5, II GG zu begründen versucht<sup>540</sup>. Wie Art. 5 sei auch Art. 9, III GG ein kommunikatives Grundrecht<sup>541</sup>. Für alle Kommunikationsrechte gelte aber als „zentraler Schrankentyp“ der Gesetzesvorbehalt des Art. 5, II GG<sup>542</sup>.

Die bisher erreichte inhaltliche Konkretisierung der kollektiven Gestaltungsfreiheit des Art. 9, III GG zeigt, daß eine Verbindung zu Art. 5 GG auf der Basis „Kommunikation“ kaum hergestellt werden kann. Außerdem wirkt die Heranziehung externer Schrankenregelungen angesichts des fehlenden Vorbehalts in Art. 9, III GG willkürlich. Ausschlaggebend kann vielmehr allein der „normative Eigengehalt“ des Art. 9, III GG sein<sup>543</sup>.

Die thematische Festlegung der Tarifautonomie in Art. 9, III GG enthält auch ihre Zuständigkeitsgrenzen. Zur Berücksichtigung und Regelung nicht-arbeitsrechtlicher, insbesondere allgemein-staatlicher Interessen sind die Tarifvertragsparteien nicht berufen. Ohne dabei im einzelnen auf die zulässige Thematik tarifvertraglicher Regelung eingehen zu müssen, genügt in diesem Zusammenhang die Feststellung, daß „allgemeine Gesetze“ stets zumindest *auch* Gesichtspunkte berücksichtigen, die dem antagonistischen System der Tarifautonomie *nicht* anvertraut sind<sup>544</sup>. Ein Vorranganspruch für Tarifvertragsnormen kann nach der oben erarbeiteten Bedeutung des Vorrangprinzips deshalb nicht erhoben werden. Die Ausübung der Tarifautonomie hat im Rahmen der allgemeinen übergreifenden Rechtsordnung zu geschehen<sup>545</sup>.

## 3. Zusammenfassung

Die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen staatlicher und tarifautonomer Regelungsbefugnis hat nach dem Gebot der gegenseitigen Zuordnung mit dem Ziel der optimalen beiderseitigen Effektivität zu erfolgen.

---

540 Lerche, Zentralfragen, S. 34 ff.; Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 295 ff.; Preis, ZfA 72, 297.

541 Auch Art. 8 und 9, I GG.

542 Lerche, a.a.O.

543 Säcker, Grundprobleme, S. 19, Fn. 12.

544 Im Gegensatz zur allgemeinen Terminologie Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 351 f. (ihm folgend Preis, ZfA 72, 297), Entsch. 3; Lieb, SAE 72, 19 f.; ders. RdA 72, 129 ff.; Preis, der arbeitsrechtliche Schutzgesetze zu den „allgemeinen Gesetzen“ rechnet.

545 Allgemeine Auffassung, abweichende Meinungen sind nicht ersichtlich. Vgl. zuletzt Richardi, SAE 72, 11; Scholz, Grundrecht, S. 63.

Die dem Staat gegenüber der Tarifautonomie verbliebene Kontroll- und Sicherungsfunktion bedingt die absolute Vorrangigkeit seiner Regelungen, soweit sie den äußeren Wirkungsrahmen der Tarifautonomie beschreiben: nach „unten“ zur Sicherung eines sozialen Minimums für die Arbeitnehmer, nach „oben“ zum Schutz der Allgemeinheit vor unverhältnismäßiger Schädigung durch tarifautonome Betätigung.

Im verbleibenden Mittelbereich (relativer Kernbereich der Tarifautonomie) sind grundsätzlich die Tarifvertragsparteien zur vorrangigen Regelung berufen. Der Gesetzgeber braucht jedoch mit Normen, die dem Schutz anderer als arbeitsrechtlicher Rechtsgüter oder zur Verfolgung nicht-arbeitsrechtlicher, insbesondere politischer oder gemeinwohlbezogener Interessen dienen, nicht vor dem Bereich der abhängigen Arbeit halt zu machen. Die umfassende, übergreifende Gestaltungsmacht des Staates legitimiert die Unabdingbarkeit dieser Normen auch gegenüber den Tarifvertragsparteien.

Die Garantie des Art. 9, III GG verbietet es jedoch, auch aus übergreifenden Gesichtspunkten den Bereich der Tarifautonomie soweit einzuschränken, daß ihr institutioneller Sinn in Frage gestellt wird (absoluter Kernbereich der Tarifautonomie).

Mit der Unterscheidung von relativem und absolutem Kernbereich ist die herkömmliche Kernbereichslehre sowie die Bildung von „Unterkernbereichen“ überflüssig geworden.

Die Möglichkeit einer Aufspaltung des Vorrangprinzips in zwingende gesetzliche Grundwertungen und tarifdispositive Ausführungsregelungen (Teil-Vorrang) besteht nicht. Die Zuständigkeitszuweisung an den Staat oder die Tarifvertragsparteien umfaßt grundsätzlich die gesamte Regelungsmaterie. Der Staat ist aber befugt, im Rahmen seines gesetzgeberischen Ermessens die tarifautonome Regelungsbefugnis durch konstitutive Zulassungsnormen zu erweitern. Derartige Zulassungsklauseln betreffen nur die Zulässigkeit tarifautonomer Vereinbarungen, sie erweitern nicht den Zuständigkeitsbereich der Tarifautonomie.

Gesetze im Vorrangbereich der Tarifautonomie entfalten gegenüber dem Tarifvertrag keine begrenzte Leitfunktion in dem Sinne, daß sie nur durch neue Tarifverträge unter Beachtung der gesetzgeberischen Wertung abdingbar wären (zwingende Musterfunktion).

Außerhalb der arbeitsrechtlichen Rechtsordnung findet die Tarifautonomie ihre Grenze an den allgemeinen Gesetzen. Als positiv formulierte Gestaltungsbefugnis für einen bestimmten gesellschaftlichen Bereich ist die Ausübung der Tarifautonomie unmittelbar an die Wertungen der Grundrechte gebunden. Die übrigen Ordnungsprinzipien des Grundgesetzes, wie insbesondere die Sozialstaatsklausel und das Demokratieprinzip, gelten hingegen für die Tarifvertragsparteien als gesellschaftliche Kräfte nicht.



### III. Tarifaufonomie und Richterrecht

Die faktisch nicht bestreitbare<sup>546</sup> besondere Funktion der Rechtsprechung im Arbeitsrecht<sup>547</sup>, vom BAG offen als rechtschöpfende „Willensentscheidung“<sup>548</sup> und als „gesetzesvertretendes Richterrecht“<sup>549</sup> bezeichnet, erfordert eine spezielle Untersuchung des Verhältnisses von Richterrecht und Tarifaufonomie.

#### 1. Zum Begriff „Richterrecht“

Hinsichtlich des Begriffs „Richterrecht“ bedarf es vorab einer Abgrenzung: Nicht um Richterrecht, sondern um Gesetzesrecht handelt es sich, wenn die Gerichte die Frage zu überprüfen haben, ob gesetzliche Normen für die Tarifparteien verbindlich sind. Diese Frage beantwortet sich allein aus dem Gesetz entsprechend den oben dargestellten Grundsätzen<sup>550</sup>. Für konstitutive richterliche Rechtsetzung bleibt angesichts der Gesetzesbindung der Judicative insoweit kein Raum<sup>551</sup>.

Dies mag am Recht der Konkurrenzverbote verdeutlicht werden: Die Bestimmungen der §§ 74 ff. HGB gelten ihrem Wortlaut nach nur für kaufmännische Angestellte. Für nicht-kaufmännische Arbeitnehmer sieht das Gesetz eine Regelung nur in § 133 f. GewO vor. Das BAG hat in seiner Entscheidung vom 13. 9. 1969<sup>552</sup> jedoch den Geltungsbereich der §§ 74 ff. HGB auf *alle* Arbeitnehmer ausgedehnt. Wenn es nun in seinem Urteil vom 12. 11. 1971<sup>553</sup> erwägt, die rechtliche Gestaltung von Konkurrenzverboten in Tarifverträgen als vorrangig anzuerkennen (entgegen § 75 d HGB), so bedeutet dies zweierlei: Für kaufmännische Angestellte geht es um den Vorrang tarifautonomer Regelung gegenüber dem *Gesetz*<sup>554</sup>, für die übrigen Arbeitnehmer um den Vorrang des Tarifvertrags gegenüber *richterlicher* Norm<sup>555</sup>.

Diese Unterscheidung ist für die Vorrangfrage von wesentlicher Bedeutung. Soweit es sich bei dem Gesetz beispielsweise um eine Verfassungsnorm handelt,

---

546 Herschel, Gedanke zu Richterrecht und Tarifaufonomie, AuR 72, 129.

547 In ihrer Entwicklung umfassend dargestellt bei Scholz, Arbeitsverfassung und Richterrecht, DB 72, 1771 ff.

548 BAG, Beschl. v. 12. 10. 1955, E 2, 147 ff., 151.

549 BAG GS, Beschl. v. 21. 4. 1971, DB 1061 ff., 1063; Scholz, DB 72, 1771.

550 Oben II. 2.

551 Scholz, DB 72, 1777; Richardi, ZfA 71, 88; Reuß, AuR 72, 145; BAG, Urt. v. 17. 11. 1961, AuR 62, 184 (an diesen Grundsatz hat sich das BAG in der Folgezeit jedoch nicht immer gehalten).

552 SAE 71, 106 ff. mit abl. Anm. v. Canaris, a. a. O., S. 111 ff.

553 DB 72, 340 ff., 341, im Anschluß an Canaris, SAE 71, 113 r.Sp.

554 Dazu oben II.

555 Unten 5.; die Differenzierung zwischen Richter- und Gesetzesrecht findet sich auch deutlich bei Buchner, ZfA 72, 362 f.

ist die Vorrangfrage damit schon negativ beantwortet. Das BAG hat in seinem Urteil vom 5. 12. 1969<sup>556</sup> festgestellt, daß die Hochbesoldetenklausel in § 75 b, S. 2 HGB verfassungswidrig ist. Wollten die Tarifvertragsparteien dennoch die Regelung des § 75 b, S. 2 HGB in einen Tarifvertrag übernehmen<sup>557</sup>, so käme es allein auf die Bindung der Tarifautonomie an das Grundgesetz<sup>558</sup> an, das Verhältnis zum Richterrecht könnte außer acht gelassen werden.

Angesichts dieser Beispiele ist von vornherein auf die Doppelfunktion des Richters hinzuweisen: *Rechtsanwendung* als Grundtyp richterlicher Tätigkeit und *Rechtssetzung* sind nach Voraussetzungen, Kriterien und Begründung völlig verschieden<sup>559</sup>. Um „Richterrecht“ geht es immer nur dort, wo der Richter anstelle einer subsumierenden Erkenntnis eine rechtspolitische Willensentscheidung setzt<sup>560</sup>. Gesetzesinterpretation gehört deshalb nicht zum Richterrecht.

## 2. Legitimation richterlicher Rechtsetzung

Der faktischen Bedeutung richterlicher Normsetzung im Arbeitsrecht entspricht auch nicht annähernd ein Konsens in der Literatur über ihre Berechtigung sowie über ihre dogmatischen und rechtsquellentheoretischen Grundlagen<sup>561</sup>. In neuester Zeit ist die Diskussion unter dem Aspekt „tarifdispositiven Richterrechts“ erneut belebt worden<sup>562</sup> durch die Entscheidungen des BAG v. 21. 4. 1971<sup>563</sup> und vom 12. 11. 1971<sup>564</sup>. Die auch dabei im Vordergrund

---

556 AP Nr. 10 zu § 75 b HGB = SAE 71, 1 ff., 3 f. mit Anm. v. Kraft; vgl. auch Urte. v. 30. 4. 1971, SAE 72, 93 ff. mit Anm. v. Beitzke.

557 Zur Übernahme von Gesetzen in den TV vgl. Kunze, Dispositives Gesetzesrecht, S. 125 ff.

558 Dazu oben I.

559 Vgl. Lieb-Westhoff, Richterliche Inhaltskontrolle und Rechtsfortbildung, DB 73, 69 ff.; Buchner, SAE 73, 45 (7.).

560 Vgl. auch unten 4.

561 Für alle Scholz, DB 72, 1771 m. w. N. in Fn. 1 und 2.

562 Bötticher, Anm. zu BAG, Urte. v. 23. 2. 1967, SAE 67, 263 f.; Buchner, ZfA 72, 360 ff.; Canaris, AP Nr. 68 zu § 611 BGB (Gratifikation); Gamillscheg, AP Nr. 63 zu § 611 BGB (Gratifikation); van Gelder, AuR 72, 97 ff., 106 ff.; Hanau, NJW 71, 1402; Herschel, DB 71, 2114 ff.; ders., AuR 72, 129 ff.; ders., DB 73, 919 ff.; Konzen, ZfA 72, 133; Löwisch, ZfA 71, 319 ff.; 338; ders. ArbR-Blatte D, Arbeitskampf I, Entsch. 3; Lieb, SAE 72, 19 f.; ders. RdA 72, 129 ff.; Preis, ZfA 72, 271 ff.; Reuß, AuR 71, 355 ff.; ders., AuR 72, 131 ff.; Richardi, RdA 71, 336 ff.; ders., ZAS 71, 222 ff., 224 f.; ders., SAE 72, 10 ff.; ders., Besprechung von Adomeit, Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, AcP 171, 179 ff.; Säcker, Gewerkschaftliche Monatshefte 72, 287 ff.; Scholz, DB 72, 1771 ff.; Wiedemann, AP Nr. 35 zu § 620 BGB (Befristeter Arbeitsvertrag); M. Wolf, ZfA 71, 151 ff., 155 ff.); Thiele, Festschrift f. Larenz, 1045 ff.

563 DB 71, 1061 ff., 1063.

564 DB 72, 340 ff.

stehende Frage nach Befähigung und Legitimation der Rechtsprechung zur Normsetzung braucht hier nicht erörtert zu werden. Die Abgrenzung tarifautonomer und richterlicher Gestaltungsbefugnis setzt letztere voraus, so daß im folgenden das Vorhandensein und die Berechtigung richterlicher Rechtsnormen *unterstellt* werden sollen – entsprechend dem „realen phänomenologischen Befund“<sup>565</sup>. Die Untersuchung beschränkt sich demnach auf die Frage, ob richterliche Normen derselben Beurteilung im Verhältnis zur Tarifautonomie unterliegen wie Gesetze und welche Unterschiede gegebenenfalls bestehen.

### 3. Gleichstellung von Richter- und Gesetzesrecht

Eine Gleichstellung von Gesetzes- und Richterrecht findet sich im Selbstverständnis der Rechtsprechung<sup>566</sup>, sie wird aber auch in der Literatur vertreten<sup>567</sup>. Dabei wird zu unterscheiden sein zwischen der Eingriffsmöglichkeit gegenüber der Tarifautonomie (Vorrang des Staates) und ihrer Respektierung (Vorrang der Tarifautonomie).

In ersterer Hinsicht fehlt selbst dann, wenn man Richterrecht durch die gesetzliche Ordnung für sanktioniert erachtet, jede Grundlage für eine weitergehende Eingriffsmöglichkeit des Richters als sie für gesetzliche Normen besteht. Auch bei positiver Einstellung gegenüber richterlicher Rechtsetzung läßt sich doch nicht verkennen, daß diese Art der Rechtserzeugung nicht die typische ist, daß sie – gemessen an den Ordnungsprinzipien der Verfassung – eher „parakonstitutionellen“ Charakter hat. Abgesehen von § 45, II, S. 2 ArbGG, auf den das Phänomen „Richterrecht“ ohnehin nicht befriedigend zurückgeführt werden kann<sup>568</sup>, gibt das Gesetz keinen Hinweis auf diese Funktion der Rechtsprechung, und erst recht fehlt die Ausgestaltung besonderer, vom Gesetz abweichender Strukturen des Richterrechts. Der verfassungs- und einfach-gesetzlich umschriebene Bereich der Tarifautonomie ist, soweit er für den Gesetzgeber Eingriffsschranke bedeutet, auch für den Richter unantastbar. Wie es auch immer zu qualifizieren sei, so stellt sich Richterrecht den Tarifvertragsparteien gegenüber jedenfalls als *staatliches* Recht dar. Art. 9, III GG und das TVG regeln die Tarifautonomie als *Zuständigkeitsbereich* aber nicht nur für den einfachen Gesetzgeber, sondern in Abgrenzung zur staatlichen Zuständigkeit in jeder ihrer Erscheinungsformen. Unterstützend kann auf die unstreitige Tatsache hingewiesen werden, daß richterliche Normen gegenüber Gesetzen sogar nachrangig

---

565 Scholz, DB 72, 1776.

566 Vgl. die in Fn. 563 und 564 zit. Entscheidungen; Scholz, a. a. O., S. 1771 f.

567 Preis, ZfA 72; 281; Reuß, AuR 72, 144; Richardi, ZAS 71, 225; M. Wolf, ZfA 71, 157.

568 Van Gelder, AuR 72, 106; Säcker, Grundprobleme, S. 129; Scheuner, RdA 71, 327.

sind und jederzeit abgeändert und aufgehoben werden können<sup>569</sup>. Die auch hierdurch hervortretende Ersatz-Funktion des Richterrechts steht einer über das Gesetz hinausgehenden Wirkungskraft seiner Rechtsnormen entgegen.

#### 4. Besonderer Vorrang der Tarifautonomie gegenüber Richterrecht?

Während dieses Ergebnis – soweit ersichtlich – unstrittig ist, wird umgekehrt in der Literatur die Auffassung vertreten, die Rechtsprechung habe gegenüber der Tarifautonomie zurückhaltender zu sein als der Gesetzgeber<sup>570</sup>, sie habe einen Beurteilungs- oder Ermessensspielraum oder allgemein eine „Konkretisierungszuständigkeit“<sup>571</sup> der Tarifvertragsparteien zu berücksichtigen<sup>572</sup>. Nach *Richardi*<sup>573</sup> soll die Konkretisierung von Rechtssätzen grundsätzlich den Arbeitsgerichten obliegen. Nur werde die Richtigkeitskontrolle beim Einzelarbeitsvertrag ersetzt durch die generelle „materielle Richtigkeitsgewähr“ beim Tarifvertrag. Ob es sich hierbei um eine *widerlegbare* Vermutung handeln soll<sup>574</sup>, bleibt offen.

Die Frage einer Konkretisierungszuständigkeit, in der Literatur nur im Zusammenhang mit richterlicher Rechtsetzung gesehen, bezeichnet im wesentlichen eine allgemeine Vorrangproblematik, die im Hinblick auf Gesetze unter dem Gesichtspunkt einer Teil-Dispositivität bereits erörtert worden ist<sup>575</sup>. Die Ausführungen an dieser Stelle sind deshalb auf die spezifische Funktion des Richters zu konzentrieren.

Nach der Feststellung, daß richterliches Recht keine eigenen Strukturen aufweist, sondern sich als Teil der staatlichen Rechtsordnung in diese nahtlos einfügt, muß gefragt werden, welchen dogmatischen Standort ein derartiger Spielraum haben könnte. Hier ist wiederum die Doppelfunktion richterlicher Tätigkeit zu beachten: Neben der einzelfallbezogenen Entscheidung, der Rechts-

---

569 BVerfG, Beschl. v. 29. 1. 1969, NJW 69, 597 ff., 599; Meyer-Cording, Rechtsnormen, S. 66; Preis, ZfA 72, 280; Dieselhorst (Die Natur der Sache als außergesetzliche Rechtsquelle verfolgt an der Rechtsprechung zur Saldotheorie, Tübingen 1968, S. 234 ff., 241, 244) will umgekehrt der Rechtsprechung neben der Ergänzungsfunktion auch eine Korrekturfunktion gegenüber dem Gesetz zuerkennen. Vgl. auch unten 5.

570 Wiedemann, AP Nr. 35 zu § 620 BGB (Befristeter Arbeitsvertrag).

571 So formuliert von Lieb, RdA 72, 137, der im Ergebnis jedoch jeden Vorrang ablehnt; BAG, Urt. v. 30. 9. 1971, DB 72, 49, das mit diesem Ausdruck aber der Sache nach den *Vorrang* der Tarifvertragsparteien meint, vgl. Fn. 409.

572 Gamillscheg, AP Nr. 63 zu § 611 BGB (Gratifikation); wohl auch Reuß, AuR 72, 356 sub III.; Richardi, AP Nr. 32 zu § 620 BGB (Befristeter Arbeitsvertrag); ders., SAE 72, 14.

573 AP Nr. 32, a. a. O.

574 So Wiedemann, AP Nr. 35 zu § 620 BGB (Befristeter Arbeitsvertrag).

575 Oben II. 1. f.).

anwendung, steht die generalisierende Rechtsetzung<sup>576</sup>. So unscharf die Grenze in concreto auch erscheinen mag<sup>577</sup>, so grundverschieden sind doch beide Funktionen im Prinzip<sup>578</sup>.

#### a) Beurteilungs- oder Ermessensspielraum

Von Beurteilungs- oder Ermessensspielraum wurde bisher nur im Zusammenhang mit Rechtsanwendung gesprochen. Die Begriffe entstammen dem Verwaltungsrecht und resultieren aus der begrenzten kognitiven Erfassbarkeit von Lebensvorgängen und Rechtsbegriffen und sollen sicherstellen, daß im Fall echter Mehrdeutigkeit einer Norm, bezogen auf einen konkreten Sachverhalt, eine „mögliche“ Entscheidung nicht lediglich durch eine andere, ebenfalls „mögliche“ ersetzt wird – unter dem unzutreffenden Etikett der „Richtigkeit“<sup>579</sup>. Das Problem richterlicher Überprüfbarkeit ist durch den Beschluß des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 19. 10. 1971<sup>580</sup> von begrifflichem Ballast befreit, der Sache nach aber ungelöst geblieben<sup>581</sup>. Ausgehend vom „Vorrangprinzip tarifvertraglicher Normen“ kann es hier auch nicht Gegenstand der Erörterung sein, da es bei der Vorrangfrage nicht um Anwendung des Rechts auf Lebenssachverhalte, sondern um *Anwendbarkeit* konkurrierender Normen geht. Insoweit weist das Rechtsinstitut der Tarifautonomie ein eigenes Problem auf. Im Bereich der Rechtsanwendung hingegen sind keine durch Autonomiegesichtspunkte begründete Besonderheiten des Arbeitsrechts erkennbar.

---

576 Wiedemann, a. a. O., sub II.

577 Reuß, AuR 72, 142.

578 Die Problematik des Richterrechts liegt zu einem großen Teil in der fehlenden oder unscharfen Trennung beider Funktionen (das muß z. B. Lieb, RdA 72, 129 ff., 133 ff., entgegenghalten werden). Rechtsetzung im Gewande von Rechtsanwendung fordert von vornherein Ablehnung heraus, vgl. Rüthers, Institutionelles Rechtsdenken, S. 52 ff.; Scholz, DB 72, 1771 ff.; Säcker, GewMH 72, 289; Hilger, Überlegungen zum Richterrecht, in: Festschrift für Larenz, München 1973, 109 ff., 114 f.

579 Im einzelnen wird der Beurteilungsspielraum im Verwaltungsrecht mit sehr verschiedenen Ansätzen begründet: BVerwG, Urt. v. 12. 1. 1967, E 26, 8 ff., 11; Urt. v. 25. 1. 1967, E 26, 65 ff., 74; Wolff, Verwaltungsrecht I, 7. Aufl., München 1968, S. 168 ff.; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Köln u. a. 1962, Bd. I, 2. Hb., § 114 VWGO, Anm. II; Ossenbühl, Tendenzen und Gefahren der neueren Ermessenslehre, DÖV 68, 618 ff., 620 ff.; Kellner, Einiges zum behördlichen Ermessen, DÖV 69, 309 ff.; Schmidt-Salzer, Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden, Berlin 1968; auch zivilprozeßrechtlich soll dem Berufungsgericht gegenüber dem Revisionsgericht ein Beurteilungsspielraum zustehen: Blomeyer, Zivilprozeßrecht, Berlin u. a. 1963, S. 560.

580 NJW 72, 1411 ff.

581 Kloepfer, Anm. in NJW 72, 1411 f.; Rupp, Begriffsjurisprudenz und Rechtsstaat, NJW 72, 1796.

## b) Konkretisierungszuständigkeit der Tarifvertragsparteien

Die Gleichwertigkeit des Richterrechts mit Gesetzen kann aus der fehlenden Gleichwertigkeit beider Normgeber angegriffen werden. Während der Gesetzgeber nur an die Verfassung gebunden ist und im übrigen frei politischer Zweckmäßigkeit folgen kann, ist für den Richter die gesamte Rechtsordnung bindend. Im Fall einer Regelungslücke darf er nicht frei „Recht setzen“, sondern hat auch insoweit die positive Rechtsordnung als Maßstab zu beachten, sie praktisch „zu Ende zu denken“<sup>582</sup>. Gehören aber zu dieser Gesamtheit der Rechtsordnung auch die Normen des Tarifvertrags? Wie der Richter auf anderen Gebieten nur dann und insoweit zur Rechtschöpfung berufen ist, als die primär berufene Legislative keine Wertung getroffen hat, so wäre es im Arbeitsrecht denkbar, die richterliche Normsetzungsfunktion erst dann einsetzen zu lassen, wenn weder vom einen *noch* vom anderen der berufenen Normgeber eine Regelung vorliegt. Dies würde zu einem generellen und absoluten Vorrang der Tarifvertragsparteien gegenüber dem Richter führen.

Bei diesen Überlegungen ist jedoch unberücksichtigt geblieben, daß der Richter nicht Ersatzgesetzgeber schlechthin ist, sondern daß er sein Recht gerade als Ersatz für den *staatlichen* Gesetzgeber setzt. Die Funktionen des staatlichen Gesetzes *gegenüber* dem System der Tarifautonomie sind deshalb von ihm ebenfalls wahrzunehmen, wie vor allem die Sicherungs- und Kontrollfunktion. Eine grundsätzliche Nachordnung des normsetzenden Richters hinter die tarifautonome Rechtsetzung ist deshalb ausgeschlossen. Außerhalb des Wesensbereichs der Judicative, als Normsetzer, tritt der Richter neben den staatlichen Gesetzgeber. Die Problematik dieses „innerstaatlichen“ Verhältnisses wirkt sich nicht auf die Qualifikation des gesetzten Rechts aus: Den Normadressaten gegenüber handelt es sich um staatliches Recht ohne Besonderheiten in der Wirkungsweise. Demgemäß findet die Abgrenzung und Zuordnung von Tarifautonomie und Staat auch nicht zwischen den jeweiligen Normsetzern, sondern zwischen den jeweiligen Rechtsmaterien statt. Der privatrechtlichen Regelungskompetenz „Tarifautonomie“ steht deshalb die staatliche Kompetenz, wahrgenommen durch Gesetzgeber *und* Richter, gegenüber.

Soweit die Rechtsprechung also konstitutiv Recht setzt und damit die positive Rechtsordnung komplettiert, treten die oben für das Verhältnis Tarifautonomie—Gesetz dargestellten Abgrenzungskriterien<sup>583</sup> in Funktion. Ergibt sich

---

582 Vgl. die Normierung in § 1, II des schweizerischen ZGB v. 10. 12. 1907: „Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.

Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.“ Nach Diesselhorst (Fn. 569) hat er die richtige Entscheidung der „Natur der Sache“ zu entnehmen.

583 Oben II.

danach ein Vorrang des Tarifvertrages, so gilt allein dieser. Ist die staatliche (richterliche) Norm vorrangig, so verdrängt sie entgegenstehende Tarifnormen für ihren gesamten Bereich, also auch insoweit, als es sich um „Konkretisierungen“ oder „Ausführungsbestimmungen“ handelt, die isoliert betrachtet nicht zwingend durch die richterliche Wertung bedingt sind. Diese schon oben begründete Abgrenzung<sup>584</sup> schließt einen beschränkten Vorrang der Tarifvertragsparteien, eine „Konkretisierungszuständigkeit“ auch gegenüber richterlichen Normen aus. Dabei wird nicht verkannt, daß – wie die Tarifvertragsparteien – auch der Richter nicht zur Verfolgung und Regelung staatlicher Interessen befähigt und legitimiert ist<sup>585</sup>. Dieses Problem betrifft aber allein das Verhältnis des Richters zum Gesetzgeber. Mit einer Funktionsbeschränkung gegenüber der Tarifautonomie kann ihm nicht Rechnung getragen werden.

Das „gesetzesvertretende Richterrecht“ steht den Tarifparteien also als vollwertiges staatliches Recht gegenüber, es ist weder mit engerer noch mit weiterer Berechtigung ausgestattet<sup>586</sup>. Die Existenz „tarifdispositiven Richterrechts“ ergibt sich nach Bejahung des Vorrangprinzips gegenüber staatlichen Normen als Selbstverständlichkeit<sup>587</sup>.

## 5. Richterliche Zulassungsnormen

Nicht um das Verhältnis des Richterrechts zur Tarifautonomie, sondern um das zum staatlichen Gesetzgeber geht es, wenn das BAG erwägt, seine Rechtsprechung zu den Wettbewerbsverboten sowie die Regelungen der §§ 74 ff. HGB selbst teilweise für tarifdispositiv zu erklären<sup>588</sup>. Entsprechend den obigen Ausführungen<sup>589</sup> kann es sich angesichts der auf jeden Fall unabdingbaren Grundwertungen nur um eine konstitutive „Zulässigkeitserweiterung“ handeln. Ein Vorrang auf der Ebene der Zuständigkeit kommt nicht in Betracht, da die staatliche Zuständigkeit auf diesem Gebiet umfassend ist<sup>590</sup>.

---

584 II. 1. f).

585 So deutlich Reuß, AuR 71, 357 r.Sp. zum Arbeitskampfrecht. Auch Bötticher, SAE 67, 264, betont den Rangunterschied zwischen Gesetzgeber und normsetzendem Richter.

586 So i. Erg. auch Richardi, ZAS 71, 225; Preis, ZfA 72, 281.

587 Gegen Bötticher, SAE 67, 263 f.; Lieb, RdA 72, 129 ff.; Preis, ZfA 72, 271 ff.; Thiele, Festschrift für Larenz, S. 1052; Scholz, DB 72, 1771 ff. Die Befürchtung von Scholz, a. a. O., S. 1774 f., die vom Gesetzgeber bewußt offengelassene Arbeitsverfassung werde durch Richterrecht unzulässig komplettiert und unbeweglich gestaltet, ist durch die Anerkennung des Vorrangprinzips der Tarifautonomie ausgeräumt.

588 Oben I.

589 Oben II. 1. f).

590 Oben a. a. O.; Buchner, ZfA 72, 361 ff., befürwortet die Dispositivität richterlicher, nicht aber gesetzlicher Normen.

Bei der Untersuchung derartiger richterlicher Zulassungsnormen ist danach zu differenzieren, ob richterliche oder gesetzliche Normen zur Disposition gestellt werden sollen<sup>591</sup>. Die Zulassungsnorm ist nicht durch die Tarifautonomie rechtlich gefordert, sondern steht im Ermessen des Normgebers. Anerkennt man den Richter als Normgeber, so muß es ihm im Grundsatz möglich sein, auch entsprechende Zulässigkeitserweiterungen vorzunehmen<sup>592</sup>. Bedenken ergeben sich aber aus dem Verhältnis der staatlichen Normgeber zueinander, wenn eine *parallele Gesetzesnorm* besteht. Die Vorrangstellung der Legislative vor dem normsetzenden Richter<sup>593</sup> könnte dazu führen, daß die gesetzliche Regelung dabei für den Richter auch in seiner Funktion als Normsetzer einen verbindlichen Maßstab darstellt. Enthält das Gesetz keine Zulassungsnorm, so kommt damit in der Regel die Entscheidung des Gesetzgebers zum Ausdruck, daß die gesamte Regelung in seiner Hand bleiben soll. Dies muß auch der Richter für *seine* Normen beachten. Ist dagegen im Gesetz eine Zulassungsnorm vorhanden, so hat der Richter seine Parallelnorm ebenfalls teil-dispositiv zu gestalten.

Anderes gilt nur für vorkonstitutionelle Gesetze. Hier fehlt eine Parallelwertung des Gesetzgebers gerade im Hinblick auf die Frage einer Zulässigkeitserweiterung, der Richter braucht die Autorität der Legislative insoweit nicht zu beachten<sup>594</sup>. Das gesetzgeberische Ermessen kann deshalb frei von ihm ausgeübt werden. Es fragt sich nur, ob er dabei auf die Gestaltung der eigenen Normen beschränkt ist oder ob er auch das vorkonstitutionelle Gesetz selbst mit einer richterlichen Zulassungsnorm ausstatten kann. Rechtspolitische Gesichtspunkte sprechen für die Einheitlichkeit des gesamten staatlichen Regelungskomplexes. Dagegen ließe sich anführen, daß die Kompetenz zur Gesetzesänderung allein bei der Legislative liegen kann. Die Nichtbeachtung eines vorkonstitutionellen Gesetzes und seine positive Änderung sind zweierlei. Angesichts der Funktion des Richters als „Ersatzgesetzgeber“ und der insoweit bestehenden Aussageslosigkeit des Gesetzes spricht jedoch mehr dafür, dem Richter die Nachvollziehung der Ermessensentscheidung im Hinblick auf das bestehende Tarifvertragssystem zu gestatten und damit die Dispositionsbefugnis einheitlich für die gesamte staatliche Rechtsmaterie herzustellen.

Zurückkehrend zu dem Recht der Wettbewerbsverbote ist damit festzustellen, daß die vom BAG in Aussicht genommene Dispositivität zulässig ist. Das BAG sollte sich nur darüber im klaren sein, daß es sich hierbei nicht um die Anerken-

---

591 Oben 1.

592 Dies bezweifelt Böttcher (SAE 67, 264) wegen der Rangverschiedenheit des normsetzenden Richters zum Gesetzgeber. In seinem Beispielfall (Gratifikationsrückzahlung) bedurfte es nach der hier vertretenen Auffassung allerdings keiner Zulassungsnorm, da dem TV schon aus der Zuständigkeitsabgrenzung Vorrang zukam.

593 Oben 4.

594 Hesse, Grundzüge, S. 265; das hat Buchner, a. a. O., S. 363, nicht berücksichtigt.



nung einer durch die Rechtsordnung vorgezeichneten Vorrangigkeit handelt, sondern um die konstitutive Einräumung einer Dispositionsbefugnis.

## 6. Der Beschluß des Großen Senats des BAG vom 21. 4. 1971

Abschließend soll auf dieser Grundlage zum Beschluß des Großen Senats des BAG vom 21. 4. 1971 Stellung genommen werden<sup>595</sup>. Unter III.A. der Entscheidungsgründe stellt das BAG die Bindung der Tarifpartei an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit fest<sup>596</sup> und folgert daraus unter anderem die Pflicht der Tarifparteien, eine tarifvertragliche Schlichtungsordnung zu schaffen<sup>597</sup>. Mangels einer derartigen Ordnung will das BAG jedoch „nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit . . . prüfen, ob ein Arbeitskampf . . . rechtlich zulässig ist“. Etwaige tarifvertragliche Schlichtungsordnungen seien hingegen „grundsätzlich ähnlich dem Vorrangprinzip des Tarifvertrags gegenüber gesetzlichen Vorschriften anzuerkennen“.

Löwisch hat aus diesen „rätselhaften“<sup>598</sup> Feststellungen des BAG gefolgert, daß hier ein neuer Fall des „tarifdispositiven Richterrechts“ geschaffen werden sollte<sup>599</sup>. Diese These bedarf der Differenzierung. Geht es um die *Geltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit*, so handelt es sich um eine Norm des *Gesetzgebers*<sup>600</sup>. Für die Vorrangbeurteilung spielt der Gesichtspunkt des Richterrechts keine Rolle<sup>601</sup>. Die dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zugrundeliegenden Kriterien sind nicht-arbeitsrechtlicher Natur, liegen also außerhalb des Wirkungsbereichs der Tarifautonomie<sup>602</sup>.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist nun aber zugegebenermaßen vage und konkretisierungsbedürftig<sup>603</sup>. Da eine Konkretisierung durch den Gesetzgeber fehlt, treten die vom BAG aufgestellten Schlichtungsregeln als „Ersatzgesetz“ in

---

595 DB 71, 1061 ff., 1063 = RdA 71, 185 ff. = SAE 72, 1 ff. = AP Nr. 43 zu Art. 9 GG (Arbeitskampf). Gegen das „Ausführungsurteil“ zu diesem Beschluß (Urt. v. 26. 10. 1971, SAE 73, 36 ff.) ist Verfassungsbeschwerde eingelegt, so daß eine Stellungnahme des BVerfG auch zum Beschl. des GS zu erwarten ist; vgl. Buchner, SAE 73, 42.

596 Dazu oben 2. Teil, E. II. 4.

597 Vgl. oben Fn. 382.

598 Richardi, ZAS 71, 225.

599 ZfA 71, 338; zustimmend Lieb, RdA 72, 141; Buchner, ZfA 72, 365; dagegen Richardi, SAE 72, 14.

600 Entweder handelt es sich um einen Verfassungsgrundsatz (Lerche, Übermaß, S. 61 ff.) oder um eine institutionelle Grenze privatrechtlicher Rechtsausübung (Löwisch, a. a. O., S. 325 ff.), keinesfalls jedoch um Richterrecht.

601 Gegen Richardi, ZAS 71, 225; ders., SAE 72, 14; Lieb, RdA 72, 141 f.; Löwisch, a. a. O., S. 338.

602 Vgl. oben II.2.

603 Hier entfaltet sich im Grunde erst seine Problematik, vgl. oben Fn. 346.

Konkurrenz zu einer etwaigen tarifvertraglichen Schlichtungsordnung. Bei der Frage nach deren Vorrang ergibt sich, daß es sich in beiden Fällen um die Konkretisierung allgemeiner Rechtsgrundsätze für das Arbeitsrecht, speziell den Arbeitskampf handelt. Entsprechend den obigen Ausführungen<sup>604</sup> umfaßt die Zuständigkeit des Staates grundsätzlich auch die arbeitsrechtliche Ausgestaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.

Dennoch ergibt sich aber ein Vorrang der Tarifautonomie aus einem anderen Grund: Die Ausgestaltung des Arbeitskampfes – im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung – im Sinne einer „freien Wahl der Kampfaktiken“<sup>605</sup> gehört zum absoluten Kernbereich der Tarifautonomie. Tarifvertrag und Arbeitskampf sind wesensmäßig so unauflösbar miteinander verknüpft, daß eine zwingende staatliche Regelung des Arbeitskampf-Verfahrens das gesamte tarifvertragliche Ausgleichssystem in Frage stellen würde. Allein die generelle Möglichkeit eines Arbeitskampfes beeinflußt die Verhandlungen entscheidend, und dazu gehört nicht zuletzt eine gewisse Unwägbarkeit des Risikos bei unnachgiebiger Verhandlungsführung. Die rechtliche Bindung an die Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit bedeutet ohnehin eine erhebliche Einschränkung der Bewegungsfreiheit für die Tarifvertragsparteien<sup>606</sup>. Das Problem liegt hier nicht in einer zu weit gehenden Freiheit der Tarifvertragsparteien, sondern in der unscharfen Grenze zwischen Rechts- und Zweckmäßigkeitskontrolle bei Anwendung der Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit und der damit verbundenen Gefahr richterlicher Eingriffe in die Tarifautonomie<sup>607</sup>. Unter dem Gesichtspunkt der „freien Wahl der Kampfaktiken“ und unter Berücksichtigung der psychologischen Situation im Arbeitskampf fehlen dem Gesetzgeber die notwendige Sachnähe und *insoweit* auch der Sachverstand, dem Richter darüber hinaus auch die politische Verantwortlichkeit<sup>608</sup>. Insbesondere der Grundsatz der Erforderlichkeit darf deshalb nicht die unerlässlich freie Wahl der Kampfaktiken aushöhlen und damit die sonst sorgsam gehütete „Gleichgewichtigkeit“ der Tarifvertragsparteien sinnlos machen. Die richterliche Rechtskontrolle beschränkt sich vielmehr auf eine dem § 114 VWGO entsprechende Prüfung. Allerdings steht den Tarifvertragsparteien kein Ermessens- oder Beurteilungsspielraum zu, sondern die vorrangige Zuständigkeit, Arbeitskampfregeln aufzustellen. Im Hinblick auf die richterliche Kontrolle über die Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit erscheint die Situation aber dem Tatbestand des § 114 VWGO ähnlich, die dortige Grenzziehung als sachgerecht.

---

604 Oben II. 1. f).

605 Löwisch, ZfA 71, 328 ff.; zustimmend Richardi, SAE 72, 12.

606 Das zeigt die Untersuchung von Löwisch, ZfA 71, 328 ff.

607 Van Gelder, AuR 72, 108 sub b).

608 Reuß, AuR 71, 357 r.Sp.

Es gilt demnach für Schlichtungsvereinbarungen folgendes: Die Tarifvertragsparteien sind an Grundsätze und Verhaltensweisen gebunden, die sich als unmittelbarer Ausfluß allgemeiner Rechtsgrundsätze darstellen und keine Verhaltensalternative zulassen. Dabei beeinflußt der exzeptionelle Charakter des Arbeitskampfes seinerseits die Auslegung der allgemeinen Rechtsgrundsätze<sup>609</sup>. Soweit hingegen im Rahmen der Rechtsordnung, insbesondere der Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit *mehrere* Verhaltensweisen möglich und vertretbar sind, haben die Tarifvertragsparteien vorrangiges Gestaltungsrecht. Sie können etwaige staatliche (und damit auch richterliche) Kampfordnungen durch eigene Regeln verdrängen.

Die eingangs zitierten Formulierungen des Großen Senats erscheinen auf dieser Grundlage nicht mehr rätselhaft, sondern als im wesentlichen zutreffende Darstellung des Verhältnisses zwischen tarifautonomer und staatlicher Regelungskompetenz im Arbeitskampf. Nicht der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit selbst ist also tarifdispositiv, wohl aber staatliche Einzelregelungen des Arbeitskampfes, die im Rahmen der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit durch andere Regeln ersetzbar sind.

## 7. Zusammenfassung

Um Richterrecht handelt es sich, wenn der Richter außerhalb vorhandener gesetzlicher Wertungen rechtspolitische Willensentscheidungen trifft.

Unbeschadet des Verhältnisses zwischen Richter und Gesetzgeber setzt der Richter den Betroffenen gegenüber *staatliche* Normen. Als „Ersatzgesetzgeber“ nimmt er damit die Kontroll- und Absicherungsfunktion des Staates gegenüber der Tarifautonomie wahr. Die Grundsätze der Zuordnung von tarifautonomer und staatlicher Regelungsbefugnis gelten deshalb auch für das Richterrecht. Ein weitergehender Ermessungsspielraum oder eine Konkretisierungszuständigkeit der Tarifvertragsparteien gegenüber richterlichen Normen besteht nicht.

Konstitutive Zulassungsklauseln auf Zulässigkeitsebene sind dem Richter für *seine* Normen erlaubt. Zwingende gesetzliche Regeln kann er hingegen grundsätzlich nicht zur Disposition der Tarifvertragsparteien stellen. Anderes gilt nur für vorkonstitutionelle Gesetze, z. B. für das Recht der Wettbewerbsverbote, §§ 74 ff. HGB.

Der Arbeitskampf gehört zum absoluten Kernbereich der Tarifautonomie. Weder gesetzliche noch richterliche Normen dürfen ihn inhaltlich reglementieren. Dennoch sind die Tarifvertragsparteien auch im Arbeitskampf an die allgemeine Rechtsordnung, insbesondere an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und

---

609 Prinzip der gegenseitigen optimalen Zuordnung, vgl. oben Fn. 482.

Erforderlichkeit gebunden. Die Konkretisierung dieser Grundsätze obliegt vorrangig den Tarifvertragsparteien. Die Gerichte üben nur eine Rechtskontrolle entsprechend § 114 VWGO aus.

#### IV. Vorrangprinzip und schuldrechtlicher Teil des Tarifvertrags

War bisher vom Vorrang des Tarifvertrags oder der Tarifautonomie die Rede, so wurde dabei außer acht gelassen, daß sich der Tarifvertrag als hauptsächliches Regelungsinstrument der Tarifparteien aus zwei Teilen zusammensetzt: Neben den durch § 4, I und II TVG mit Gesetzeswirkung ausgestatteten Rechtsnormen regelt der Tarifvertrag „die Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien“ (§ 1, I TVG). Der gebräuchlichen Gleichsetzung des Tarifvertrags mit seinen Rechtsnormen ist die vorliegende Darstellung bisher gefolgt, ihr hat sich nunmehr die Untersuchung speziell des schuldrechtlichen Teils des Tarifvertrages anzuschließen.

Da die Begriffe „schuldrechtlich“ oder „obligatorisch“ Vorstellungen von Vertragsfreiheit und Privatautonomie suggerieren, erscheint die Vorstellung eines über die dispositiven Vorschriften des bürgerlichen Rechts hinausgehenden Vorrangs abwegig. Der Große Senat des BAG hat mit seinem Beschluß vom 21. 4. 1971<sup>610</sup> jedoch auch insoweit neue Maßstäbe gesetzt. Die von ihm präsumptiv als vorrangig anerkannten Vereinbarungen der Tarifvertragsparteien zur Regelung des Arbeitskampfes, insbesondere Schlichtungsordnungen, würden unstrittig zum schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrages gehören<sup>611</sup>. Die Bedenken von *Löwisch* gegen den vom Großen Senat postulierten Vorrang können nicht schon mit dem Hinweis ausgeräumt werden, daß auch im „klassischen Schuldrecht“ Gesetzesnormen, soweit sie dispositiv sind, rein schuldrechtlichen Vereinbarungen weichen<sup>612</sup>. Nicht „Rangunterschiede“ lassen den Vorrang schuldrechtlicher Vereinbarungen zweifelhaft erscheinen, sondern die ungeklärte dogmatische Position des schuldrechtlichen Teils zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie.

Wissenschaftliche Aufmerksamkeit wurde dem schuldrechtlichen Teil erst im Zusammenhang mit der Diskussion um Tarifausschluß- und Differenzierungsklauseln<sup>613</sup> gewidmet, und bis in jüngste Zeit findet sich die Auffassung, daß

---

610 Vgl. oben Fn. 594.

611 Bötticher, *Gemeinsame Einrichtungen*, S. 31; Löwisch, *ZfA* 71, 338; Clausen, *Diss.*, S. 6. f.

612 So Lieb, *RdA* 72, 141 sub IV., der sodann aber das tarifvertragliche Vorrangprinzip grundsätzlich ablehnt.

613 LAG Düsseldorf, *Urt.v.* 1. 9. 1965, *DB* 65, 1366 f.; BAG GS, *Beschl. v.* 29. 11. 1967, *JZ* 69, 105 ff.; Biedenkopf, *Gutachten*, S. 127 ff.; Bötticher, *Gemeinsame Einrich-*

rein zweiseitige Vereinbarungen der Tarifparteien „ein gesteigertes wissenschaftliches Interesse am schuldrechtlichen Teil wohl kaum zu wecken“ vermöchten<sup>614</sup>. Der Beschluß des Großen Senats vom 21. 4. 1971 bietet ausreichende Grundlage für ein derartiges Interesse, das sich in erster Linie mit der dogmatischen Zuordnung des schuldrechtlichen Teils zur Tarifautonomie oder Privatautonomie<sup>615</sup>, sodann aber auch mit seiner Vorrangfähigkeit<sup>616</sup> zu befassen hat. Voranzugehen hat jedoch ein Überblick über die Gestalt und den wichtigsten Inhalt des schuldrechtlichen Teils des Tarifvertrags<sup>617</sup>.

## 1. Der Inhalt des schuldrechtlichen Teils des Tarifvertrags

Der Wortlaut des § 1 I TVG ist hinsichtlich des Inhalts schuldrechtlicher Vereinbarungen wenig ergiebig, weitere gesetzliche Hinweise fehlen. Als wesentlich tritt nur hervor, daß hier keine aus sich selbst heraus wirkenden Rechtsnormen, sondern nur relativ bindende Vereinbarungen vorliegen.

### a) Schuldrechtliche Wirkungen normativer Regelungen

Eine erste Unterscheidung innerhalb des schuldrechtlichen Teils ist zwischen den schuldrechtlichen Wirkungen normativer Regelungen und ausdrücklichen Vereinbarungen zu treffen<sup>618</sup>. Erstere ergeben sich aus dem *vertraglichen* Charakter des Normsetzungsverfahrens. Dessen objektives Ergebnis erlangt durch § 4, I TVG Selbständigkeit und gestaltet mit normativer Kraft die tarifgebundenen Arbeitsverhältnisse. Zwischen den Tarifvertragsparteien zurück bleiben die jeden Vertrag umrahmenden Neben- und Treuepflichten, meist als unausgesprochener, immanenter Ausfluß der Hauptregelung: Beim Kollektivvertrag insbesondere die

---

tungen, S. 114 f.; Gamillscheg, Differenzierung, S. 11 ff.; ders., Nochmals: Zur Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, BB 67, 45 ff., 52; Herschel, Referat, S. D 9 f., 26 ff.; Hessel, Die rechtliche Zulässigkeit von Tarifausschlußklauseln, DB 60, 208 ff.; Krüger, Gutachten, S. 86 ff.; Meyer-Cording, Rechtsnormen, S. 142; Mayer-Maly, BB 65, 829 ff.; ders., BB 66, 1069 ff.; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, S. 164 ff., 330; Ramm, Arbeitsgesetzbuch und politische Entscheidung, ZRP 72, 13 ff., 17; Richardi, Kollektivgewalt, S. 187; Ritter, JZ 69, 112 ff.; Rütters, Aktuelle Fragen, S. 16; Säcker, Buchbesprechung von Bötticher, Gemeinsame Einrichtungen, BB 66, 1031 f.; ders., Grundprobleme, S. 43; Schnorr, JR 66, 331; Wiedemann, SAE 69, 266 f.; Zöllner, Der Begriff der Gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, BB 68, 597 ff., 601.

614 Clausen, Diss., S. 8 sub 3.

615 Unten 2.

616 Unten 3.

617 Unten 1.

618 Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 325; Clausen, a. a. O., S. 3 ff.

Friedens- und die Durchführungspflicht<sup>619</sup>. Da insoweit keine konstitutive Gestaltung getroffen wird, ist diese Erscheinungsform des schuldrechtlichen Teils im Hinblick auf die Vorrangproblematik uninteressant.

## b) Schuldrechtliche Vereinbarungen

Der mögliche Inhalt konstitutiver Vereinbarungen entzieht sich einer erschöpfenden Darstellung. Aus dem Bereich „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ (Art. 9, III GG) stellen die in §§ 1, I und 4, I und II TVG genannten Rechtsnormen nur einen, wenn auch den wichtigsten Teil dar. Jede hierüber hinausgehende Regelung kann nur mit schuldrechtlicher Wirkung erfolgen, so daß diese Vereinbarungen das subsidiäre Gestaltungsmittel für alle Bereiche darstellen, die nicht normativ erfaßt werden können. Insbesondere im Hinblick auf Themen wie Mitbestimmung und europäische Tarifverträge<sup>620</sup> kann damit eine verbreitete Auffassung abgelehnt werden, die dem schuldrechtlichen Teil lediglich akzessorischen Charakter, eine Hilfsfunktion für den normativen Teil<sup>621</sup> beimißt oder ihn gar als „Reflex“ desselben<sup>622</sup> betrachtet<sup>623</sup>.

Innerhalb dieses Komplexes sollte aber zwischen zwei Vereinbarungstypen unterschieden werden. Die Tarifvertragsparteien können sie selbst betreffende, sich auf sie beschränkende Verpflichtungen statuieren („rein kollektive“ oder „rein zweiseitige“<sup>624</sup> Verpflichtungen). Sie können aber auch außerhalb § 4, I und II TVG Normen aufstellen<sup>625</sup>, die die Gestaltung von außerhalb ihrer gegenseitigen Beziehungen liegenden Lebensverhältnissen bezwecken („drittbezogene Vereinbarungen“<sup>626</sup>).

Zur ersten Gruppe gehören alle Abreden in bezug auf einen möglichen Arbeitskampf, insbesondere Schlichtungsvereinbarungen; weiterhin die Vereinbarung von Vertragsstrafen für den Fall der Verletzung von Friedens- oder Durchführungspflichten, die Vereinbarung eines Schiedsgerichts, die Verpflichtung, einen

---

619 Hueck-Nipperdey, *Arbeitsrecht II*, 1. Teil, S. 311 f.; Herschel, *Arbeitsrecht*, S. 33 f.; Nikisch, a. a. O., S. 324; Clausen, a. a. O., S. 4 f.; die „Reflex-Theorie“ will den schuldrechtlichen Teil auf diese Hilfsfunktion beschränken, vgl. Molitor, *Höchstgrenzen von Tarifnormen*, BB 57, 85 ff.; auch Hueck-Nipperdey, a. a. O., S. 336; Mayer-Maly, BB 65, 833; ders., BB 66, 1069.

620 Dazu unten c).

621 Hueck-Nipperdey, a. a. O., S. 336.

622 Oben Fn. 619.

623 Ablehnend auch Clausen, a. a. O., S. 71 ff.

624 Clausen, a. a. O., S. 6.

625 Zum privatrechtlichen Normenvertrag oben 1. Teil, C. I.; zum schuldrechtlichen Teil des TV als Normenvertrag Clausen, a. a. O., S. 114 ff.

626 Von Clausen, a. a. O., S. 8, „Einwirkungsverpflichtungen“ genannt.

Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung (§ 5 TVG) zu stellen oder nicht zu stellen<sup>627</sup> und der Gründungsakt einer Gemeinsamen Einrichtung<sup>628</sup>.

Zur zweiten Gruppe gehören insbesondere Tarifausschlußklauseln, Differenzierungsklauseln, Absperrungsklauseln, Effektivklauseln usw.<sup>629</sup>. Im Anschluß an die Erörterung des privatrechtlichen Normenvertrages im ersten Teil dieser Untersuchung<sup>630</sup> bedarf es kaum der Feststellung, daß derartige Vereinbarungen die Rechtspositionen der betroffenen Dritten nicht unmittelbar berühren können. Regelmäßig erfolgt die Einwirkung mittelbar über die Arbeitgeber, die sowohl Partei des Tarifvertrages als auch Partei des Einzelarbeitsvertrages sind<sup>631</sup>. Um ihrer Verpflichtung aus den schuldrechtlichen Abreden zu genügen, müssen sie auf bestimmten Inhalten des Arbeitsvertrages gegenüber den einzustellenden Arbeitnehmern bestehen. Die auf dieser Ebene nicht ausgeglichene Vormachtstellung des Arbeitgebers erleichtert die Verwirklichung der Normenvereinbarung, das Klagerecht der Gewerkschaften kann sie erzwingen.

### c) Grenzüberschreitende Tarifverträge

Auch zur Thematik schuldrechtlicher Vereinbarungen, aber einer ganz anderen Dimension gehören Vereinbarungen der Koalitionen auf internationaler Ebene. Bislang fehlt eine übergreifende Rechtsgrundlage für normative Tarifregelungen im europäischen Raum. Sie wird nicht durch die Europäische Sozialcharta (ESC) vom 18. 10. 1961<sup>632</sup> geliefert und auch nicht durch die Präambel der ILO-Verfassung und Art. 5, S. 2 des ILO-Übereinkommens Nr. 87<sup>633</sup>. Innerstaatliche Regelungen aufgrund internationaler Vereinbarungen sind normativ möglich<sup>634</sup>, die internationalen Vereinbarungen selbst können nur relativ verbindlich gestaltet werden<sup>635</sup>.

---

627 Bötticher, Gemeinsame Einrichtungen, S. 112.

628 Bötticher, a. a. O., S. 30.

629 Vgl. im übrigen für beide Gruppen die Beispiele bei Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 325 f.; Clausen, Diss., S. 6 ff.

630 Oben I. Teil, C. I. 1.

631 Meyer-Cording, Rechtsnormen, S. 137; aus dem Wortlaut des § 1, I TVG kann deshalb nicht gefolgert werden, das Gesetz anerkenne nur rein zweiseitige schuldrechtliche Vereinbarungen (so Mayer-Maly, BB 66, 1069). Rechtlich handelt es sich auch bei drittbezogenen Vereinbarungen um „Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien“ (§ 1, I TVG). Vgl. auch unten 2.b)aa).

632 Teil I, Ziff. 6; Teil II, Art. 6; die ESC ist seit 26. 5. 1965 in der BRD wie ein einfaches Gesetz verbindlich, BGBl. II, S. 1122; vgl. Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht II, 2. Teil, S. 921 ff.

633 Zitiert nach Schnorr, Die Tarifgeltung als Problem der europäischen Integration, in: Festschrift für Nipperdey, München und Berlin 1965, Bd. II, S. 897 ff., 912.

634 Etwa für Gastarbeiter und Grenzgänger.

635 Schnorr, a. a. O., S. 912 f.

## 2. Die Autonomiezugehörigkeit des schuldrechtlichen Teils

Ob schuldrechtliche Vereinbarungen in das System gegenseitiger Zuordnung von staatlicher und tarifautonomer Gestaltungsbefugnis einzubeziehen sind, hängt zuerst einmal davon ab, ob mit ihnen „Tarifautonomie“ ausgeübt wird. Es wurde bereits festgestellt<sup>636</sup>, daß Tarifautonomie eine von der Privatautonomie wesensverschiedene privatrechtliche Gestaltungsbefugnis darstellt. Dennoch schließen sich beide Autonomiekreise nicht generell aus, sondern ergänzen sich, wobei die Tarifautonomie für ihren Bereich allerdings *lex specialis* ist. Privatautonome Betätigung im schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrages ist also nicht begrifflich ausgeschlossen.

Die materielle Funktion schuldrechtlicher Vereinbarungen kann dabei nicht von den rechtlichen *Grenzen* der Vereinbarungsbefugnis hergeleitet werden. Auf der Zuständigkeitsebene wäre dies ein Austausch von Ursache und Wirkung. Unter dem Aspekt rechtlicher *Zulässigkeit* ist eine Argumentation von den Grenzen her nicht zwingend: Selbst bei Grenzidentität von normativem und schuldrechtlichem Teil<sup>637</sup> könnte es sich um die externe Beschränkung privatautonomer Tätigkeit handeln.

### a) Die Lehrmeinungen

Die Schwierigkeit der Einordnung beruht im wesentlichen darauf, daß es sich zwar um „schuldrechtliche“, andererseits aber auch spezifisch arbeitsrechtliche Vereinbarungen handelt<sup>638</sup>. Unproblematisch erscheint dies lediglich für Autoren, die die Tarifautonomie nicht als wesensverschieden von der Privatautonomie ansehen<sup>639</sup>. Im übrigen aber sind die Meinungen geteilt.

#### *aa) Schuldrechtliche Vereinbarungen als Ausübung von Privatautonomie*

Eine ältere Lehre beschränkte den Bereich der Tarifautonomie auf die Normsetzungsfunktion der Koalitionen. Die durch Art. 9, III GG gewährleistete Tarifautonomie wäre damit durch das TVG konkretisiert und festgelegt<sup>640</sup>. Schuldrechtliche Vereinbarungen stehen demnach *neben* tarifautonomen Regelungen<sup>641</sup>

---

636 Oben 2. Teil, E. III.

637 Vgl. die unten a)bb) dargestellte Auffassung.

638 Natürlich können die Koalitionen auch Verträge schließen, die mit Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gar nichts zu tun haben. Dann handelt es sich aber nicht um einen TV, sie bewegen sich ausschließlich auf dem Boden der Privatautonomie. Vgl. Hueck-Nipperdey II, 1. Teil, S. 211, und oben 2. Teil, E. IV.

639 Vgl. oben Fn. 274.

640 Clausen, Diss., S. 74 ff.

641 So Adomeit, Rechtsquellenfragen, S. 162; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl., Tübingen 1954, 2. Bd., S. 434; Hueck, Die Frage der tarifrechtlichen Zulässig-



### *bb) Gemeinsame Grenzen von normativem und schuldrechtlichem Teil*

Im Zusammenhang mit der Diskussion um Tarifausschluß- und Differenzierungsklauseln wurde auf der Basis dieser Lehre, aber im Bestreben, die Vereinbarungsbefugnis zu beschränken, die Gleichstellung normativer und schuldrechtlicher Abreden hinsichtlich ihrer Zulässigkeitsgrenzen postuliert<sup>642</sup>. In bezug auf Außenseiter und Andersorganisierte heißt es beispielsweise bei *Nipperdey*<sup>643</sup>: „Ihre vom Tarifrecht nicht betroffene Freiheitssphäre darf auch schuldrechtlich nicht angetastet werden“<sup>644</sup>. Eine wesentliche Rolle spielte dabei der Gedanke einer „Umgehung“ tarifautonomer Bindung durch schuldrechtliche Gestaltungsfreiheit<sup>645</sup>.

### *cc) Differenzierung zwischen drittbezogenen und rein kollektiven Vereinbarungen*

Im Anschluß an eine Lehre, die bezüglich der Vereinbarungsgrenzen zwischen drittbezogenen und rein kollektiven Abreden differenzierte, zieht *Clausen* dieselbe Trennlinie tiefer und teilt erstere der Tarifautonomie<sup>646</sup>, zweite der Privatautonomie zu<sup>647</sup>. Umgekehrt soll nach *Mayer-Maly*<sup>648</sup> aus dem Wortlaut des § 1, I TVG eine Beschränkung schuldrechtlicher Vereinbarungsbefugnis auf rein kollektive Abreden zu entnehmen sein<sup>649</sup>.

### *dd) Schuldrechtliche Vereinbarungen als Ausübung von Tarifautonomie*

Eine ausdrückliche Zuweisung des schuldrechtlichen Teils zum Bereich der Tarifautonomie findet sich bei *Krüger*<sup>650</sup> und *Gamillscheg*<sup>651</sup>. Für *Krüger* ist dabei die Rolle der Tarifvertragsparteien in der Verfassungswirklichkeit ausschlag-

---

keit von Solidaritätsbeiträgen nach geltendem deutschen Recht, RdA 61, 141 ff., 148; Stahlhacke in Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl., Neuwied 1964, § 1, Anm. 88 und 82.

642 Mayer-Maly, BB 65, 833 ff.; ders., BB 66, 1069 ff.; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht II, 1. Teil, S. 168, 330, 337; Richardi, Kollektivgewalt, S. 199 f. (Nur in bezug auf drittbezogene Vereinbarungen); Clausen, Diss., S. 31 ff., bezeichnet diese Auffassung als „Lehre von der beschränkten Gestaltungsmacht der Tarifvertragsparteien“.

643 Hueck-Nipperdey, a. a. O., S. 337.

644 Gegen diese Auffassung haben sich das BAG (GS, Beschl. v. 29. 11. 1967, JZ 69, 105 ff., 107) und Clausen, a. a. O., S. 124, ausgesprochen.

645 Mayer-Maly, a. a. O.; aber auch Biedenkopf, Gutachten, S. 136 f., bringt dieses Argument (vgl. andererseits unten Fn. 654).

646 Im 3. Teil (S. 61–122) seiner Untersuchung, a. a. O.

647 A. a. O., S. 8; auch Lieb, RdA 72, 142, setzt die Tarifautonomie gleich mit „drittbezogener Regelungskompetenz“; vgl. auch oben 2. Teil, E. II. 4. a), Fn. 352.

648 BB 66, 1069.

649 Dagegen schon oben Fn. 631.

650 Gutachten, S. 16 ff., 23 ff., 34.

651 Differenzierung, S. 77 ff.; 81 ff., für drittbezogene Vereinbarungen auch Clausen (oben c).

gebend <sup>652</sup>. *Gamillscheg* rügt im Zusammenhang mit der Diskussion zur Tarifausschlußklausel die Verwechslung von *Zuständigkeit* zur schuldrechtlichen Regelung und ihrer *Zulässigkeit* <sup>653</sup>. Nicht ausdrücklich, aber der Sache nach behandeln auch weitere Autoren schuldrechtliche Vereinbarungen als Ausfluß der besonderen tarifautonomen Gestaltungsbefugnis <sup>654</sup>.

Die Stellungnahme der Rechtsprechung hingegen ist nicht eindeutig. Ohne Begründung bemerkt das Bundesverfassungsgericht <sup>655</sup> im Hinblick auf schuldrechtliche Vereinbarungen der Tarifparteien, diese lägen „außerhalb des Bereichs der Tarifautonomie“. Der Große Senat des BAG steht in seinem Beschluß vom 29. 11. 1967 <sup>656</sup> auf dem Standpunkt, daß die Beschränkung schuldrechtlicher Vereinbarungsbefugnis eine „Reglementierung der tariflichen Autonomie“ darstelle.

## b) Tarifautonomie als Grundlage des schuldrechtlichen Teils

### *aa) Einheitliche Beurteilung des schuldrechtlichen Teils*

Von Zuordnung „des“ schuldrechtlichen Teils kann nur die Rede sein, wenn eine einheitliche Beurteilung aller denkbaren Vereinbarungen insoweit möglich ist. Hinsichtlich rein kollektiver Abreden, insbesondere Schlichtungsvereinbarungen, wurde bereits mehrfach auf die enge Verknüpfung dieses Teils mit dem Abschluß eines Tarifvertrages überhaupt, insbesondere auch seiner Inhaltsnormen, hingewiesen <sup>657</sup>. Vereinbarungen zur Regelung des Arbeitskampfes sind gemäß der hier vertretenen Auffassung <sup>658</sup> sogar dem absoluten Kernbereich tarifautonomer Betätigung zuzurechnen. Es muß bezweifelt werden, ob die normative Regelungskompetenz der Tarifparteien überhaupt ohne ergänzende und zusätzliche rein kollektive Absprachen in ausreichendem Umfang ausgeübt werden könnte. Jedenfalls bleibt die Feststellung, daß rein kollektive Abreden nicht isoliert im Raume stehen und abweichend vom Hauptteil des Tarifvertrages der allgemeinen Vertragsfreiheit und den Grundsätzen der Beliebigkeit und Verantwortungsllosigkeit unterstehen können. Folgerichtig erwähnt auch § 1, I TVG die gegenseitige Rechte- und Pflichtenregelung wie einen selbstverständlichen Bestandteil des Tarifvertrags. Umgekehrt können auch nicht drittbezogene Verein-

---

652 Vgl. oben I. Teil, C. II. 3.a).

653 A. a. O., S. 83.

654 Böttcher, *Gemeinsame Einrichtungen*, S. 30 f., 113 f.; Biedenkopf, *Tarifautonomie*, S. 29 ff. i. V. m. 21 (vgl. aber oben Fn. 645); Säcker, *Grundprobleme*, S. 70, 75; Hölter, *Harmonie*, S. 107, 111.

655 Beschl. v. 26. 5. 1970, JZ 70, 772 r.Sp., 5. Abs.

656 JZ 69, 105 ff., 108 1.Sp.

657 Oben 2. Teil, E. II. 4.

658 Oben III. 6.

barungen (schuldrechtliche Normenverträge) aus dem Rahmen der Tarifautonomie ausgeklammert werden<sup>659</sup>, falls diese rein kollektive Vereinbarungen umfaßt. Der Wortlaut des § 1, I TVG gibt hierfür jedenfalls nichts her<sup>660</sup>. Als Begründung bietet sich zwar die These an, daß die Tarifautonomie personell auf die Verbandsmitglieder beschränkt sei<sup>661</sup> und daß für diese die normative Regelung vorgesehen sei. Diese Erwägung ist jedoch nicht stichhaltig. Nach allgemeiner Ansicht sind die Tarifparteien nicht gezwungen, von der normativen Regelungsmöglichkeit Gebrauch zu machen<sup>662</sup>, wenn auch eine Vermutung für den normativen Charakter der Regelung sprechen mag<sup>663</sup>. Außerdem stellt das Verbandsprinzip für die Tarifautonomie keine absolute Grenze dar<sup>664</sup>. Vereinbaren die Gewerkschaften mit den Arbeitgebern nach Beendigung eines Arbeitskampfes Wiedereinstellungsklauseln für Organisierte und Außenseiter<sup>665</sup>, so wäre es wenig überzeugend, ein und dieselbe Klausel bezüglich der Organisierten auf die Tarifautonomie und bezüglich der Außenseiter auf die Privatautonomie zu stützen.

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, daß eine Differenzierung innerhalb des schuldrechtlichen Teils zwischen drittbezogenen und rein kollektiven Vereinbarungen hinsichtlich ihrer Zuordnung zum privatautonomen oder tarifautonomen Bereich unangebracht ist<sup>666</sup>.

#### *bb) Beschränkung der Koalitionsmittel?*

Die Beschränkung der Tarifautonomie auf den Bereich normativer Regelungsbefugnis setzt voraus, daß zur positiven Ausgestaltung der Tarifautonomie auch eine entsprechende Festlegung der Gestaltungsmittel, mangels weiterer Grundlagen in Art. 9, III GG oder dem TVG, gehört. Ohne derartige Festlegung müßte aus dem Wesen des Begriffs „Autonomie“ als Zuweisung eines Zuständigkeitsbereichs<sup>667</sup> und dem daraus für den Autonomiebereich folgenden Grundsatz „in dubio pro libertate“ auf Koalitionsmittelfreiheit<sup>668</sup> geschlossen werden.

---

659 Vgl. oben Fn. 631.

660 Oben a. a. O.

661 Mayer-Maly, BB 65, 833.

662 Biedenkopf, Tarifautonomie, S. 18; Clausen, Diss., S. 73; Richardi, Kollektivgewalt, S. 198 f.; Säcker, Grundprobleme, S. 70; wohl auch BAG, Urt. v. 14. 2. 1968, SAE 68, 109 ff., 110.

663 Für § 4, II TVG vgl. Bötticher, Gemeinsame Einrichtungen, S. 73; wohl auch BAG, a. a. O.

664 BAG GS, Beschl. v. 29. 11. 1967, JZ 69, 105 ff., 107 f.; Gamillscheg, Differenzierung, S. 95 ff.

665 Insoweit genügen sie „geradezu einem Gebot der Gerechtigkeit“, BAG, a. a. O., S. 107.

666 Bötticher, a. a. O., S. 31, hält die Unterscheidung für „gekünstelt“.

667 Schnorr, JR 66, 328 r. Sp.

668 BVerfG, Urt. v. 6. 5. 1964, E 18, 18 ff., 32; Beschl. v. 30. 11. 1965, E 19, 303 ff., 313; Säcker, Grundprobleme, S. 69 ff.; Hölters, Harmonie, S. 60.

(1) Art. 9, III GG

Der Wortlaut des Art. 9, III GG gibt für diese Frage nichts her, zumal er ohnehin nur die individuelle Koalitionsfreiheit zu betreffen scheint<sup>669</sup>. Hinsichtlich der immanenten Grenzen des Art. 9, III GG ist zu beachten, daß in diesem Punkt Kollisionen mit anderen Rechts- oder Verfassungswerten nicht ersichtlich sind. Art. 9, III GG kann nicht isoliert von der geschichtlichen Situation verstanden werden, in der er geschaffen wurde. Unabhängig von dem Streit zwischen Delegationstheorie und historischer Lehre<sup>670</sup> stand der Verfassungsgeber jedenfalls nicht vor einem zu regelnden Neuland. Entsprechend seiner Funktion, *Grundentscheidungen* zu treffen, konnte es dabei nicht seine Aufgabe sein, die gesellschaftliche Selbstverwaltung auf dem Gebiet des Arbeitsrechts im einzelnen zu regeln. Die Verfassung hatte vielmehr nur über die Anerkennung der Tarifautonomie und ihre grundsätzliche Einordnung in die allgemeine Rechtsordnung zu entscheiden. Folgerichtig wird die Normsetzungsbefugnis der Tarifvertragsparteien allgemein nicht aus Art. 9, III GG, sondern aus dem Tarifvertragsgesetz hergeleitet<sup>671</sup>. Die Verfassung selbst statuierte nur die *Pflicht* des einfachen Gesetzgebers, den Tarifvertragsparteien ein verfassungskonformes Tarifvertragssystem zur Verfügung zu stellen<sup>672</sup> und entzog ihm damit praktisch die Freiheit, das bereits geschaffene Tarifvertragsgesetz in seinen Grundlagen zu ändern oder aufzuheben.

(11) Die Funktion der Tarifautonomie und drittbezogene Vereinbarungen

Ob die Verfassung damit die Pflicht oder das Recht des einfachen Gesetzgebers begründete, die Gestaltungsmittel der Tarifvertragsparteien auf normative Regelungen zu beschränken, kann nur aus der „von der Verfassung intendierten Ordnung“<sup>673</sup> beantwortet werden. Es kommt darauf an, ob die von der Tarifautonomie erwarteten Leistungen nur von Rechtsnormen oder *auch* mit schuldrechtlichen Vereinbarungen zu erbringen sind. Auf die Gleichwertigkeit der Funktion ist dabei an dieser Stelle noch nicht abzustellen, sie wird erst im Rahmen der Vorrangproblematik eine Rolle spielen. Hier interessiert vorerst nur die grundsätzliche Eignung schuldrechtlicher Vereinbarungen zur Wahrnehmung der von der Verfassung der Tarifautonomie überlassenen Aufgaben.

Die Funktionen des kollektiven Arbeitsrechts können sinnvollerweise nur in bezug auf *drittbezogene* Vereinbarungen untersucht werden. Rein kollektive Abreden sind normativ ohnehin nicht möglich. Ihre Zuordnung zur Tarifautonomie unterliegt anderen Kriterien<sup>674</sup>.

669 Scholz, Grundrecht, S. 21 f.

670 Vgl. oben 2. Teil, B. I.

671 Säcker, Gruppenautonomie, S. 267.

672 Vgl. die in Fn. 484 nachgewiesenen Entscheidungen des BVerfG; Säcker, Grundprobleme, S. 71 ff., 74; ders., Gruppenautonomie, S. 264.

673 BVerfG, Beschl. v. 26. 5. 1970, JZ 70, 772 r. Sp. Mitte.

674 Unten (22).

Im Vordergrund steht dabei der *Schutzzweck* des kollektiven Arbeitsrechts<sup>675</sup>. Geschützt werden soll der einzelne Arbeitnehmer vor Ausnützung durch die Vormachtstellung des Arbeitgebers. Neuerdings wird allerdings auch eine Schutzfunktion zugunsten der Arbeitgeber vor unzumutbaren Forderungen der Gewerkschaften postuliert, die teils aus § 242 BGB hergeleitet<sup>676</sup>, teils auf das Verhältnis der Arbeitgeberverbände zu ihren Mitgliedern oder die Individualsphäre des Arbeitgebers gestützt wird<sup>677</sup>.

Es wurde bereits oben festgestellt<sup>678</sup>, daß § 242 BGB als Grenze der *Vereinbarungsbefugnis* ausscheidet. Der Schutz der Tarifvertragsparteien *voreinander* steht im Widerspruch zu dem andererseits allgemein geforderten Paritätsprinzip. Die Auffassung des Großen Senats bedeutet einen durch nichts zu rechtfertigenden Eingriff in den (tarif-)vertraglichen Ausgleichsprozeß.

Die Begründung von *Bötticher* und *Hessel* liegt auf anderer Ebene. Im Rahmen der Diskussion um die Differenzierungsklauseln<sup>679</sup> wurde auf das Interesse des Arbeitgebers hingewiesen, durch gleiche Behandlung aller Betriebsangehörigen den Betriebsfrieden zu wahren<sup>680</sup>. Außerdem sei seine Freiheit berührt, „die Arbeitsbedingungen der nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer nach freiem Willen zu regeln“. In beiden Fällen gehe es um die „Individualsphäre“ des Arbeitgebers, in die auch durch kollektive Regelungen nicht eingegriffen werden dürfe<sup>681</sup>.

Damit wird deutlich, daß eine dem Arbeitnehmer-Schutz vergleichbare Schutzfunktion zugunsten der Arbeitgeber nicht gemeint ist. Man muß unterscheiden zwischen den *positiven Funktionen* des kollektiven Arbeitsrechts und den objektiv-rechtlichen *Grenzen* der Kollektivmacht. Auch bei den Arbeitnehmern besteht das Problem einer „Individualsphäre“<sup>682</sup>, das jedoch bislang nicht mit dem „Schutzzweck“ des Arbeitsrechts in Verbindung gebracht worden ist.

Während das herkömmliche Schutzprinzip zum Inhalt hat, daß die einzelnen Arbeitnehmer vor den Arbeitgebern geschützt werden sollen, müßte eine Schutz-

---

675 Biedenkopf, *Tarifautonomie*, S. 193, 211; ders., *Gutachten*, S. 113, 139; *Bötticher*, *Gemeinsame Einrichtungen*, S. 75; *Gamillscheg*, *Differenzierung*, S. 78; *Herschel*, *Referat*, S. D 11; *Krüger*, *Gutachten*, S. 81; *Preis*, *ZfA* 72, 281 sub C. I.; *Clausen*, *Diss.*, S. 136 f.; *Richardi*, *ZAS* 71, 225; *Schnorr*, *JR* 66, 331; *Schelp*, *Gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien*, in: *Festschrift für Nipperdey*, Bd. II (1965), S. 579 ff., 589.

676 BAG GS, *Beschl.* v. 29. 11. 1967, *JZ* 69, 105 ff., 110 I. Sp.

677 *Hessel*, *DB* 60, 209; *Bötticher*, *Gemeinsame Einrichtungen*, S. 120 ff., 146; ders., *Tarifvertragliche Vereinbarungen im Dienste der organisationspolitischen Zwecke einer Tarifvertragspartei*, *RdA* 66, 401 ff.

678 *Oben* I. Teil, B. II. 2.

679 *Dazu* vgl. unten cc)(3).

680 *Bötticher*, *RdA* 66, 402 sub 3. b).

681 *Oben* Fn. 677.

682 *Grundlegend* die Monographie von *Richardi*, *Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses*, 1968; vgl. auch *Biedenkopf*, *Tarifautonomie*, S. 220 ff.; *Konzen*, *ZfA* 72, 139; *Schnorr*, *JR* 66, 333 sub 3.; *oben* Fn. 39.

funktion zugunsten der Arbeitgeber andere Zielrichtung haben: Schutzbedürftigkeit besteht hier nicht gegenüber den einzelnen Arbeitnehmern, sondern allenfalls gegenüber deren Kollektivverband. Der Inhalt einer derartigen Schutzfunktion wäre also darauf gerichtet, die einzelnen Arbeitgeber vor dem unmittelbaren Verhandlungspartner ihres eigenen Verbandes zu schützen. Das System des Kollektivvertrags ergibt aber, daß der Schutz der Arbeitgeber im Rahmen der Tarifvertragsverhandlungen allein von ihrer kollektiven Interessenvertretung zu wahren ist. Auch die Arbeitnehmer können eine schlechte Interessenwahrung durch die Gewerkschaften nicht als Argument für die Unwirksamkeit einer kollektiven Vereinbarung anführen.

Die Schutzfunktion des Arbeitsrechts hat ausschließlichen Bezug auf die Machtverteilung beim Einzelarbeitsverhältnis. Nach Etablierung im Prinzip gleichgewichtiger Kollektivmächte bleibt für eine Schutzfunktion gegen diese Mächte selbst kein Raum. Zu Recht ist deshalb die Schutzfunktion zugunsten der Arbeitgeber auch im Sinne *Böttchers* und *Hessels* abgelehnt worden<sup>683</sup>.

Die Wirkungsweise drittbezogener schuldrechtlicher Abreden ist bereits dargestellt worden<sup>684</sup>. Da es sich im Zusammenhang mit dem Schutzprinzip nur um begünstigende Abreden handeln kann, besteht neben dem Klagerecht der Gewerkschaften in der Regel auch ein Rechtsanspruch der einzelnen Arbeitnehmer (vgl. § 328, I BGB). Aber auch eine nur mittelbar zwingende Wirkung ist zwar komplizierter und möglicherweise nicht so effektiv wie die einer Norm. Grundsätzlich ist sie aber vorhanden und führt ebenfalls zum Machtausgleich zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Das Schutzprinzip kann also grundsätzlich auch durch schuldrechtliche Vereinbarungen gewahrt werden. Die Gleichwertigkeit des Schutzes spielt erst im Zusammenhang mit der Frage eines möglichen Vorrangs eine Rolle.

Daneben steht das *Ordnungsprinzip* der Tarifautonomie. Hiermit ist nicht allgemein die „Ordnung des Arbeitslebens“<sup>685</sup> angesprochen, sondern ein besonderes Prinzip zur Rechtfertigung auch solcher Vereinbarungen der Tarifvertragsparteien, die in Einzelpunkten eine Verschlechterung der Arbeitnehmerposition mit sich bringen. Das Ordnungsprinzip steht also dem Günstigkeitsprinzip gegenüber<sup>686</sup>. Die dogmatische Berechtigung dieses Prinzip mag hier dahingestellt bleiben. Die mittelbare Erzwingbarkeit schuldrechtlicher Normen beweist jedenfalls, daß auch auf diesem Weg eine umfassende Ordnung geschaffen werden kann. *Ga-*

---

683 Clausen, Diss., S. 141 f.; Gitter, Die Unzumutbarkeit als Grenze der Tarifmacht, AuR 70, 129 ff., 133; Reuß, AuR 70, 34.

684 Oben I. b).

685 BVerfG, Beschl. v. 26. 5. 1970, JZ 70, 772.

686 Die Ordnungsfunktion ist umstritten. *Bejahend* BAG, Urt. v. 1. 2. 1957, AP Nr. 1 zu § 32 SchwerbeschG; BAG, Urt. v. 26. 10. 1962, AP Nr. 87 zu § 242 BGB (Ruhegehalt); BAG, Urt. v. 30. 10. 1962, AP Nr. 1 zu § 4 TVG (Ordnungsprinzip); Clausen, Diss., S. 146 f.; Bötticher, Gemeinsame Einrichtung, S. 77; Gamillscheg, Differenzie-

*millscheg*<sup>678</sup> weist sogar darauf hin, daß schuldrechtliche Vereinbarungen zur Schaffung einer derartigen Ordnung unerlässlich sind.

Weiter *rechtliche* Funktionen des kollektiven Arbeitsrechts sind nicht anzuerkennen. Eine besondere „Friedensfunktion“<sup>688</sup> neben Schutz- und Ordnungsprinzip ist nicht vorstellbar. Allenfalls mag es sich um eine „soziale Funktion“ handeln<sup>689</sup>. Dies gilt auch für eine „Integrationsfunktion“. Die Einordnung der Arbeiterschaft in die Gesellschaft<sup>690</sup> kann nicht erst durch das Arbeitsrecht bewirkt werden. Die „Gesellschaft“ der Bundesrepublik ist nicht auf einzelne Stände oder Kreise beschränkt, sie umfaßt von vornherein die Arbeiterschaft als ihre zahlenmäßig größte Gruppe<sup>691</sup>. Zur Befassung mit den Themen „Vermögensbildung in Arbeitnehmerhand“ und Bildungsurlaub<sup>692</sup> brauchen sich die Tarifvertragsparteien nicht auf eine „Integrationsfunktion“ zu berufen. Hier genügt Subsumtion unter Art. 9, III GG, unter den Begriff „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“.

Rechtlich konturenlos ist schließlich auch eine „Repräsentationsfunktion“ der Tarifvertragsparteien für die Gesamtheit der am Arbeitsleben Beteiligten<sup>693</sup>. Der individualrechtliche Aufbau des Art. 9, III GG weist deutlich auf das Verbandsprinzip hin. Außenseitern stehen die Koalitionen wie beliebige Private gegenüber: Die Befassung mit ihnen ist den Tarifvertragsparteien nicht verboten, andererseits steht ihnen insoweit auch keine besondere Macht oder Befugnis zu. Die rein faktische Repräsentationswirkung<sup>694</sup> vermag Zuständigkeiten nicht zu begründen.

Als Zwischenergebnis bleibt festzustellen, daß Schutz- und Ordnungsfunktion der Tarifautonomie auch mit schuldrechtlichen Vereinbarungen wahrgenommen werden können.

---

rung, S. 95 (ausdrücklich auch für schuldrechtliche Vereinbarungen); Herschel, Referat, S. D 11; Konzen, *ZfA* 72, 139; Schnorr, *JR* 66, 333 r. Sp.; Schelp, Festschrift für Nipperdey II, S. 589; *zweifelnd* BAG, *Urt. v. 1. 6. 1970*, AP Nr. 143 zu § 242 BGB (Ruhegehalt) mit krit. Anm. v. Konzen, a. a. O., *Urt. v. 25. 3. 1971*, *NJW* 71, 1629 ff., 1630 r. Sp., 1631 l. Sp.; *ablehnend* Biedenkopf, Gutachten, S. 113; Tomandl, Die Ambivalenz des kollektiven Arbeitsrechts, in: Aktuelle Fragen des Arbeitsrechts, Paderborn 1972, S. 39 f.

687 Differenzierung, S. 95.

688 Schelp, a. a. O., S. 589.

689 Krüger, Gutachten, S. 42 ff.

690 Krüger, a. a. O., S. 21, 48; Clausen, Diss., S. 147 ff.

691 So i. S. einer „offenen Gesellschaft“ Wiedemann, *SAE* 69, 267 (allerdings im Hinblick auf Organisierte und Außenseiter).

692 Clausen, a. a. O.

693 Als *rechtliche* Funktion bejaht von Böttcher, Tarifliche Zuschläge für Gewerkschaftsangehörige; *BB* 65, 1077 ff.; Gamillscheg, Differenzierung, S. 95f.; Müller, *RdA* 71, 325 (eingeschränkt); abgelehnt von Hueck-Nipperdey, *Arbeitsrecht* II, 1. Teil, S. 167; Richardi, *Kollektivgewalt*, S. 164; Säcker, *Grundprobleme*, S. 42; Schnorr, *JR* 66, 332 sub b); Wagenitz, *Personelle Grenzen*, S. 15 ff.

694 Schnorr, a. a. O.; Müller, a. a. O.

## (22) *Rein kollektive Vereinbarungen*

Hinsichtlich rein kollektiver Vereinbarungen kann auf die frühere Feststellung verwiesen werden, daß normative Regelungen ohne begleitende zweiseitige Absprachen kaum denkbar wären. Insbesondere der Arbeitskampf als deren Domäne ist konstituierendes Merkmal des Systems der kollektiven Selbstverwaltung<sup>695</sup>. Die Zugehörigkeit von Schlichtungsregeln zur Tarifautonomie wurde bereits oben erörtert<sup>696</sup>.

## (33) *Zusammenfassung*

Als Ergebnis zeigt sich, daß Art. 9, III GG rein kollektive Vereinbarungen mit seiner Autonomie-Garantie unmittelbar umfaßt. Bezüglich drittbezogener Vereinbarungen hat der Verfassungsgeber entsprechend der Ausgangswertung einen Zuständigkeitsbereich garantiert, ohne die Gestaltungsmittel dafür festzulegen. Die aus der Zuständigkeit folgende Gestaltungsfreiheit der Tarifvertragsparteien erstreckt sich deshalb auch auf die Wahl, ob sie normative oder schuldrechtliche Regelungen aufstellen wollen<sup>697</sup>.

## (2) *Das Tarifvertragsgesetz*

Ob aus dem (vorkonstitutionellen) Tarifvertragsgesetz hier eine andere Entscheidung entnommen werden kann, braucht nicht erörtert zu werden. Im TVG werden schuldrechtliche Vereinbarungen zwar erwähnt, aber nicht mitgeregelt<sup>698</sup>. Die Funktionen des TVG bestehen darin, daß den Tarifvertragsparteien ein wirkungsvolles Instrumentarium in Gestalt des Tarifvertrages und der normativen Wirkung seiner Inhaltsvereinbarungen zur Verfügung gestellt wird<sup>699</sup>. Der Regelungsbereich des TVG ist deshalb nicht mit dem Garantiebereich des Art. 9, III GG identisch. Einerseits erlangen die Tarifvertragsparteien durch §§ 4, I und II und 3, II TVG Befugnisse, die nicht unmittelbarer Ausfluß des Art. 9, III GG sind<sup>700</sup>. Andererseits ist der durch Art. 9, III GG umrissene Zuständigkeitsbereich weiter als das TVG<sup>701</sup>. Die Erwähnung schuldrechtlicher Vereinbarungen in § 1, I TVG ist deshalb so zu verstehen, daß sie subsidiäres Gestaltungsmittel insbesondere für jene Randbereiche der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ sein sollen, für die das TVG keine besonderen Regelungsbefugnisse vorsieht.

---

695 Oben III. 6.

696 2. Teil, E. II. 4. a).

697 BVerfG, Urt. v. 19. 1. 1962, E 18, 18 ff., 32; Clausen, Diss., S. 73 f.; Säcker, Grundprobleme, S. 70 ff.; Scholz, Grundrecht, S. 48, der darauf hinweist, daß die Koalitions-mittelfreiheit der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit auf staatlicher Seite entspricht.

698 Clausen, a. a. O., S. 80 ff., 83; Wagenitz, Personelle Grenzen, S. 104 ff.; Hölters, Harmonie, S. 132 ff.

699 Säcker, Grundprobleme, S. 74.

700 Säcker, a. a. O., S. 75.

701 Gamillscheg, Differenzierung, S. 81; Schnorr, JR 66, 328 r. Sp.



Auch mit schuldrechtlichen Vereinbarungen wird also „Tarifautonomie“ ausgeübt. Das bedeutet, daß den Tarifparteien auch insoweit keine privatautonome Vertragsfreiheit zusteht. Die besonderen Grenzen der Tarifautonomie gelten gleichermaßen für normative und schuldrechtliche Vereinbarungen<sup>702</sup>. Ob gleiches auch für die Privilegierung der Tarifautonomie gilt, bleibt zu untersuchen.

### *cc) Einzelfragen des schuldrechtlichen Teils*

Zuvor jedoch ist die Erkenntnis, daß Grundlage auch des schuldrechtlichen Teils des Tarifvertrags die Tarifautonomie als von der Privatautonomie verschiedener, positiv nach Inhalt und Grenzen beschriebener Zuständigkeitsbereich ist, an einzelnen Besonderheiten des schuldrechtlichen Teils zu überprüfen.

#### *(1) Relativität schuldrechtlicher Vereinbarungen*

Als wesentlicher Unterschied zu den Inhaltsnormen bleibt die Relativität schuldrechtlicher Vereinbarungen. Daraus ergeben sich Besonderheiten, die einer gemeinsamen Zuordnung zur Tarifautonomie nicht entgegenstehen.

#### *(11) Auflösung einer Tarifvertragspartei*

Dies gilt für die Rechtslage bei Auflösung einer Tarifvertragspartei. Allgemeiner Ansicht nach fällt dann der schuldrechtliche Teil des Tarifvertrages weg<sup>703</sup>, während der normative Teil bestehen bleibt<sup>704</sup>.

#### *(22) Teilnichtigkeit schuldrechtlicher Vereinbarungen*

Hierher gehört auch die unterschiedliche Behandlung der Teilnichtigkeit. Bei schuldrechtlichen Vereinbarungen soll § 139 BGB gelten, bei Tarifvertragsnormen hingegen nicht<sup>705</sup>. Angesichts der relativen Begrenztheit schuldrechtlicher Verträge steht der Gesichtspunkt der Verkehrssicherheit einer optimalen Verwirklichung des gemeinsamen Geschäftswillens nicht entgegen. Damit bietet dieser Punkt aber gleichzeitig einen Ansatz zur Neuorientierung: Es geht nicht um die resignierende Hinnahme privater Normen, sondern um den *Verkehrsschutz*, wenn Normenverträge anderen Kriterien unterstellt werden. Typische Privatenormen mit verbreiteter faktischer Geltung sind nur theoretisch „relative Schuldverträge“. Sie sind kein Internum der Aufstellungsparteien mehr, auf ihren Bestand wird wie auf den von Normen vertraut. Folgerichtig gilt die Vermutung des

---

702 So i. Erg. auch Hölters, *Harmonie*, S. 107 ff.; 115.

703 BAG, *Urt. v. 11. 11. 1970*, SAE 72, 107 ff., 108, mit Anm. von W. Blomeyer, a. a. O., S. 109 ff.; anders allein Lobscheid, *Der Wegfall einer Tarifpartei*, AuR 72, 289 ff.

704 Blomeyer, a. a. O.

705 Hueck-Nipperdey, *Arbeitsrecht II*, 1. Teil, S. 354 f.; BAG, *Urt. v. 27. 1. 1955*, E 1, 272 ff.

§ 139 BGB nicht für Vereinssatzungen<sup>706</sup> und für Allgemeine Geschäftsbedingungen<sup>707</sup>. Gleiches muß auch für Normenverträge im schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrags gelten, also für drittbezogene Vereinbarungen.

### *(33) Auslegung schuldrechtlicher Vereinbarungen*

Für den schuldrechtlichen Teil sollen die Auslegungsmaßstäbe von Verträgen gelten, während Inhaltsnormen wie Gesetze ausgelegt werden<sup>708</sup>. Wie jede materielle Norm treten letztere zwar nach ihrer Aufstellung aus der subjektiven Sphäre und Bedingtheit des Normsetzers heraus und leben und wirken aus sich selbst heraus, während schuldrechtliche Vereinbarungen an die Vertragsparteien als Bezugsobjekte gebunden bleiben. Genau besehen gilt dies aber nur für rein kollektive Vereinbarungen. Drittbezogene Abreden unterscheiden sich in Verbreitung und Bedeutung wenig von Inhaltsnormen, nur ihre Wirkung äußert sich auf mittelbarem Wege. Mit der Feststellung, daß auch schuldrechtliche Vereinbarungen zur Wahrnehmung von Schutz- und Ordnungsfunktion einzusetzen sind<sup>709</sup>, ist ihre subjektive Auslegung nicht zu vereinbaren. Sie unterliegen deshalb denselben Auslegungsgrundsätzen wie tarifliche Normen.

### *(44) Revisibilität schuldrechtlicher Vereinbarungen*

Im prozessualen Bereich entspricht dieser Problemstellung die Frage nach der Revisibilität. Herkömmlicherweise sollen Tarifvertragsnormen, nicht aber schuldrechtliche Vereinbarungen revisibel sein<sup>710</sup>.

Das Rechtsmittel der Revision soll zwecks Förderung der Rechtssicherheit eine einheitliche Normanwendung gewährleisten<sup>711</sup>. Zwar spricht § 560 ZPO von der Anwendung einer *Rechtsnorm*. Die Funktion der Revision hat jedoch gleichermaßen Bedeutung für typische Normenverträge mit weitverbreiteter Geltung, z. B. für Allgemeine Geschäftsbedingungen<sup>712</sup>. Also müssen auch die schuldrechtlichen Normen (drittbezogene Vereinbarungen) des Tarifvertrags für revisibel erachtet werden<sup>713</sup>. Dabei kommt es nicht auf die Vielzahl der Klauseln oder Tarifverträge an, sondern allein auf die schon durch *eine* Klausel verbreitete Typisierung der Einzelarbeitsverhältnisse<sup>714</sup>.

---

706 BGH, Urt. v. 6. 3. 1967, Z 47, 172 ff., 179.

707 BGH, Urt. v. 29. 10. 1956, Z 22, 90 ff., 92 f.

708 Herschel, Arbeitsrecht, S. 32; Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 224 sub 6.

709 Oben bb) (1) (11).

710 Hueck-Nipperdey, a. a. O., S. 362; Nikisch, a. a. O., S. 225.

711 Thomas-Putzo, Zivilprozeßordnung, 6. Aufl., München 1972, § 545, Vorbem.; A. Blomeyer, Zivilprozeßrecht, S. 560.

712 Blomeyer, a. a. O., S. 568.

713 So auch Maus, Handbuch des Arbeitsrechts, Abschnitt VII B, Note 308 a (S. 107/108).

714 Gegen RAG 380/31 (Anm. 84), zit. nach Nikisch, a. a. O., S. 226, Fn. 85.

## (2) Das Ordnungsprinzip und schuldrechtliche Vereinbarungen

Befremdlich mag auf den ersten Blick auch erscheinen, daß die Tarifvertragsparteien unter Berufung auf das Ordnungsprinzip Verschlechterungen der Arbeitnehmer-Positionen auch *schuldrechtlich* erreichen können<sup>715</sup>. Ein Vertrag zu Lasten Dritter<sup>716</sup> liegt jedoch nicht vor, denn dazu bedürfte es der unmittelbar *rechtlichen* Belastung. Rein faktische „Lastwirkung“ wird vom Verbot des „Vertrags zu Lasten Dritter“ nicht erfaßt<sup>717</sup>. Im übrigen löst sich das Problem auf, wenn man sich die materielle Bedeutung der „Verschlechterung“ vor Augen hält. Genauso wie bei normativen Regelungen sind die Arbeitnehmer nach dem Günstigkeitsprinzip (§ 4, III TVG) nicht gehindert, ihre Position individualvertraglich aufzubessern<sup>718</sup>. Außerdem entzieht der Gedanke des Vertrauensschutzes einen Grundbestand individueller Rechte sowohl direkter als auch indirekter Regelungsmacht<sup>719</sup>. Das Verständnis der gesetzesgleichen Wirkung in § 4, I und II TVG als „juristisch-technische Qualifikation“<sup>720</sup> läßt es als nicht wesentlich erscheinen, ob die Tarifvertragsparteien ihrer Regelungskompetenz normativ oder schuldrechtlich nachkommen. Die Zuordnung schuldrechtlicher Vereinbarungen zur Tarifautonomie gewährleistet dabei die angemessene Pflichtbindung der Tarifvertragsparteien auch für schuldrechtliche Vereinbarungen. Die Bezeichnung „schuldrechtlicher Teil“ ist insofern unbefriedigend, weil sie ein privatautonomes Verständnis nahelegt<sup>721</sup>.

## (3) Außenseiterklauseln

Einer Erwähnung bedürfen schließlich Außenseiterklauseln. Die Tarifautonomie ist weder mit einer positiven noch mit einer negativen Funktion gegenüber den Außenseitern oder Andersorganisierten ausgestattet<sup>722</sup>. Die Einbeziehung schuldrechtlicher Vereinbarungen in die Tarifautonomie hat insoweit deshalb keine besondere Bedeutung. Nur wird man im Zusammenhang mit Außenseiterklauseln nicht mehr mit einer *Umgehung* tarifautonomer Grenzen<sup>723</sup> argumentieren können, da diese unmittelbar gelten.

Die entscheidenden Fragen hängen nicht mit dem Problem der Tarifautonomie zusammen. Man wird jeweils zu prüfen haben, ob überhaupt eine Außenseiter-

---

715 Vgl. oben bb) (1) (11).

716 Dazu Nikisch, a. a. O., S. 327, m. w. N.

717 Wiedemann, SAE 69, 268.

718 Clausen, Diss., S. 178 f.; Richardi, Kollektivgewalt, S. 198 ff.

719 Biedenkopf, Tarifautonomie, S. 222 ff.; Krüger, Gutachten, S. 77 ff.; zwischen „ursprünglichen“ und „gewordenen“ Individualrechten unterscheiden Herschel, Referat, S. D 22 ff.; Schnorr, JR 66, 333 r. Sp.

720 Meyer-Cording, Rechtsnormen, S. 38; vgl. oben 2. Teil, C., D. II., E. III.

721 Das gilt auch für den Begriff „obligatorisch“. Vielleicht wäre die Formulierung „relativer Teil des TV“ gegenüber dem „normativen Teil“ unverfänglicher.

722 Vgl. oben aa) a. E.; bb) (1) (11).

723 Vgl. oben Fn. 645.

regelung vorliegt oder ob sie nur reflexartig betroffen sind. Die Beschränkung der Tarifgeltung auf Organisierte entspricht dem Verbandsprinzip als konstituierendem Element der Tarifautonomie, sie ist keine negative Außensteuerregelung. Die Problematik des Umschlags faktischer Außenwirkung in Außenregelung ist im grundlegenden Beschluß des Großen Senats des BAG <sup>724</sup> gar nicht angesprochen worden. Zum zweiten ist ausschlaggebend, ob man die Verbandszugehörigkeit als sachlichen Anknüpfungspunkt für Differenzierungen im Sinne des Art. 3 GG erachtet oder nicht <sup>725</sup>. Diese Fragen können hier nicht vertieft werden.

### 3. Vorrangprinzip und schuldrechtliche Vereinbarungen

Die Zuweisung schuldrechtlicher Vereinbarungen zur Tarifautonomie und die Erkenntnis des Vorrangprinzips als Ausdruck der gegenseitigen Zuordnung zweier konkurrierender Regelungszuständigkeiten möchte es nahelegen, auch schuldrechtliche Vereinbarung ohne weiteres am Vorrangprinzip teilhaben zu lassen. Ein derartiges Vorgehen wäre jedoch Vordergründig. Der tarifvertragliche Vorrang beruht nicht auf einem formalen Abgrenzungsprinzip, sondern bezieht seine innere Rechtfertigung aus der grundsätzlichen Gleichwertigkeit des Tarifvertragssystems mit den staatlichen Regelungsfunktionen im Arbeitsrecht. Hier liegt auch gleichzeitig die Grenze der Vorrangmöglichkeit: Wo die Gleichwertigkeit fehlt, kann kein Vorrang bestehen. Dies gilt allgemein für den Sozial- und Gemeinwohlenschutz sowie für die Wahrnehmung nicht-arbeitsrechtlicher Gestaltungsaufgaben, selbst wenn sie auch den Bereich der abhängigen Arbeit umfassen <sup>726</sup>. Schuldrechtliche Vereinbarungen können nur dann am besonderen Vorrang des Tarifvertrages teilnehmen, wenn durch sie die von der Tarifautonomie zu erfüllenden Funktionen *gleichwertig* gewahrt werden.

Entsprechend der bereits mehrfach zutage getretenen Verschiedenheit drittbezogener und rein kollektiver Abreden innerhalb des schuldrechtlichen Teils ist auch eine getrennte Beurteilung der Vorrangmöglichkeit erforderlich.

---

724 BAG, Beschl. v. 29. 11. 1967, JZ 69, 105 ff., m. Anm. von Ritter, a. a. O. = SAE 69, 246 ff., m. Anm. von Wiedemann, a. a. O.

725 Gamillscheg, Differenzierung, S. 48 ff.; Herschel, Referat, S. D 9 f.; Krüger, Gutachten, S. 86; im Rahmen des § 3, II TVG, ist sie dies sicherlich nicht, da hier das Verbandsprinzip durchbrochen ist; vgl. Säcker, Grundprobleme, S. 43.

726 Vgl. oben II. 1. b) bb).

## a) Rein kollektive Vereinbarungen

Funktionen in bezug auf das Einzelarbeitsverhältnis können unmittelbar nur durch drittbezogene Vereinbarungen ausgeübt werden. Sie sind ihrem Wesen nach den normativen Regelungen an die Seite zu stellen, Unterschiede bestehen vorwiegend in der Wirkungsweise. Demgegenüber erfüllen rein kollektive Vereinbarungen eine Komplementärfunktion. Sie beziehen sich in weitem Sinn auf Verfahrensfragen. Sie können das Einigungsverfahren im besonderen betreffen<sup>727</sup>, die Durchführung des Tarifvertrags als solchen<sup>728</sup> oder einzelner Gestaltungsziele<sup>729</sup>. Mit staatlichen Regelungen für die *Arbeitsverhältnisse* ist also keine Kollision denkbar. Staatliche Verfahrensnormen fehlen in aller Regel<sup>730</sup>. Soweit es um die Beachtung der allgemeinen nichtarbeitsrechtlichen Rechtsordnung geht, wurde bereits oben für die Tarifautonomie eine Vorrangmöglichkeit verneint<sup>731</sup>. Es geht also allein um den *potentiellen* – soweit nicht durch den Beschluß des BAG vom 21.4.1971 konkretisierten – Konflikt mit staatlichen Verfahrensregeln.

Hier ergibt sich aus der engen Verbindung rein kollektiver Vereinbarungen mit dem gesamten drittbezogenen Teil des Tarifvertrags und aus der weitgehenden Unvertretbarkeit von Entscheidungen über das zu beachtende Verfahren die grundsätzliche Vorrangfähigkeit dieser schuldrechtlichen Absprachen. Art. 9, III GG umfaßt auch die Freiheit der *Koalitionsmittel*<sup>732</sup>. Der notwendigerweise relative Charakter darauf bezogener Absprachen steht deshalb einer Erstreckung des Vorrangprinzips nicht entgegen.

Im Konkreten entscheidet sich die Vorrangfrage nach den oben dargestellten allgemeinen Kriterien<sup>733</sup>. Für die vertragliche Regelung des *Arbeitskampfes* bleibt es somit bei der grundsätzlichen Tarifdispositivität der vom BAG aufgestellten Kampfregeln<sup>734</sup>.

## b) Drittbezogene Vereinbarungen

Drittbezogene schuldrechtliche Vereinbarungen haben sich vor allem an normativen Regelungen messen zu lassen. Daß aus der fehlenden normativen Wirkung

---

727 Verhandlungs- und Schlichtungsbestimmungen.

728 Vereinbarungen über einen Antrag auf AVE, Vertragsstrafen (Hueck-Nipperdey-Stahlhake, TVG, § 1, Anm. 94, 95).

729 Vereinbarungen über die Schaffung von gemeinsamen Einrichtungen (ohne Regelungen nach § 4, II TVG aufzustellen), vgl. Clausen, Diss., S. 6.

730 Von den Auswirkungen allgemeiner Rechtsgrundsätze abgesehen, vgl. oben III. 6.

731 Oben II. 2.

732 Vgl. oben b) bb) (1) (11) a. E.

733 Oben II.

734 Oben III. 6.

selbst nichts gefolgert werden kann, wurde bereits erwähnt. Der Vorrang von Tarifnormen ist nicht aus dem Zusammentreffen zweier materieller Gesetze zu begründen, sondern aus der Konkurrenz und Zuordnung zweier Zuständigkeitsbereiche. Zur tarifautonomen Zuständigkeit gehören aber auch drittbezogene schuldrechtliche Vereinbarungen <sup>735</sup>.

#### aa) Durchsetzbarkeit

Unterschiede zeigen sich in der Durchsetzbarkeit der Regelungen. Insoweit sind die Schutzfunktion, aber auch die Ordnungsfunktion der Tarifautonomie angesprochen. Die Tarifvertragsparteien sind nicht kraft Gesetzes, sondern nur aus der vertraglichen Bindung heraus zur Befolgung verpflichtet. Klagbarkeit der Pflichten besteht jedoch in einen wie im anderen Fall. Über § 328, I BGB kann sich sogar der einzelne Arbeitnehmer eines Anspruchs gegen den Arbeitgeber aus der schuldrechtlichen Abrede berümen. Zwar setzt die gerichtliche Erzwingung der Vereinbarung einen *Kläger* voraus. Nicht anders verhält es sich aber auch beim Bruch tarifvertraglicher Inhaltsnormen durch den Arbeitgeber.

Qualitativ besteht zwischen einer vertraglichen und einer gesetzlichen Bindung kaum ein Unterschied. Wer gebunden ist, für den ist der Grund seiner Bindung zweitrangig. Insofern ist der Gedanke einer „lex contractus“ zutreffend <sup>736</sup>. Die aus dem relativen Charakter des Vertrags folgenden Besonderheiten hinsichtlich seiner Auslegung, Nachprüfung und Bestandskraft gelten weitgehend nicht für privatrechtliche Normenverträge <sup>737</sup>. Es erscheint der allgemeine Grundsatz gerechtfertigt, daß derjenige, der generelle Regeln für Dritte aufstellt, sich nicht auf die Subjektivität seiner Erklärungen berufen kann. Seine Regeln sind keine Parteiinterna mehr und müssen sich den Anforderungen des Verkehrsschutzes beugen.

Voraussetzung ist jedoch stets eine unmittelbare vertragliche Bindung. Sie besteht *nicht* bei Verbandstarifen: Der einzelne Arbeitgeber wird aus der Vereinbarung seines Verbandes nicht unmittelbar verpflichtet <sup>738</sup>. Die Zwangsmaßnahmen der Gewerkschaft können sich nur gegen den Arbeitgeberverband richten und sind dem Inhalt nach darauf beschränkt, auf sein unfolgsames Mitglied *einzuwirken* <sup>739</sup>. Dem kann sich das Mitglied durch Austritt entziehen <sup>740</sup>. Im Fall der Auflösung des Arbeitgeberverbandes entfällt sogar jede Durchsetzungsmöglichkeit <sup>741</sup>. Für Tarifverträge mit Arbeitgeberverbänden stellen sich

---

735 Oben b).

736 Vgl. oben Fn. 208.

737 Oben b) cc) (1).

738 Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 328.

739 Nikisch, a. a. O., S. 327.

740 An die normativen Bestimmungen bleibt es hingegen gebunden, § 3, III TVG; vgl. Nikisch, a. a. O., S. 268 ff.

741 Vgl. oben b) cc) (1) (11).

schuldrechtliche drittbezogene Regelungen also als nicht vollwertiges Instrument zur Wahrung tarifautonomer Funktionen dar. Sie können deshalb die staatliche Schutzfunktion nicht verdrängen.

Dies gilt jedoch nicht für den unmittelbar vertraglich gebundenen Arbeitgeber. Er ist nicht freier, als wäre er normativ gebunden. Aus dem Gesichtspunkt der Durchsetzbarkeit ergeben sich deshalb insoweit keine Bedenken gegen eine Vorrangmöglichkeit<sup>742</sup>.

#### *bb) Richtigkeitsgewähr*

Die Gleichwertigkeit staatlicher und tarifautonomer Funktion resultiert letztlich aus der „Richtigkeitsgewähr“ des tarifvertraglichen Interessenausgleichs. Nicht zufällig wird deshalb gerade im kollektiven Arbeitsrecht dem Gedanken der Parität (oder Gleichwertigkeit) besondere Aufmerksamkeit geschenkt<sup>743</sup>. Mit der Gewährleistung der Tarifautonomie ist nicht den Koalitionen zuliebe ein Freiheitsraum geschaffen, sondern der dialektische Ausgleichsprozeß prinzipiell gleichstarker Gegner als vorrangiges Regelungsinstrument gegenüber dem Gesetz anerkannt worden. „Richtigkeitsgewähr“ bietet also das *Verfahren* der Rechtsfindung<sup>744</sup>. In diesem Stadium wirkt sich aber der Unterschied zwischen normativen und schuldrechtlichen Regelungen noch nicht aus. Dem *Inhalt* nach sind deshalb letztere gleichwertig und vorrangfähig.

Dies wird durch gesetzliche Vorschriften bestätigt, in denen nicht-tarifgebundenen Parteien des Einzelarbeitsverhältnisses gestattet wird, durch vertragliche Übernahme eines vorrangigen Tarifvertrags von einer für sie sonst zwingenden Gesetzesnorm abzuweichen<sup>745</sup>. Entsprechendes gilt für tarifdispositive richterliche Normen: Sie weichen einer tarifvertraglichen Regelung auch dann, wenn diese erst durch einzelvertragliche Bezugnahme Verbindlichkeit erlangt hat<sup>746</sup>. Hier ist die „Richtigkeitsgewähr“ des Tarifvertragssystems kombiniert mit einer Bindungswirkung, die der normativen gleichkommt (*lex contractus*). Damit liegen die Voraussetzungen des Vorrangs vor. Gleiches muß auch für schuldrechtliche Vereinbarungen der Tarifvertragsparteien selbst gelten, wenn der einzelne Arbeitgeber unmittelbar vertraglich gebunden ist. Während es aber bezüglich der Parteien des Einzelarbeitsverhältnisses dem Gesetzgeber freisteht, ihnen eine beschränkte Dispositionsbefugnis einzuräumen, ergibt sich die grundsätzliche Vor-

---

742 Anders Biedenkopf, Tarifautonomie, S. 193, 211, der nicht zwischen Verbands- und Fimentarifen unterscheidet.

743 Vgl. oben 2. Teil, E. II. 4. a).

744 Die materielle „Richtigkeit“ des *Ergebnisses* ist auch für den Staat nicht feststellbar. Darauf beruht seine Zurückhaltung und die „Vorverlagerung“ der Richtigkeit in das *Verfahren* der Regelaufstellung.

745 §§ 622, III, S. 2 BGB; 2, III, S. 2 LFG; 13, I, S. 2 BUrlG; vgl. schon oben Fn. 76 und 416.

746 Vgl. oben Fn. 416.

rangfähigkeit schuldrechtlicher Vereinbarungen im Tarifvertrag aus der Garantie der Tarifautonomie und der Freiheit der Koalitionsmittel. Im einzelnen gelten dann die gleichen Abgrenzungskriterien wie im normativen Teil des Tarifvertrags<sup>747</sup>.

#### 4. Zusammenfassung

Die Funktionsmittel der Tarifautonomie sind gesetzlich nicht festgelegt. Schutz- und Ordnungsfunktion der Tarifautonomie werden grundsätzlich auch durch schuldrechtliche Vereinbarungen im Tarifvertrag wahrgenommen. Auch mit schuldrechtlichen Vereinbarungen üben die Tarifvertragsparteien deshalb Tarifautonomie und nicht Privatautonomie aus.

Drittbezogene schuldrechtliche Vereinbarungen unterscheiden sich von den Normen des Tarifvertrags nur durch die fehlende Gesetzesgleiche Wirkung. Sie sind privatrechtliche Normenverträge. Ihre Zugehörigkeit zur Tarifautonomie führt zur Gleichstellung mit den Normen des Tarifvertrags, soweit nicht Besonderheiten der normativen Wirkung entgegenstehen. Das gilt vor allem für die Frage der Teilnichtigkeit, Auslegung und Revisibilität.

Schuldrechtliche Vereinbarungen nehmen grundsätzlich am Vorrangprinzip des Tarifvertrages teil. Sie stehen den Normen des Tarifvertrags nicht in der Qualität des Interessenausgleichs, sondern allenfalls in der Durchsetzbarkeit nach. Soweit durch unmittelbare vertragliche Verpflichtung des Arbeitgebers ihre Durchsetzbarkeit gesichert ist, sind sie deshalb nach den gleichen Grundsätzen wie Tarifvertrags-Normen vorrangfähig. Drittbezogene Vereinbarungen in Verbandstarifen hingegen können die Funktionen der Tarifautonomie nicht erfüllen, auf sie ist das Vorrangprinzip des Tarifvertrags nicht anwendbar.

---

747 Oben I. – III.



## LITERATURVERZEICHNIS

- Adomeit, Klaus  
Arndt, Adolf Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, München 1969.  
Thesen zu Art. 9, III GG, in: Recht und Rechtsleben in der sozialen Demokratie, Festschrift für Otto Kunze, Berlin 1969, S. 269 ff.
- Biedenkopf, Kurt Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung, Heidelberg 1958.  
Grenzen der Tarifautonomie, Karlsruhe 1964.  
Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht, in: Festschrift für Böhm, Karlsruhe 1965, S. 113 ff.  
Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien; Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, München u. a. 1966, Bd. 1, Teil 1, S. 97 ff.  
Diskussion zum 46. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, München u. a. 1967, Bd. 2 (Sitzungsberichte), S. D 67 ff.  
Anmerkung zu BAG, Urt. v. 31. 3. 1966, AP Nr. 54 zu § 611 BGB (Gratifikation).
- Blomeyer, Arwed Zivilprozeßrecht, Berlin u. a. 1963.  
Boehmer, Gustav Einführung in das Bürgerliche Recht, Tübingen 1954.  
Bötticher, Eduard Tarifliche Zuschläge für Gewerkschaftsangehörige, BB 65, 1077 ff.  
Die Gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, Heidelberg 1966.  
Tarifvertragliche Vereinbarungen im Dienste der organisationspolitischen Zwecke einer Tarifvertragspartei, RdA 66, 401 ff.  
Anmerkung zu BAG, Urt. v. 23. 2. 1967, SAE 67, 263 f.
- Brox, Hans Grundbegriffe des Arbeitsrechts, Stuttgart u. a. 1967.  
Buchner, Herbert Die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Jahre 1971, ZfA 72, 345 ff.  
Anmerkung zu BAG, Urt. v. 12. 11. 1971, Arb.-Blattei, Tarifvertrag VI, Entsch. 17.  
Anmerkung zu BAG, Urt. v. 26. 10. 1971, SAE 73, 42 ff.
- Bulla, Gustav-Adolf Soziale Selbstverwaltung der Sozialpartner als Rechtsprinzip, in: Festschrift für Nipperdey, München und Berlin 1965, Bd. 2, S. 79 ff.
- Von Caemmerer, Ernst Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Bundesgerichtshof, JZ 53, 97 ff.
- Canaris, Claus-Wilhelm Anmerkung zu BAG, Urt. v. 9. 12. 1969, AP Nr. 68 zu § 611 BGB (Gratifikation).  
Anmerkung zu BAG, Urt. v. 13. 9. 1969, SAE 71, 111 ff.  
Der schuldrechtliche Teil des Tarifvertrags, Diss. Regensburg 1971.
- Clausen, Uwe Grundzüge der Rechtsphilosophie, 2. Aufl., Berlin 1969.  
Coing, Helmut In: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl., Berlin 1957, Bd. Allgemeiner Teil, §§ 1 ff.  
Gesetzgeber und Arbeitskampf, AuR 73, 39 ff.  
Die Natur der Sache als außergesetzliche Rechtsquelle verfolgt an der Rechtsprechung zur Saldotheorie, Tübingen 1968.
- Däubler, Wolfgang  
Diesselhorst, Malte Diskussion zum 46. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentags, München und Berlin 1967, Bd. 2 (Sitzungsberichte), S. D 50.
- Dietz, Rolf

- Dölle, Hans Internationales Privatrecht, Karlsruhe 1968.  
Die 7. Haager Konferenz, RabelsZ Bd 16 (1952), S. 161 ff.  
Die Rechtswahl im Internationalen Erbrecht, RabelsZ Bd. 30 (1966), S. 205 ff.
- Esser, Josef Schuldrecht, 3. Aufl., Bd. 1, Allgemeiner Teil, Karlsruhe 1968.  
Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2. Aufl., Tübingen 1964.
- Even, Christian Willi Bleichers letzter Kampf, in: Die Zeit vom 12. 11. 1971 (Nr. 46), S. 25.
- Fikentscher, Wolfgang Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, München und Berlin 1958.  
Vertrag und wirtschaftliche Macht, in: Festschrift für Hefermehl, Heidelberg 1971, S. 41 ff.
- Flume, Werner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd.: Das Rechtsgeschäft, Berlin u. a. 1965.  
Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Karlsruhe 1960, Bd. 1, S. 135 ff.
- Galperin, Hans Sozialadäquanz und Arbeitskampfordnung, in: Festschrift für Nipperdey, München und Berlin 1965, Bd. 2, S. 197 ff.  
Diskussion zum 46. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, München und Berlin 1967, Bd. 2 (Sitzungsberichte), S. D 57 f.
- Gamillscheg, Franz Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit; Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht, Bd. 1, Berlin 1966.  
Nochmals: Zur Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, BB 67, 45 ff.  
Anmerkung zu BAG, Urt. v. 12. 10. 1967, AP Nr. 63 zu § 611 BGB (Gratifikation).  
Zur Gratifikation mit Rückzahlungsvorbehalt, RdA 68, 407 ff.  
Rechtswahl, Schwerpunkt und mutmaßlicher Parteiwille im internationalen Vertragsrecht, AcP Bd. 157, S. 303 ff.  
Ein neues Arbeitskampfrecht?, AuR 72, 97 ff.
- Van Gelder, Alfons Diskussion zum 46. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, München und Berlin 1967, Bd. 2, S. D 142 ff.
- Gester, Heinz und Kittner, Michael Personalratsamt und Koalitionsfreiheit, RdA 71, 161 ff.
- Gitter, Wolfgang Die Unzumutbarkeit als Grenze der Tarifmacht, AuR 70, 129 ff.
- Großmann-Doerth, Hans Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht, Freiburg 1933.
- Grunsky, Wolfgang AGB und Wettbewerbswirtschaft, BB 71, 1113 ff.
- Häberle, Peter Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 9, Abs. 2 Grundgesetz, 2. Aufl., Karlsruhe 1972.  
Öffentliches Interesse als juristisches Problem, Bad Homburg v. d. H. 1970.  
Berufs-„ständische“ Satzungsautonomie und staatliche Gesetzgebung, DVBl 72, 909 ff.
- Hanau, Peter Buchbesprechung von Säcker, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, in: NJW 71, 1402.
- Hefermehl, Wolfgang In: Soergel-Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl., Bd. 1, Allgemeiner Teil, Stuttgart u. a. 1967, § 138.
- Helm, Georg Private Norm und staatliches Recht beim Massenvertrag, JuS 65, 121 ff.

- Herschel, Wilhelm      Arbeitsrecht, Düsseldorf und Stuttgart 1968.  
Referat zum 46. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, München und Berlin 1967, Bd. 2 (Sitzungsberichte), S. D 7 ff.  
Vom Arbeiterschutz zum Arbeitsrecht, in: Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Karlsruhe 1960, Bd. 1, S. 305 ff.  
Tarifdispositives Recht, DB 71, 2114 ff.  
Gedanken zu Richterrecht und Tarifautonomie, AuR 72, 129 ff.  
Tarifdispositives Richterrecht, DB 73, 919 ff.
- Hesse, Konrad      Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl., Karlsruhe 1972.
- Hessel, Philipp      Die rechtliche Zulässigkeit von Tarifausschlußklauseln, DB 60, 208 ff.
- Hilger, Marie-Luise      Überlegungen zum Richterrecht, in: Festschrift für Larenz, München 1973, S. 109 ff.
- Von Hippel, Fritz      Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, Tübingen 1936.  
Zum Aufbau und Sinnwandel unseres Privatrechts, Reihe „Recht und Staat“, Bd. 195/196, Tübingen 1957.
- Hölters, Wolfgang      Harmonie normativer und schuldrechtlicher Abreden in Tarifverträgen, Berlin 1973.
- Huber, Hans      Staat und Verbände, Tübingen 1958.
- Huber, Ernst Rudolf      Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Bd., 2. Aufl., Tübingen 1954.
- Huber, Ulrich      Typenzwang, Vertragsfreiheit und Gesetzesumgehung, JurA 70, 784 ff. (RuM 22).
- Hubmann, Heinrich      Gewerblicher Rechtsschutz, 2. Aufl., München 1969.
- Hueck, Alfred      Normenverträge, Iherings Jahrbücher, Bd. 73 (1923), S. 33 ff.  
Die Frage der tarifrechtlichen Zulässigkeit von Solidaritätsbeiträgen nach geltendem deutschen Recht, RdA 61, 141 ff.  
Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, Berlin 1968.
- Isensee, Josef      Die Repräsentation organisierter Interessen, Berlin 1956.
- Kaiser, Josef H.      Die Parität der Sozialpartner, Karlsruhe 1973.
- Kegel, Gerhard      Internationales Privatrecht, 3. Aufl., München 1971.
- Kellner, Hugo      Einiges zum behördlichen Ermessen, DÖV 69, 309 ff.
- Klein, Hans H.      Die Grundrechte im demokratischen Staat, Stuttgart u. a. 1972.
- Köttgen, Arnold      Innerstaatliche Gliederung und moderne Gesellschaftsordnung, in: Göttinger Festschrift für das OLG Celle, Göttingen 1961, S. 79 ff.
- Konzen, Horst      Die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Jahre 1970, ZfA 72, 131 ff.  
Buchbesprechung von Teichmann, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, AcP 172, 92 ff.
- Küchenhoff, Günther      Einwirkungen des Verfassungsrechts auf das Arbeitsrecht, in: Festschrift für Nipperdey, München und Berlin 1965, Bd. 2, S. 317 ff.  
Einwirkung des Verfassungsrechts auf das Arbeitsrecht, RdA 69, 97 ff.
- Kunze, Otto      Das Verhältnis des dispositiven Gesetzesrechts zum Tarifvertrag, in: Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Bd. 1, Berlin 1964, S. 119 ff.
- Krüger, Herbert      Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, Gutachten zum 46. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, München und Berlin 1966, Bd. 1, Teil 1, S. 10 ff.
- Larenz, Karl      Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, München 1967.  
Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin u. a. 1969.  
Grundsätzliches zu § 138 BGB, Juristen-Jahrbuch, Bd. 7, Köln 1966/67, S. 98 ff.

- aufke, Franz  
Vertragsfreiheit und Grundgesetz, in: Festschrift für Lehmann, Bd. 1, Tübingen u. a. 1956, S. 145 ff.
- eeenen, Detlef  
Typus und Rechtsfindung, Schriften zur Rechtstheorie, Heft 26, Berlin 1971.
- erche, Peter  
Übermaß und Verfassungsrecht, Köln u. a. 1961.  
Verfassungrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes, Bad Homburg v. d. H. u. a. 1968.
- epke, Achim  
Der Verzicht des Arbeitnehmers auf den Lohnfortzahlungsanspruch im Krankheitsfall, BB 71, 1509 ff.
- ieb, Manfred  
Kritische Gedanken zum tarifdispositiven Richterrecht, RdA 72, 129 ff.  
Anmerkung zu Bundesverfassungsgericht, Beschluß vom 26. 5. 1970, SAE 72, 19 ff.  
Richterliche Inhaltskontrolle und Rechtsfortbildung, DB 73, 69 ff.
- ieb, Manfred und  
Westhoff, Stefan  
Wegfall einer Tarifpartei, AuR 72, 289 ff.
- obscheid, Wolfgang  
Der Deliktsschutz relativer Rechte, Hamburger Rechtsstudien, Heft 63, Berlin 1970.  
Die Ausrichtung der tariflichen Lohnfestsetzung am gesamtwirtschaftlichen Gleichgewicht, RdA 69, 129 ff.  
Anmerkung zu BAG, Beschluß vom 21. 4. 1971, Arbeitsrechtsblattei D, Arbeitskampf I, Entsch. 3.  
Das Übermaßverbot im Arbeitskampfrecht, ZfA 71, 319 ff.  
Beamtenrecht – Eigenständiges Recht oder Teil des Arbeitsrechts?, in: Der öffentliche Dienst am Scheideweg, Bonn-Bad Godesberg 1972, S. 49 ff.
- owisch, Manfred  
Tarifliche Kündigungsfrist bei Arbeitern, BB 69, 1270 f.  
Der Kartellvertrag, Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Köln, Bd. 9, München und Berlin 1959.
- Lohmann, Friedrich  
Internationales Privatrecht (Schuldrecht) in Europa, NJW 62, 323 ff.
- Lukes, Rudolf  
Grundriß des internationalen Privatrechts, Frankfurt 1970.  
Öffentlich als Rechtsbegriff, Bad Homburg v. d. H. 1969.  
Das Verhältnis zwischen Kartellrecht und kollektivem Arbeitsrecht, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 88, Basel und Stuttgart 1969.
- Mayer, Hans Jakob  
Umstrittene Weitergeltung tariflich verkürzter Kündigungsfristen für Arbeiter, BB 71, 707 ff.
- Makarov, Alexander  
Tarifvertragsgesetz, 2. Aufl., Göttingen 1956.
- Martens, Wolfgang  
Gemeinsame Einrichtungen im Spannungsfeld von Tarifmacht und Organisationspolitik, BB 65, 829 ff.  
Leistungsdifferenz und Tarifmachtbegrenzung, BB 66, 1069 ff.
- Mathys, Herbert  
Diskussion zum 46. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentags, München und Berlin 1967, Bd. 2 (Sitzungsberichte), S. D 56 ff.  
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Frankfurt 1966.  
Anmerkung zu BGH, Urteil vom 26. 4. 1972, NJW 72, 1799.
- Maurer, K.  
Die Rechtsnormen, Tübingen 1971.
- Maus, Wilhelm  
Wettbewerbsordnung und Kartellrecht, WuW 54, 493 ff.
- Mayer-Maly, Theo  
Höchstgrenzen von Tarifnormen, BB 57, 85 ff.  
Erstes Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz, BB 69, 1042 ff.  
Die Positivität der Grundrechte, Berlin 1969.  
Aktuelle Fragen des Arbeitskampfrechts, RdA 71, 321 ff.  
Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 1970.
- Mayer-Wegelin, Heinz  
Merten, Detlef  
Meyer-Cording, Ulrich  
Möhring, Philipp  
Molitor, Erich  
Monjau, Herbert  
Müller, Friedrich  
Müller, Gerhard  
Müller, Heinz –  
Gries, Gerhard –  
Giessler, Peter

- Muhr, Gerd                   Arbeitskampf, Verwirklichung des Sozialstaatsauftrags und Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit; zu § 116 AFG (zugleich eine Entgegnung an Löwisch), RdA 73, 9 ff.
- Neuhaus, Paul Heinrich    Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts, Berlin und Tübingen 1962.
- Nikisch, Arthur            Arbeitsrecht, 2. Bd., 2. Aufl., Tübingen 1959.  
Die Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten, in: Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Karlsruhe 1960, Bd. 1, S. 317 ff.
- Nipperdey, Hans Carl     In: Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6. Aufl., Berlin und Frankfurt 1957, 2. Bd.; 7. Aufl., Berlin und Frankfurt 1967, 2. Bd.: Kollektives Arbeitsrecht, 1. Halbband.  
In: Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., Tübingen 1959.  
Diskussion zum 46. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, München und Berlin 1967, Bd. 2 (Sitzungsberichte), S. D 39 ff.  
Die Würde des Menschen, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, 2. Aufl., Berlin 1968, Bd. 2, S. 1 ff.
- Ossenbühl, Fritz         Tendenzen und Gefahren der neueren Ermessenslehre, DÖV 68, 618 ff.
- Platzmann, Norbert       Bündnisverträge gegen den Wettbewerb, JZ 64, 670 ff.
- Preis, Bernd               Tarifdispositives Richterrecht, ZfA 72, 271 ff.
- Raape, Leo                 Die Rückverweisung im internationalen Schuldrecht, NJW 59, 1013 ff.
- Radbruch, Gustav –  
Zweigert, Konrad  
Radke, Olaf                Einführung in die Rechtswissenschaft, 11. Aufl., Stuttgart 1964.  
Diskussion zum 46. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, München und Berlin 1967, Bd. 2 (Sitzungsberichte), S. D 51 ff.
- Raiser, Ludwig            Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bad Homburg v. d. H. 1935 (Nachdruck 1961).  
Vertragsfreiheit heute, JZ 58, 1 ff.  
Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Karlsruhe 1960, Bd. 1, S. 101 ff.  
Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: Summum ius, summa iniuria, Ringvorlesung der Tübinger Juristenfakultät, Tübingen 1963, S. 145 ff.
- Ramm, Thilo               Koalitionsbegriff und Tariffähigkeit, JuS 66, 223 ff.  
Arbeitsgesetzbuch und politische Entscheidung, ZRP 72, 13 ff.
- Rehbinder, Manfred      Die Rechtsnatur des Tarifvertrages, JR 68, 167 ff.
- Reinicke, Dietrich       Die zweckentfremdete Aufrechnung, NJW 72, 793 ff.
- Reuß, Wilhelm            Die Stellung der Koalitionen in der geltenden Rechtsordnung, in: Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Bd. 1, Berlin 1964, S. 144 ff.  
Der Streit um die Differenzierungsklauseln, AuR 70, 33 ff.  
Das neue Arbeitskampfrecht, AuR 71, 353 ff.  
Tarifautonomie und Richterrecht, AuR 72, 136 ff.
- Richardi, Reinhard       Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, Münchner Universitätsschriften, Reihe der Juristischen Fakultät Band 6, München 1968.  
Anmerkung zu BAG, Urteil vom 4. 12. 1969, AP Nr. 32 zu § 620 BGB (Befristeter Arbeitsvertrag).  
Streitfragen aus dem Ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz, ZfA 71, 73 ff.

- Buchbesprechung von Adomeit, Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, AcP 171, 179 ff.  
 Der Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 21. April 1971, RdA 71, 334 ff.  
 Kommentar zum Beschluß des Bundesarbeitsgerichts vom 21. 4. 1971, ZAS 71, 222 ff.  
 Anmerkung zu BAG, Beschluß vom 21. 4. 1971, SAE 72, 10 ff.  
 Anmerkung zu BAG, Beschluß vom 29. 11. 1967, JZ 69, 111 ff.  
 Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen, Bad Homburg u. a. 1970.  
 Das Arbeitsrecht im Wandel der Industriegesellschaft, in: Rüthers/Tomandl, Aktuelle Fragen des Arbeitsrechts, Paderborn 1972, S. 7 ff.  
 Arbeitgeber und Gewerkschaften – Gleichgewicht oder Dominanz – DB 73, 1649 ff.
- Ritter, Ernst-Hasso  
 Rüthers, Bernd
- Rupp, Hans Heinrich  
 Säcker, Franz-Jürgen
- Scheffler, Gerhard  
 Schelp, Günther
- Scheuner, Ulrich
- Schlosser, Peter  
 Schmidt, Reiner
- Schmidt-Rimpler,  
 Walter  
 Schmidt-Salzer
- Schnorr, Gerhard
- Scholz, Rupert
- Schröder, Meinhard
- Sieg, Karl
- Begriffsjurisprudenz und Rechtsstaat, NJW 72, 1796.  
 Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, Schriftenreihe Der Betrieb, Düsseldorf 1969.  
 Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht, Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht, Bd. 8, Berlin 1972.  
 Buchbesprechung von Bötticher, Die Gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, BB 66, 1031 f.  
 Anmerkung zum Beschluß des Großen Senats des BAG vom 21. 4. 1971, Gewerkschaftliche Monatshefte 72, 287 ff.  
 Zum öffentlichen Status der Gewerkschaften, NJW 65, 849 ff.  
 Gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, in: Festschrift für Nipperdey, München und Berlin 1965, Bd. 2, S. 579 ff.  
 Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte zu der Fortbildung des Arbeitskämpfrechts im Beschluß des Großen Senats vom 21. 4. 1971, RdA 71, 327 ff.  
 Vereins- und Verbandsgerichtsbarkeit, München 1972.  
 Der soziale Auftrag des Grundgesetzes, in: Rechtsstaat – Sozialstaat (Hrsg. W. Weyer), Stuttgart u. a. 1972.  
 Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147, 130 ff.  
 Das Recht der allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, Berlin 1967.  
 Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden, Berlin 1968.  
 Buchbesprechung von Meyer-Cording, Die Rechtsnormen, NJW 72, 1169 f.  
 Die für das Arbeitsrecht spezifischen Rechtsquellen, Schriftenreihe „Rechtswissenschaft und Sozialpolitik“, 5. Band, Wien 1969.  
 Die Tarifgeltung als Problem der europäischen Integration, in: Festschrift für Nipperdey, München und Berlin 1965, 2. Bd., S. 897 ff.  
 Inhalt und Grenzen der Tarifautonomie, JR 66, 327 ff.  
 Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, Münchener Universitätschriften, Reihe der Juristischen Fakultät, Bd. 18, München 1971.  
 Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit, Materialien zum Öffentlichen Recht, Bd. 3, Stuttgart u. a. 1972.  
 Arbeitsverfassung und Richterrecht, DB 72, 1771 ff.  
 Der praktische Fall: Die ungleiche Wertensubvention, JuS 69, 25 ff.  
 Der Tarifvertrag im Blickpunkt der Dogmatik des Zivilrechts, AcP 151, 246 ff.

- Simitis, Konstantin Gute Sitten und ordre public, Marburger rechts- und staatswissenschaftliche Abhandlungen, Reihe A, Bd. 4, Marburg 1960.
- Sonnenberger, Hans-Jürgen Die Bedeutung des Grundgesetzes für das deutsche Internationale Privatrecht, Dissertation München 1962.
- Stahlhacke, Eugen In: Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl., München und Berlin 1964.
- Thiele, Wolfgang Zur gerichtlichen Überprüfung von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen, in: Festschrift für Larenz, München 1973, S. 1043 ff.
- Tomandl, Theodor Die Ambivalenz des kollektiven Arbeitsrechts, in: Rüthers/Tomandl, Aktuelle Fragen des Arbeitsrechts, Paderborn 1972, S. 23 ff.
- Ule, Carl Hermann Verwaltungsgerichtsbarkeit, Köln u. a. 1962, Bd. 1, 2. Halbband.
- Umbricht, Robert Die immanenten Schranken der Rechtswahl im internationalen Schuldvertragsrecht, Dissertation Zürich 1963.
- Wagenitz, Thomas Die personellen Grenzen der Tarifmacht, Frankfurt 1972.
- Weber, Hermann Staatsrechtslehrertagung 1971 in Regensburg, NJW 72, 1037 ff.
- Weber, Werner Die Sozialpartner in der Verfassungsordnung, in: Göttinger Festschrift für das OLG Celle, Göttingen 1961, S. 239 ff.
- Die Bundesrepublik und ihre Verfassung an der Schwelle des dritten Jahrzehnts, DVBl 69, 413 ff.
- Weitbrecht, Hansjörg Effektivität und Legitimität der Tarifautonomie, Berlin 1969.
- Welzel, Hans Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl., Göttingen 1962.
- Westermann, Harm Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, Heidelberg und New York 1970.
- Peter Das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen, in: Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Bd. 2, Karlsruhe 1960, S. 1 ff.
- Wieacker, Franz Anmerkung zu BAG, Beschluß vom 29. 11. 1967, SAE 69, 265 ff.
- Wiedemann, Herbert Anmerkung I zu BAG vom 4. 2. 1971, AP Nr. 35 zu § 620 BGB (Befristeter Arbeitsvertrag).
- Wiese, Günther Der Ersatz des immateriellen Schadens, Tübingen 1964.
- Wolf, Heinz Wettbewerbsregeln, Schriftenreihe Der Betrieb, Düsseldorf 1972.
- Wolf, Manfred Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, Tübingen 1970.
- Tarifautonomie, Kampfparität und gerechte Tarifgestaltung, ZfA 71, 151 ff.
- Wolff, Hans Julius Verwaltungsrecht, Bd. I, 7. Aufl., München 1968, 8. Aufl., München 1971.
- Wolff, Martin Das Internationale Privatrecht Deutschlands, 3. Aufl., Heidelberg 1954.
- Wollny, Paul Die Sozialstaatsklausel in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, AuR 73, 333 ff.
- Zöllner, Wolfgang Die Sperrwirkung des § 59 Betriebsverfassungsgesetz, in: Festschrift für Nipperdey, München und Berlin 1965, Bd. 2, S. 699 ff.

# SACHWORTVERZEICHNIS

## **Abdingbares Recht**

(s. „Dispositives Recht“)

Allgemeine Arbeitsbedingungen 20

Arbeitskampf 66 ff., 71, 80, 106 ff., 121, 126

Arbeitsverhältnis 25, 82 f., 126

– befristetes 76

– Fernwirkung 25

Auflösung einer Tarifvertragspartei 122

Außenseiterklauseln 124 f.

## **Besitzordnung** 35

Beurteilungsspielraum 101 ff., 107

Bindung, gesetzgebergleiche 48 f., 60, 71

**Delegationstheorie** 65 f., 70, 117

Differenzierungsklauseln 20, 112

Dispositives Recht 17 ff., 75 ff

Drittschutz 27 ff.

Drittverantwortlichkeit 43 f., 62 ff., 117 ff.

**Ehe, Wesen der** – 33 f.

Erforderlichkeit, Grundsatz der – 68, 85

Ermessensspielraum 101 ff., 107

## **Friedensfunktion** 120

**Gemeinschaftsschutz** 26 f., 30 f., 66 ff., 84 f.

Gemeinwohl 48, 63 ff., 66 ff., 87

Gesetzgebung 14 ff.

Gleichgewichtigkeit 67, 77 ff., 107, 128

Gleichgewichtigkeit tarifvertraglicher Vereinbarungen 125 ff.

Gratifikationen 76

Grundgesetz 80 f.

Grundrechte 80 ff., 96

**Immaterieller Schaden** 28 f.

Individualvertrag 16 f.

Institution

– Begriff 33

– Tarifvertrag als – 74, 86

– Zweck 35

Institutionenlehre 31 ff.

Integrationsfunktion 120

Internationales Privatrecht 39 ff.

**Kernbereich der Tarifautonomie** 85 ff., 89 f., 107

Konfliktsituation 24

Konkretisierungszuständigkeit 101 ff.

Kündigungsfristen 91, 93, 94

**Legitimation** 43 ff., 81

lex specialis 48 ff., 52

Lohnfortzahlungsgesetz 24 f.

**Mindestschutz** 84, 95

**Normative Kraft** 43

– des Faktischen 33 f., 38, 49

Normen, private 16 f.

– Begriff 41 f.

Normenkonkurrenz 16 f., 41 ff., 44 ff.

**Öffentliche Funktion** 59 ff.

Öffentliche Ordnung 21 f., 41

Ordnungsprinzip 119 f., 124, 127

ordre public

(s. „Öffentliche Ordnung“)

**Parteiautonomie** 40 f.

Parteischutz 23 ff.

Privatautonomie 13 ff.

Private Normen

(s. „Normen“)

**Rechtswahl** 39 ff.

Rechtsinstitut 31 ff.

Regeln, private 15 f., 41 f.

Regelungsmuster 26

Regelungspflicht 71 f., 73, 82

Repräsentationsfunktion 120

Richterrecht 76, 94, 98 ff.

**Sachverständigenrat** 88

Sanktionsnormen 19 ff.

Schlichtungsordnungen 106 ff.

Schuldrechtlicher Teil des TV 11, 58, 110 ff.

– Inhalt 110 ff.

– und Tarifautonomie 113 ff.

Schutzprinzip 118 ff., 127

Sittenwidrigkeit 20 ff.



Sozialstaatsprinzip 71, 84, 90 f.  
Subsidiaritätsprinzip 45 ff., 90

### **Tarifautonomie**

- Begriff 55 ff., 64 f., 69 ff.
- Herleitung 58
- als Institution 74, 78, 86
- und schuldrechtlicher Teil des TV 113 ff.
- Verhältnis zur Privatautonomie 69 ff.

### **Tarifdispositives Recht 75 ff.**

- Musterfunktion 78, 94 ff.
- Richterrecht 104, 106, 128

### **Tarifvertrag**

- als Gesetz 61
- grenzüberschreitender 112

### **Teildispositivität 75, 91 ff., 104 f.**

### **Teilnichtigkeit 122 f.**

### **Testamentsvollstrecker 27 f.**

### **Typenlehre 36 f.**

### **Unzumutbarkeit 20**

### **Verbandstarife 127 f.**

### **Verbotsgesetze 19 f.**

### **Verhältnismäßigkeit, Grundgesetz der – 67 ff., 76, 85, 106 ff.**

### **Verkehrsschutz 26 ff.**

### **Verzicht auf tarifliche Rechte 25**

### **Wettbewerbsrecht 29, 43**

### **Wettbewerbsregeln 43, 51 f.**

### **Wettbewerbsverbote 91, 93, 98, 104 ff.**

### **Zulassungsnormen 75 f., 92, 104**

### **Zuordnung, gegenseitige 30 f., 55 ff., 79, 84 ff., 96 f., 125**

### **Zuständigkeitsverteilung**

- Staat und Privatautonomie 41 ff., 45 ff.

- Staat und Tarifautonomie 58 ff., 73 f., 82, 83 ff., 96 f., 100, 125, 127

### **Zwingendes Recht 19, 39 ff.**

## **Abhandlungen zum Arbeits- und Wirtschaftsrecht**

Herausgeber: Prof. Dr. E. Böttcher, Prof. Dr. W. Hefermehl, Prof. Dr. M. Löwisch, Prof. Dr. R. Serick und Prof. Dr. P. Ulmer

- Band 19 **Die Haftung des Warenherstellers im amerikanischen Recht und der Uniform Commercial Code**  
Von Friedrich Graf von Westphalen. 1969, 158 Seiten, DM 25,—. ISBN 3-8005-6165-4
- Band 20 **Fürsorgetheorie und Entgelttheorie im Recht der Arbeitsbedingungen**  
Von Dr. Peter Schwerdtner. 1970, 252 Seiten, kart. DM 32,—. ISBN 3-8005-6166-2
- Band 21 **Die Schadensersatzansprüche des Käufers, Mieters und Werkbestellers aus Sachmängeln**  
Von Günther Todt. 1970, 231 Seiten, kart. DM 29,—. ISBN 3-8005-6144-1
- Band 22 **Die Verfallbarkeit von betrieblichen Ruhegeldanwartschaften**  
Von Hans Herbert von Arnim. 1970, 186 Seiten, kart. DM 27,50. ISBN 3-8005-6167-0
- Band 23 **Systemfragen im europäischen Kartellrecht**  
**Zur Behandlung der vertikalen und individuellen Verträge im Recht der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft**  
Von Dr. Karl Walz. 1972, 216 Seiten, kart. DM 48,—. ISBN 3-8005-6168-9
- Band 24 **Das Groupement d'Intérêt Economique in rechtsvergleichender Sicht**  
Von Dr. Gottfried Volkmann. 1973, 134 Seiten, kart. DM 29,—. ISBN 3-8005-6171-9
- Band 25 **Gruppenparität und Staatsneutralität als verfassungsrechtliche Grundprinzipien des Arbeitskampfrechts**  
Von Prof. Dr. Franz Jürgen Säcker. 141 Seiten, kart. DM 32,—. ISBN 3-8005-6341-X
- Band 26 **Der Tendenzschutz**  
**Im Betriebsverfassungsgesetz 1972**  
Von Dr. Erich Frey, Stuttgart. 1974, 92 Seiten, DM 28,—. ISBN 3-8005-6316-9

**Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft, 69 Heidelberg**

## **Schriften des Betriebs-Beraters**

- Heft 10 **Der Anstellungsvertrag mit leitenden Angestellten**  
Von Dr. F. Grüll, 9. Auflage 1974, DM 12,—
- Heft 14 **Grundstücke und Gebäude in der Bilanz**  
Von W. Schindele, 4. Auflage 1974, 208 Seiten, kart. DM 39,—
- Heft 21 **Der Prokurist**  
Von Dr. H. Meeske, neu bearb. von Dr. K. Hofmann, 3. Auflage 1972, 208 Seiten, kart. DM 30,—
- Heft 27 **Das Arbeitszeugnis**  
Von Dr. K. Schlessmann, 4. Aufl. 1973, 94 Seiten, kart. DM 14,50
- Heft 30 **Arbeitszeitrecht**  
Von Dr. W. Fauth, 1963, 160 Seiten, kart. DM 13,80
- Heft 31 **Die Firmengründung**  
Von Dr. H. H. Wessel, 2. Auflage 1971, 198 Seiten, kart. DM 27,—
- Heft 32 **Die Geschäftsführung des Betriebsrates**  
Von Dr. M. Hässler, 3. Auflage 1973, 85 Seiten, kart. DM 11,—
- Heft 35 **Betriebsratswahlen**  
Von Dr. H. G. Hess und R. Marienhagen, 7. Auflage 1972, 80 Seiten, kart. DM 11,—
- Heft 36 **Die Betriebsversammlung**  
Von Dr. A. Vogt, 2. Auflage 1972, 111 Seiten, kart. DM 17,50
- Heft 37 **Anpassung betrieblicher Ruhegelder**  
Von Dr. G. Höhne und Dr. G. Heubeck, 2. Auflage 1974, ca. 100 Seiten, kart. ca. DM 19,— (i. Vorber.)
- Heft 38 **Der Handelsvertreter-Vertrag**  
Von Dr. H. H. Eberstein, 4. Aufl. 1971, 156 Seiten, kart. DM 18,50
- Heft 39 **Die Mitwirkung und Mitbestimmung des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten**  
Von Dr. P. Meisel, 4. Auflage 1974, 272 Seiten, kart. DM 34,—
- Heft 40 **Die Zwischenfinanzierung von Bausparverträgen**  
Von Dr. H. Laux, 4. Auflage 1973, 107 Seiten, kart. DM 20,—
- Heft 44 **Das Betriebsverfassungsgesetz 1972**  
Von Prof. Dr. H. Galperin, 1972, 162 Seiten, kart. DM 18,—
- Heft 45 **Verträge mit ausländischen Handelsvertretern**  
Von Dr. H. Stumpf, 4. Aufl. 1973, 181 Seiten, kart. DM 32,—
- Heft 46 **Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten**  
Von Dr. K. Rumpff, 1972, 232 Seiten, kart. DM 25,—
- Heft 47 **Die Betriebsaufspaltung nach Handels- und Steuerrecht**  
Von Dr. G. Brandmüller, 1973, 131 Seiten, kart. DM 25,—
- Heft 48 **Steuern im Konkurs**  
Von Reg.-Rat G. Frotscher, 1974, 152 Seiten, kart. DM 28,—
- Heft 49 **Reisekosten von Arbeitnehmern im Lohnsteuerrecht**  
Von B. Bals, ca. 120 Seiten, kart. ca. DM 18,— (i. Vorber.).
- Heft 50 **Die zweckmäßige Ausgestaltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen**  
Von Dr. H.-H. Eberstein, 1974, 120 Seiten, kart. DM 23,—

**Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft, 69 Heidelberg**