

Tarifzensur

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von
Volker Rieble, Abbo Junker und Richard Giesen

Band 32

Stephan Vielmeier

Tarifzensur



ZAAR-Verlag München 2013

Bibliografische Information der Deutschen
Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publi-
kation in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2013 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Destouchesstraße 68 | 80796 München
www.zaar.uni-muenchen.de | info@kaar.uni-muenchen.de

Druck: AZ Druck und Datentechnik GmbH
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in Germany

ISSN 1863-0847
ISBN 978-3-939671-26-8

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommersemester 2013 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Sie befindet sich auf dem Stand von März 2013.

Meinem Doktorvater Professor Dr. *Volker Rieble* danke ich nicht nur für die hervorragende Betreuung dieser Dissertation sondern auch für die lehrreichen sechs Jahre als Hilfskraft und Assistent. Freiheit des Gedankens und Klarheit des Wortes zeichnen seinen Lehrstuhl aus. Herrn Professor Dr. *Richard Giesen* danke ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens und seine kritischen Anregungen im Doktorandenkolleg.

Die Kollegen am ZAAR, insbesondere *Stephan Serr*, werde ich nicht zuletzt wegen der gemeinsamen Examensvorbereitung und den ausschweifenden Diskussionen in bester Erinnerung behalten. Meiner Freundin *Sabrina Meusen* danke ich für ihr Lächeln in stressiger Zeit.

Gewidmet ist dieses Werk meinen Eltern *Waltraud* und *Alfons Vielmeier*, die meinen Werdegang stets finanziell und ideell großzügig unterstützt haben.

München, im Juli 2013

Stephan Vielmeier

Gefördert wurde diese Dissertation durch ein Begabtenstipendium der Hanns-Seidel-Stiftung aus Mitteln des Bundesministeriums für Bildung und Forschung (BMBF).

Kontakt zum Autor: stephan@vielmeier.de

Gliederung	Seite
§ 1 Befund	23
A. Methode	23
I. Schlagwort Tarifizensur.....	23
II. Induktiver Ansatz	24
III. Begrifflicher Ansatz	24
IV. Begrenzter Ansatz.....	25
B. Tarifizensur in der Rechtsprechung	25
I. Tarifizensur durch Kontrolle von Tarifynhalten	25
II. Tarifizensur durch Verhältnismäßigkeitskontrolle im Arbeitskampfrecht.....	33
III. Tarifizensur durch Vorgaben des Tarifvertragssystems.....	38
IV. Tarifizensur durch (ergänzende) Tarifysauslegung	40
V. Tarifizensur durch staatliches Anknüpfen an Tarifverträge	41
C. Tarifizensur in der Rechtswissenschaft	43
I. Tarifkontrollwünsche.....	44
II. Tarifverteidigungsversuche.....	47
III. Abstrakte Untersuchungen der „Tarifizensur“	57
D. Ergebnis zu § 1: Gemeinsamkeiten im Befund	59
I. Staatliches Handeln.....	59
II. Präventiv und repressiv	60
III. Als Zugriff auf Freiheit der Tarifparteien.....	60
IV. Im Einzelfall	62
§ 2 Definition der Tarifizensur	63
A. Kriterien einer Definition.....	63
I. Begriff und Definition	63
II. Analytische oder synthetische Definition	64
III. Subjektivität der Definition.....	65
IV. Die zweckmäßige Definition.....	65

B. Mögliche Definitionen der Tarifizensur	69
I. Tarifizensur als Kontrolle von Tarifhandeln.....	69
II. Tarifizensur als Eingriff in die Tarifautonomie	70
III. Tarifizensur als Kontrolle von Tarifinhalten	71
IV. Zwischenergebnis.....	80
C. Eigener Ansatz: Tarifregelungsanmaßung	81
I. Tarifizensur als Tarifregelungsanmaßung.....	81
II. Seitenblick: Vertragszensur	88
III. Weitere Definitionselemente der Tarifizensur.....	91
D. Tarifizensur und unverhältnismäßige Rechtskontrolle	94
I. Unzweckmäßigkeit allein der Tarifizensur	94
II. Deshalb: Kombinationssystem aus Tarifizensur und unverhältnismäßiger Rechtskontrolle.....	95
III. Zweckmäßigkeit des Kombinationssystems	96
E. Rechtmäßigkeit der Tarifizensur.....	98
I. Eingriff in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG.....	98
II. Rechtfertigung	99
III. Zwischenergebnis.....	106
F. Anwendungsfälle der Tarifizensur	106
I. Eindeutige Fälle von Tarifizensur	106
II. Zweifelhafte Fälle von Tarifizensur	115
III. Keine Fälle von Tarifizensur	118
G. Ergebnisse zu § 2	121
 § 3 Unverhältnismäßige Rechtskontrolle	122
A. Untersuchungsgegenstand	122
B. Kontrollsystem für Tarifhandeln.....	123
I. Befund	123
II. Kritik.....	126
III. Eigener Ansatz zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Tarifkontrollmaßstäben.....	128
C. Einfache Rechtskontrolle von Tarifhandeln	132
I. Tatbestandliche Anwendbarkeit	132
II. Tarifautonomie als vorrangiges Schutzkonzept.....	133

III. Verstoß gegen höherrangiges Recht	133
IV. Zwischenergebnis	146
D. Tarifkontrolle durch Generalklauseln.....	146
I. § 138 Abs. 1 BGB.....	147
II. § 138 Abs. 2 BGB	157
III. § 242 BGB.....	158
IV. § 315 BGB.....	162
V. Allgemeine Billigkeitskontrolle	164
VI. Tragende Grundsätze des Arbeitsrechts	165
E. Gemeinwohlkontrolle von Tarifhandeln.....	165
I. Tatbestandliche Anwendbarkeit	166
II. Tarifaufonomie als vorrangiges Schutzkonzept	167
III. Verstoß gegen höherrangiges Recht	167
F. Grundrechtskontrolle von Tarifhandeln.....	168
I. Tatbestandliche Anwendbarkeit	168
II. Tarifaufonomie als vorrangiges Schutzkonzept	172
III. Verhältnismäßigkeit des Ausgleichs zwischen Koalitions- freiheit und kollidierenden Grundrechten	173
IV. Zwischenergebnis	175
G. Verhältnismäßigkeitskontrolle des Streiks	176
I. Tatbestandliche Anwendbarkeit	176
II. Tarifaufonomie als vorrangiges Schutzkonzept	176
III. Verstoß gegen höherrangiges Recht	176
IV. Zwischenergebnis	184
H. Stimmigkeit des eigenen Ansatzes.....	184
I. Ergebnisse zu § 3	185
§ 4 Funktionsbeleg	187
A. Zwangsschlichtung	187
I. Sachverhalt.....	187
II. Tarifzensur?	187
III. Rechtmäßigkeit.....	188

B. Streik um den Tarifsozialplan	190
I. Sachverhalt	190
II. Tarifizensur?	190
III. Rechtmäßigkeit	191
C. Allgemeiner Mindestlohn	193
I. Sachverhalt	193
II. Tarifizensur?	193
III. Rechtmäßigkeit	194
 § 5 Europäische Tarifizensur	197
A. Befund und Ansatz	197
B. Unverhältnismäßige Rechtskontrolle.....	198
I. Primärrechtskollision: Viking-Rechtsprechung des EuGH.....	198
II. Sekundärrecht: Art. 5 Abs. 3 Leiharbeitsrichtlinie	205
C. Tarifizensur	212
D. Ergebnis zu § 5	213
 § 6 Ergebnisse der Untersuchung	214
Literaturverzeichnis	216

Inhaltsverzeichnis	Seite
Gliederung	7
Inhaltsverzeichnis	11
Abkürzungsverzeichnis	21
 § 1 Befund	 23
A. Methode	23
I. Schlagwort Tarifizensur.....	23
II. Induktiver Ansatz	24
III. Begrifflicher Ansatz.....	24
IV. Begrenzter Ansatz.....	25
B. Tarifizensur in der Rechtsprechung.....	25
I. Tarifizensur durch Kontrolle von Tarifynhalten.....	25
1. Absage an Tarifynhaltskontrolle wegen Zensurverbot	25
a. Art. 3 GG.....	26
b. Einfachrechtliche Diskriminierungsverbote, etwa § 4 TzBfG	28
c. Art. 12 GG.....	28
d. Art. 2 Abs. 1 GG	30
e. Verschlechternde Tarifynhalte.....	31
2. Kontrolle von Tarifynhalten trotz Zensurverbot	31
a. Blankettverweisungen auf fremde Tarifverträge.....	31
b. Unsicherheit des Prüfungsmaßstabes	32
II. Tarifizensur durch Verhältnismäßigkeitskontrolle im Arbeitskampfrecht.....	33
1. Grundsätzliche Kritik an der Verhältnismäßigkeitskon- trollen	33
a. Einschränkungende Anwendung durch das BAG	33
b. Forderungen nach strengerer Handhabung	34
2. Spezifische Kritik an der Verhältnismäßigkeitskontrolle...	35
a. Untersagung aller Kampfmittel	35
b. Streik um einen nachrangigen Tarifvertrag	35
c. Streik mit geringen praktischen Auswirkungen	36
d. Scheitern der Verhandlungen als Arbeitskampfvor- aussetzung.....	36
3. Rechtswidrigkeit einzelner Arbeitskampfforderungen.....	37
III. Tarifizensur durch Vorgaben des Tarifvertragssystems	38

1.	Tarifeinheit.....	38
2.	Tariffähigkeit	38
3.	AGB-Kontrolle von Tarifverträgen	40
IV.	Tarifzensur durch (ergänzende) Tarifauslegung	40
V.	Tarifzensur durch staatliches Anknüpfen an Tarifverträge	41
1.	Allgemeinverbindlicherklärung	41
2.	Vergaberecht	42
3.	§ 160 SGB III: Ruhen des Arbeitslosengeldes bei Arbeitskampf	43
C.	Tarifzensur in der Rechtswissenschaft	43
I.	Tarifikontrollwünsche	44
1.	Streik um den Tarifsozialplan	44
2.	Feststellung der Günstigkeit in § 4 Abs. 3 TVG	46
3.	Verhältnis des Tarifvertrages zum Kartellrecht.....	46
II.	Tarifverteidigungsversuche	47
1.	Tarifikontrolle durch den Gesetzgeber	47
a.	Altersteilzeitgesetz (ATG)	47
b.	Hochschulrahmengesetz (HRG) a.F.	47
c.	Staatliche Vergütungsregulierung (z.B. VorstAG)	48
2.	Tarifikontrolle durch die Gerichte	48
a.	Kontrolle von Arbeitskampfmaßnahmen (insbe- sondere Streiks).....	49
aa.	Anspruch auf Tarifverhandlungen	49
bb.	Zwangsschlichtung.....	49
cc.	Freiwillige Tarifverträge	49
b.	Kontrolle von Tarifynhalten.....	49
aa.	Gemeinwohlbindung	49
bb.	Stabilitätsgesetz (StabG)	50
cc.	Ausschlussfristen	51
dd.	Rückzahlungsklauseln	52
ee.	Rückwirkende Tarifnormen	52
c.	Kontrolle der Beendigung des Tarifvertrages.....	52
aa.	Befristungskontrolle.....	52
bb.	Außerordentliche Kündigung	52
cc.	Wegfall der Geschäftsgrundlage.....	53
d.	Kontrolle der Tarifkollision.....	54
aa.	Vorrangprinzip.....	54
bb.	Spezialitätsprinzip.....	54
e.	Sonstige Tarifkontrollen durch die Gerichte.....	55
aa.	Kontrolle der verbandlichen Willensbildung.....	55
bb.	Motivkontrolle der Tarifparteien	55

3.	Tarifkontrolle durch die Verwaltung	56
a.	Genehmigungsvorbehalt für Tarifverträge	56
b.	Anreizregulierungsverordnung (ARegV)	56
c.	Eingriff durch die Zentralbank	56
4.	Tarifkontrolle durch private Dritte	57
a.	Konkurrenzgewerkschaften	57
b.	Betriebspartner	57
III.	Abstrakte Untersuchungen der „Tarifzensur“	57
D.	Ergebnis zu § 1: Gemeinsamkeiten im Befund	59
I.	Staatliches Handeln	59
II.	Präventiv und repressiv	60
III.	Als Zugriff auf Freiheit der Tarifparteien	60
1.	Die Freiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG	60
a.	Allgemein wirkende Rechtskontrolle	60
b.	Spezifisch arbeitsrechtlich wirkende Rechtskon- trolle	60
c.	„Billigkeitskontrolle“	61
2.	Zugriff	61
a.	Nicht lediglich Bewertung	61
b.	Kassation	62
IV.	Im Einzelfall	62

§ 2 Definition der Tarifzensur

A.	Kriterien einer Definition	63
I.	Begriff und Definition	63
II.	Analytische oder synthetische Definition	64
III.	Subjektivität der Definition	65
IV.	Die zweckmäßige Definition	65
1.	Abgrenzbares Wertungskürzel	66
2.	Einheitliche Rechtsfolgen	67
3.	Abdeckung	68
4.	Sprache	68
B.	Mögliche Definitionen der Tarifzensur	69
I.	Tarifzensur als Kontrolle von Tarifhandeln	69
II.	Tarifzensur als Eingriff in die Tarifautonomie	70
III.	Tarifzensur als Kontrolle von Tariffinhalten	71
1.	Tariffinhaltskontrolle	71
2.	Tarifzensur als Anwendung eines bestimmten Kon- trollmaßstabes	72

a.	Tarifizensur als Rechtskontrolle von Tarifhandeln	72
b.	Tarifizensur als Billigkeitskontrolle von Tarifhandeln	73
c.	Tarifizensur als Kontrolle des Rechts der Tarifparteien zur subjektiven Einschätzung	74
3.	Tarifizensur als Anwendung eines bestimmten Kontrollmodus	75
a.	Tarifizensur als Ergebniskontrolle	75
b.	Tarifizensur als finales Handeln	75
4.	Tarifizensur als Zugriff auf ein bestimmtes Kontrollobjekt	76
a.	Zugriff auf das Ermessen der Tarifparteien	77
b.	Zugriff auf den Beurteilungsspielraum der Tarifparteien	78
c.	Zugriff auf den Gestaltungsspielraum der Tarifparteien	78
d.	Zugriff auf die Einschätzungsprärogative der Tarifparteien	79
e.	Zwischenergebnis	79
5.	Tarifizensur als Verstoß gegen Kontrollzurücknahmepflicht	80
IV.	Zwischenergebnis	80
C.	Eigener Ansatz: Tarifregelungsanmaßung	81
I.	Tarifizensur als Tarifregelungsanmaßung	81
1.	Ansteigende Eingriffsintensität	81
2.	Die Tarifregelungsanmaßung	83
a.	Kreation statt Kassation	83
b.	Stärkster Eingriff	83
c.	Dauerhafte Bindung	85
d.	Überforderung des Richters	85
e.	Verantwortung des Staates	86
3.	Abgleich mit dem Befund	87
II.	Seitenblick: Vertragszensur	88
1.	Vertragszensur als Ausnahme im Bürgerlichen Recht	88
2.	Abgrenzung zur Freiwilligen Gerichtsbarkeit	88
3.	Gestaltungsklagen	89
III.	Weitere Definitionselemente der Tarifizensur	91
1.	Staatliches Handeln	91
2.	Im Einzelfall	93
3.	Präventiv oder repressiv	93
D.	Tarifizensur und unverhältnismäßige Rechtskontrolle	94
I.	Unzweckmäßigkeit allein der Tarifizensur	94

II. Deshalb: Kombinationssystem aus Tarifizensur und unverhältnismäßiger Rechtskontrolle	95
III. Zweckmäßigkeit des Kombinationssystems	96
1. Abgrenzbarkeit.....	96
2. Einheitliche Rechtsfolgen	96
3. Abdeckung	97
4. Sprache.....	97
E. Rechtmäßigkeit der Tarifizensur	98
I. Eingriff in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG	98
II. Rechtfertigung.....	99
1. Kollidierendes Verfassungsrecht.....	99
a. Kollidierende Grundrechte	99
b. Bekämpfung der Arbeitslosigkeit.....	100
c. Finanzielle Stabilität der Sozialversicherungen	100
d. Erreichung der Preisstabilität	100
e. Sonstige Rechtsgüter.....	101
2. Schranken-Schranke Verhältnismäßigkeit	101
a. Geeignetheit	101
b. Erforderlichkeit	102
c. Angemessenheit.....	104
3. Bestätigung durch Art. 11 EMRK.....	105
III. Zwischenergebnis.....	106
F. Anwendungsfälle der Tarifizensur	106
I. Eindeutige Fälle von Tarifizensur	106
1. Richterliche Vertragshilfe	106
2. Zwangsschlichtung.....	108
a. Zwangsschlichtung als staatliche Regelungsanmaßung.....	109
b. Tatsächliche Bedeutung der Zwangsschlichtung	109
3. Eingriff in laufende Tarifverträge.....	111
a. Rechtmäßigkeit eines staatlichen Eingriffs allgemein.....	111
b. Eingriffsmöglichkeiten	111
4. Richterliche Tarifanpassung bei Wegfall der Geschäftsgrundlage.....	112
5. Ergänzende Tarifauslegung durch das Gericht.....	113
II. Zweifelhafte Fälle von Tarifizensur	115
1. Rückfallebene bei Kassation von Tarifnormen	116
2. Kompromisscharakter des Tarifvertrages	116
III. Keine Fälle von Tarifizensur.....	118
1. Bewertungen von Tarifhandeln	118
2. Motivkontrolle	118

3.	Kollisionskontrolle	119
4.	Staatliches Anknüpfen an Tarifverträge	119
a.	Schlichtes Anknüpfen	120
b.	Konditionierendes Anknüpfen	120
5.	Unsicherheiten im Prüfungsmaßstab	121
G.	Ergebnisse zu § 2	121
§ 3	Unverhältnismäßige Rechtskontrolle	122
A.	Untersuchungsgegenstand	122
B.	Kontrollsystem für Tarifhandeln	123
I.	Befund	123
1.	Rechtsprechung	123
a.	Grundsatz des BAG	123
b.	Abweichungen vom Grundsatz	124
2.	Rechtswissenschaft	125
a.	Grundrechtsbindung der Tarifparteien	125
b.	Generalklauselkontrolle von Tarfinhalten	125
II.	Kritik	126
III.	Eigener Ansatz zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Tarifkontrollmaßstäben	128
1.	Prüfungsschema	129
a.	Tatbestandliche Anwendbarkeit	129
b.	Tarifautonomie als vorrangiges Schutzinstrument	129
c.	Verstoß gegen höherrangiges Recht	130
2.	Begrenzter Darstellungszweck der Untersuchung	131
a.	Systematisierender Ansatz	131
b.	Theoretischer Ansatz	132
C.	Einfache Rechtskontrolle von Tarifhandeln	132
I.	Tatbestandliche Anwendbarkeit	132
II.	Tarifautonomie als vorrangiges Schutzkonzept	133
III.	Verstoß gegen höherrangiges Recht	133
1.	Eingriff in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG	134
2.	Schranken-Schranke: Verhältnismäßigkeit	134
a.	Geeignetheit	134
b.	Erforderlichkeit	135
aa.	Billigkeitsverpflichtung	135
bb.	Beschäftigungsförderungspflicht	136
cc.	Staatliche Tarifgenehmigung	136
dd.	Tarifdispositives Recht	137

c.	Angemessenheit.....	138
aa.	Grad der Beeinträchtigung der Tarifautonomie.....	139
bb.	Einzelfallgesetze.....	141
cc.	Rückwirkende Gesetze.....	142
3.	Schranken-Schranken Wesentlichkeitslehre	143
4.	Schranken-Schranken Wesensgehalt	144
5.	Einfluss von Art. 11 EMRK oder Art. 6 ESC.....	145
IV.	Zwischenergebnis.....	146
D.	Tarifikontrolle durch Generalklauseln.....	146
I.	§ 138 Abs. 1 BGB.....	147
1.	Tatbestandliche Anwendbarkeit.....	147
a.	Rechtsgeschäft und Normcharakter	147
b.	Tarifvertrag als Mindestarbeitsbedingung	149
c.	Fallgruppen der Sittenwidrigkeit.....	149
aa.	Sittenwidrigkeit zwischen den Parteien.....	149
bb.	Sittenwidrigkeit gegenüber Dritten / Allgemeinheit.....	152
cc.	Nicht kommerzialisierbare Güter	154
2.	Tarifautonomie als vorrangiges Schutzkonzept.....	155
3.	Verstoß gegen höherrangiges Recht.....	156
4.	Zwischenergebnis	156
II.	§ 138 Abs. 2 BGB	157
1.	Tatbestandliche Anwendbarkeit.....	157
2.	Tarifautonomie als vorrangiges Schutzkonzept.....	157
3.	Zwischenergebnis	158
III.	§ 242 BGB.....	158
1.	Tatbestandliche Anwendbarkeit.....	158
a.	Generell ablehnende Haltung des BAG	158
b.	Differenziertes Herangehen	159
c.	Fallgruppen des § 242 BGB	159
aa.	Erbringung der Leistung nach Treu und Glauben.....	160
bb.	Beschränkung von Rechten im Einzelfall.....	160
cc.	Materielle Schranken der Privatautonomie	161
2.	Tarifautonomie als vorrangiges Schutzkonzept.....	161
3.	Verstoß gegen höherrangiges Recht.....	162
4.	Zwischenergebnis	162
IV.	§ 315 BGB	162
1.	Tatbestandliche Anwendbarkeit.....	163
2.	Tarifautonomie als vorrangiges Schutzkonzept.....	164
3.	Verstoß gegen höherrangiges Recht.....	164
4.	Zwischenergebnis	164

V. Allgemeine Billigkeitskontrolle.....	164
VI. Tragende Grundsätze des Arbeitsrechts	165
E. Gemeinwohlkontrolle von Tarifhandeln	165
I. Tatbestandliche Anwendbarkeit.....	166
II. Tarifaufonomie als vorrangiges Schutzkonzept.....	167
III. Verstoß gegen höherrangiges Recht.....	167
F. Grundrechtskontrolle von Tarifhandeln	168
I. Tatbestandliche Anwendbarkeit.....	168
1. Grundrechtsbindung der Tarifparteien.....	168
a. Mittelbare Grundrechtsbindung	168
b. Fraglich hierbei: Schutzniveau bei Schutz-	
pflichtenerfüllung	169
c. Zwischenergebnis	172
2. Anwendbarkeit der Grundrechte im Übrigen	172
II. Tarifaufonomie als vorrangiges Schutzkonzept.....	172
III. Verhältnismäßigkeit des Ausgleichs zwischen Koalitions-	
freiheit und kollidierenden Grundrechten	173
1. Zurücktreten der kollektiven Koalitionsfreiheit?.....	173
2. Vielmehr: Praktische Konkordanz.....	173
3. Unverhältnismäßige Beschränkung der Koalitionsfrei-	
heit	174
IV. Zwischenergebnis.....	175
G. Verhältnismäßigkeitskontrolle des Streiks	176
I. Tatbestandliche Anwendbarkeit.....	176
II. Tarifaufonomie als vorrangiges Schutzkonzept.....	176
III. Verstoß gegen höherrangiges Recht.....	176
1. Einfachrechtlicher Charakter des Kontrollmaßstabes	176
2. Schranken-Schranke Verhältnismäßigkeit.....	178
a. Geeignetheit	179
b. Erforderlichkeit	179
c. Angemessenheit.....	179
3. Vereinbarkeit mit Art. 11 EMRK.....	181
4. Vereinbarkeit mit Art. 6 ESC	183
IV. Zwischenergebnis.....	184

H. Stimmigkeit des eigenen Ansatzes.....	184
I. Ergebnisse zu § 3.....	185
§ 4 Funktionsbeleg	187
A. Zwangsschlichtung.....	187
I. Sachverhalt.....	187
II. Tarifizensur?	187
III. Rechtmäßigkeit	188
1. Kollidierendes Verfassungsrecht.....	188
2. Schranken-Schranke Verhältnismäßigkeit	188
B. Streik um den Tarifsozialplan.....	190
I. Sachverhalt.....	190
II. Tarifizensur?	190
III. Rechtmäßigkeit	191
1. Tatbestandliche Anwendbarkeit.....	191
2. Tarifautonomie als vorrangiges Schutzkonzept?	191
3. Verstoß gegen höherrangiges Recht.....	191
C. Allgemeiner Mindestlohn	193
I. Sachverhalt.....	193
II. Tarifizensur?	193
III. Rechtmäßigkeit	194
1. Tatbestandliche Anwendbarkeit.....	194
2. Tarifautonomie als vorrangiges Schutzkonzept?	194
3. Verstoß gegen höherrangiges Recht.....	194
§ 5 Europäische Tarifizensur	197
A. Befund und Ansatz	197
B. Unverhältnismäßige Rechtskontrolle.....	198
I. Primärrechtskollision: Viking-Rechtsprechung des EuGH	198
1. Tatbestandliche Anwendbarkeit.....	198
2. Verhältnismäßigkeit des Ausgleichs	199
a. Grundsätzlich: Praktische Konkordanz.....	199
b. Urteil des EuGH in Sachen Viking	200
c. Unverhältnismäßige Rechtskontrolle in Sachen Viking?.....	201

3.	Abgleich mit Art. 11 EMRK und Art. 6 ESC	204
4.	Zwischenergebnis.....	205
II.	Sekundärrecht: Art. 5 Abs. 3 Leiharbeitsrichtlinie.....	205
1.	Tatbestandliche Anwendbarkeit.....	205
2.	Tarifautonomie als vorrangiges Schutzkonzept?.....	206
3.	Verstoß gegen höherrangiges Recht.....	206
a.	Keine Tarifizensur.....	207
b.	Einschränkung des Schutzbereich des Art. 28 GrCh.....	207
c.	Schranke: Art. 5 Abs. 3 Leiharbeitsrichtlinie.....	208
d.	Schranken-Schranke Verhältnismäßigkeit	208
aa.	Einschränkungsziele.....	208
bb.	Geeignetheit	208
cc.	Erforderlichkeit	209
dd.	Angemessenheit.....	210
e.	Schranken-Schranke Wesensgehaltsgarantie.....	210
4.	Abgleich mit Art. 11 EMRK und Art. 6 ESC	211
5.	Zwischenergebnis.....	211
C.	Tarifizensur.....	212
D.	Ergebnis zu § 5	213
 § 6 Ergebnisse der Untersuchung		214
Literaturverzeichnis		216

Abkürzungsverzeichnis

a.F.	alte Fassung
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, in der Fassung der Bekanntmachung vom 9.5.2008
ArbZG	Arbeitszeitgesetz vom 6.6.1994, zuletzt geändert durch Gesetz vom 15.7.2009 (BGBI. I S. 1939)
ARegV	Verordnung über die Anreizregulierung der Energieversorgungsnetze vom 29.10.2007, zuletzt geändert durch Gesetz vom 20.12.2012 (BGBI. I S. 2730)
ArbRAktuell	Arbeitsrecht Aktuell der Datenbank Beck-Online
ATG	Altersteilzeitgesetz vom 23.7.1996, zuletzt geändert durch Gesetz vom 20.12.2011 (BGBI. I S. 2854)
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
BeckRS	Urteilssammlung der Datenbank Beck-Online
Begr.	Begründer
BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
ESC	Europäische Sozialcharta vom 1.7.1999
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17.12.2009, zuletzt geändert durch Gesetz vom 22.12.2011 (BGBI. I S. 3044)
FD-ArbR	Fachdienst Arbeitsrecht der Datenbank Beck-Online
FDP	Freie Demokratische Partei
FSK	Freiwillige Selbstkontrolle der Filmwirtschaft
GrCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 12.12.2007
IG-Metall	Industriegewerkschaft Metall
jurisPR-ArbR	Praxisreport Arbeitsrecht der Datenbank Juris
m.a.W.	mit anderen Worten

mwN	mit weiteren Nachweisen
s.o.	siehe oben
SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Zeitschrift)
SGB III	3. Sozialgesetzbuch – Arbeitsförderung – vom 24.3.1997, zuletzt geändert durch Gesetz vom 22.12.2011 (BGBl. I S. 3057)
sog.	sogenannte/r
StabG	Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft vom 28.6.1967, zuletzt geändert durch Gesetz vom 31.10.2006 (BGBl. I S. 2407)
TzBfG	Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge vom 21.12.2000, zuletzt geändert durch Gesetz vom 20.12.2011 (BGBl. I S. 2854)
u.ä.	und ähnliche/s
VDA	Vereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände

Wegen der übrigen Abkürzungen sei verwiesen auf *Kirchner, Hildebert* [Begr.], Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 7. Auflage [2013].

§ 1 Befund

„Tarifverträge sind nur daraufhin zu überprüfen, ob sie gegen das Grundgesetz, gegen zwingendes Gesetzesrecht, gegen die guten Sitten oder gegen tragende Grundsätze des Arbeitsrechts verstoßen. [...] Im Übrigen findet eine Inhaltskontrolle der Tarifverträge nicht statt. Sie unterliegen keiner Billigkeitskontrolle. Es ist nicht Sache der Gerichte, darüber zu wachen, ob die Tarifvertragsparteien die gerechteste und zweckmäßigste Lösung getroffen haben [...]. Die in Artikel 9 Abs. 3 GG Gewähr leistete Tarifautonomie schließt eine über die Rechtskontrolle hinausgehende Inhaltskontrolle (Tarifzensur) der Tarifverträge aus.“¹

A. Methode

I. Schlagwort Tarifzensur

Es ist kurz, prägnant und implizierend: das Schlagwort der *Tarifzensur*. Will ein Autor oder ein Gericht eine bestimmte Kontrolle von Tarifhandeln als in seinen Augen unzulässig brandmarken, ist es in Mode, hierbei an „das Verbot der Tarifzensur“ zu erinnern. Zweck scheint zu sein: der juristisch vorgebildete Leser, womöglich aber auch der Laie, sollen sich daran erinnern, dass eine Zensur nicht stattfindet, wie Art. 5 Abs. 1 Satz 3 GG lehrt. Umgekehrt: wer Zensur fordert, fordert in Augen vieler nicht nur etwas Abzulehnendes, sondern auch etwas Verfassungswidriges. An diesem Reflex möchte nun also auch die Tarifzensur teilhaben. Wenn schon die Zensur der Presse verfassungswidrig ist, ist es dann nicht auch die Zensur der Tarifparteien?

Tarifzensur wird oft nur als Schlagwort verwendet.² Es wird gerne genutzt, um die Wahrnehmung des eigenen, gut begründeten Ergebnisses durch den Leser zu verstärken, manchmal aber auch als kurze Stellungnahme „en passant“. Indes fehlt eine intensive Untersuchung, geschweige denn eine gesetzliche Normierung, was sich hinter dem Begriff der Tarifzensur verbirgt, wie dieser zu definieren ist und ob eine Tarifzensur stets rechtswidrig ist.³ Diesen Fragen möchte ich nachgehen.

1 LAG Hamburg 3.3.2000 – 3 Sa 78/99 – juris, Rn. 70, 72 [sic!].

2 So schon *Stütze*, Entgelthöhe, S. 491; *Säcker/Oetker*, Tarifautonomie, S. 287: „Der plakative Vorwurf der Tarifzensur“; eindrucksvoll schlicht etwa *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 696: „Keine Tarifzensur.“

3 Mit ähnlichen Worten hat dies v. *Hoyningen-Huene*, Die Billigkeit im Arbeitsrecht, S. 1 für den Begriff der „Billigkeit“ konstatieren müssen.

II. Induktiver Ansatz

Es ist nicht zweckmäßig, den Begriff der Tarifizensur im theoretischen, luftleeren Raum zu definieren. Ein rein deduktives Vorgehen ist angesichts der geringen Regelungsdichte weder erfolgversprechend noch nützlich. Die Definition der Tarifizensur soll nicht bloß Selbstzweck sein, sondern vielmehr der Systematisierung bisheriger Anwendungsfälle dienen, und dadurch manches ausscheiden, zu anderem aber die Gemeinsamkeiten betonen. Ich favorisiere deshalb ein induktives Vorgehen, die Erfassung eines funktionalen Begriffs der Tarifizensur. Gibt es eine einheitliche, allen Verwendungen des Begriffs zugrundeliegende Rechtsfrage, die man mit Recht als Tarifizensur bezeichnen muss? Worin unterscheiden sich die Erscheinungsformen? Welche ist bei näherer Betrachtung nur eine verwandte Rechtsfrage?

Der induktive Ansatz bedingt auch die Gliederung der Untersuchung. Diese ist in sechs Kapitel unterteilt. Zunächst werde ich in Kapitel 1 darstellen, in welchem Zusammenhang der Begriff der Tarifizensur in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft bereits verwendet wurde und was diese Anwendungsfälle eint. In Kapitel 2 werde ich darauf aufbauend eine eigene Definition der Tarifizensur herausarbeiten und den so definierten Begriff in Kapitel 3 in den Kontext zu anderen Formen der Kontrolle von Tarifhandeln stellen. Kapitel 4 führt dann das ausgearbeitete System exemplarisch an drei Beispielen vor. Kapitel 5 soll sich den europarechtlichen Aspekten widmen, in Kapitel 6 werden die Ergebnisse nochmals zusammengefasst.

III. Begrifflicher Ansatz

Die Untersuchung ist nicht begriffsjuristisch angelegt, sondern will vielmehr dahinterliegende Rechtsinstitute erfassen. Für die Befunderhebung hingegen habe ich mich für einen streng begrifflichen Ansatz entschieden. Es werden bis auf wenige Ausnahmen lediglich die Urteile und Autoren zitiert, die konkret den Begriff „Tarifizensur“ verwenden. Nur so ist gewährleistet, nicht schon bei der Befunderhebung selbst zu werten und so letztlich die Basis für die späteren Folgerungen zu verfälschen.⁴

4 Dieses Dilemma bemerkt man, folgt man in Aufsätzen den Fußnoten, die der Autor zum Beleg der „Tarifizensur“ verwendet hat. In der Mehrzahl der Fälle haben die zitieren Gerichte und Autoren gerade nicht den Begriff „Tarifizensur“ verwendet, sondern umfassend argumentiert zu etwas, was wiederum der zitierende Autor als „Tarifizensur“ begreift.

IV. Begrenzter Ansatz

Die Untersuchung hat daneben einen begrenzten Ansatz: sie will den Begriff „Tarifzensur“ untersuchen, definieren und in den Kontext zu anderen Grenzen des Tarifhandelns stellen. Dies bringt es mit sich, dass vielfältigste Rechtsfragen gestreift werden müssen. Es würde den Umfang dieser Untersuchung sprengen, stets eine eigene „materielle“ Antwort auf all diese Fragen zu finden. Darum geht es auch nicht. Vielmehr sollen alle untersuchten Rechtsfragen lediglich im Hinblick auf die Tarifzensur und die Systembildung untersucht werden.

B. Tarifzensur in der Rechtsprechung

Tarifzensur ist kein Kunstbegriff der Rechtswissenschaft sondern wird auch von der Rechtsprechung genutzt. Allerdings verwendet die Rechtsprechung den Begriff der Tarifzensur weder einheitlich, noch definiert sie ihn. Vielmehr taucht er anlassbezogen als Schlagwort auf. Die gerichtlichen Befundfälle sollen in Zusammenhang mit Besprechungen durch die Rechtswissenschaft systematisiert dargestellt werden.

I. Tarifzensur durch Kontrolle von Tarifinhalten

Der Begriff der Tarifzensur findet sich häufig im Zusammenhang mit der Frage, ob ein Tarifinhalt anhand eines bestimmten Kontrollmaßstabes überprüft werden darf. Während manche Gerichte fürchten, durch ihre Anwendung „unzulässige Tarifzensur“ zu betreiben, entscheiden sich andere Gerichte bewusst unter Verneinung einer „Tarifzensur“ für die Anwendung dieses Kontrollmaßstabes.

1. Absage an Tarifinhaltskontrolle wegen Zensurverbot

Es überwiegen die Fälle, in denen die Rechtsprechung die Anwendung eines Kontrollmaßstabs gerade deshalb ablehnt, weil sie eine Tarifzensur fürchtet.

Viele Befundfälle der „Tarifzensur“ finden sich bei der Kontrolle des Tarifinhalts anhand der Grundrechte der Tarifunterworfenen. Hierbei ist schon die grundsätzliche Frage umstritten, ob die Tarifparteien an die Grundrechte gebunden sind.⁵ Unabhängig davon wird in zahlreichen Urteilen gerade eine „strenge“ Grundrechtskontrolle – egal ob unmittelbar oder

5 Umfassend *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 581 ff; skeptisch im Hinblick auf Tarifzensur *ErfK/Dieterich/Schmidt*, GG Einleitung, Rn. 48; *HK-ArbR/Becker*, vor Art. 1-6 GG, Rn. 42; offener *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 115.

mittelbar durchgeführt – als unzulässige Tarifizensur gesehen, weil sie die Tarifynhaltsfreiheit zu stark beschneidet.

a. Art. 3 GG

Insbesondere eine Kontrolle anhand von Gleichheitsrechten droht den Gestaltungsspielraum der Tarifparteien einzuschränken. Deshalb wollen die Arbeitsgerichte eine zu intensive Handhabung wegen befürchteter „Tarifizensur“ vermeiden.⁶ Es scheint Einigkeit zu bestehen, dass es „nicht Sache der Gerichte ist, darüber zu wachen, ob die Tarifvertragsparteien die gerechteste oder zweckmäßigste Lösung vereinbart haben.“⁷ Im Einzelnen legen die Gerichte jedoch unterschiedliche Maßstäbe an.

Manche Gerichte lehnen eine Kontrolle am Maßstab von Art. 3 GG ganz ab. Das ArbG Berlin etwa führt aus: „Einer Kontrolle durch die Gerichte nach Maßgabe des allgemeinen Gleichheitssatzes, die nur allzu leicht zur unzulässigen ‚Tarifizensur‘ geraten kann, unterliegt [der Tarifvertrag] – jedenfalls nach Ansicht des befassten Gerichts – nicht.“⁸

Mehrheitlich wollen die Gerichte indes auch Tarifynhalte grundsätzlich am Maßstab des Art. 3 GG messen. Allerdings soll den Tarifparteien dabei eine bestimmte, gerichtlich nicht überprüfbare Freiheit zustehen. Diese Freiheit nennt etwa das LAG Baden-Württemberg „weite[n] Gestaltungsspielraum und [...] Einschätzungsprärogative [...]“. Dies folgt auch aus Artikel 9 Abs. 3 GG, der Staatsferne gewährleistet und Tarifizensur verbietet⁹. Das LAG Düsseldorf spricht von „Entscheidungsspielraum und [...] Einschätzungsprärogative“¹⁰, das benachbarte LAG Hamm von „Gestaltungsfreiheit und Einschätzungsprärogative“¹¹, das ArbG Würzburg von einem „Gestaltungsfreiraum und [...] Einschätzungsprärogative in Bezug auf die sachlichen Gegebenheiten und betroffenen Interessen“¹². Das ArbG Hamburg hingegen erkennt noch umfassender an: „Die Einschätzungsprä-

6 Ablehnend HK-ArbR/Becker, Art. 3 GG, Rn. 38; Kempen, FA 2002, 196 ff; Schliemann, Arbeitsgerichtliche Kontrolle, S. 587, im Wesentlichen wortgleich zu Schliemann, ZTR 2000, 198 und Schliemann, Kontrolle, S. 141; umständlich Cherdron, Sozialplanvereinbarungen, S. 201.

7 LAG Hamburg 26.4.2002 – 3 Sa 66/97 – juris, Rn. 109; auch LAG Hamburg 26.4.2002 – 6 Sa 69/97 – juris, Rn. 111; auch schon LAG Hamburg 21.3.2003 – 1 Sa 28/97 – juris, Rn. 72; in diese Richtung auch LAG Berlin 29.1.2003 – 4 Sa 1456/02 – juris, Rn. 25.

8 ArbG Berlin 17.11.2006 – 28 Ca 17394/06 – juris, Rn. 75; in diese Richtung wohl auch LAG Hamburg 21.2.2002 – 2 Sa 69/97 – juris, Rn. 96; skeptisch hierzu wohl Jordan, Entgeltdiskriminierung, S. 81.

9 LAG Baden-Württemberg 6.7.1999 – 8 Sa 77/98 – BeckRS 1999, 30862851.

10 LAG Düsseldorf 19.5.2004 – 12 Sa 191/04 – juris, Rn. 59.

11 LAG Hamm 16.9.2003 – 19 Sa 836/03 – juris, Rn. 66.

12 ArbG Würzburg 20.11.2008 – 4 Ca 1071/08 – BeckRS 2011, 74512.

rogative der Tarifvertragsparteien gilt für die Beurteilung der tatsächlichen Gegebenheiten, der betroffenen Interessen und die Regelungsfolgen. Ferner verfügen sie über einen Beurteilungs- und Ermessensspielraum hinsichtlich der inhaltlichen Gestaltung der Regelung.“¹³

Es ist ebenso umstritten, wann diese Freiheit überschritten ist. Für das LAG Baden-Württemberg reicht schon, „wenn Differenzierungen vorgenommen werden, die nicht durch sachlich einleuchtende Gründe gerechtfertigt sind“.¹⁴ Weit großzügiger will etwa das LAG Hamburg einen Verstoß erst annehmen, wenn sich „ein vernünftiger, aus der Natur der Sache [...] ergebender oder sonstwie einleuchtender Grund nicht finden läßt, wenn also [...] die Regelung als willkürlich anzusehen ist“.¹⁵ Das Hessische LAG nimmt einen Verstoß erst an, wenn „die Differenzierung [...] unter keinem Gesichtspunkt, auch koalitionspolitischer Art, plausibel erklärbar ist“¹⁶. So argumentiert auch das ArbG Hamburg, das freilich die Grenze schon bei der Differenzierung nach Lebensalter 65 als überschritten ansieht.¹⁷ Das LAG Hamm hingegen will nur die „Einhaltung äußerster Grenzen“ zur Vermeidung einer Tarifizensur sicherstellen.¹⁸

Daneben finden sich zwei dogmatische Ansätze, die für die Definition der Tarifizensur fruchtbar gemacht werden können. Zum einen argumentiert das LAG Hamburg: „Den Gerichten obliegt aber immer nur eine Rechtskontrolle, so daß eine Zweckmäßigkeitskontrolle und auch sonst jede Tarifizensur zu unterbleiben hat.“¹⁹ Das LAG Düsseldorf wählt eine engere Definition: gerade die „Ersetzung der Wertung der Tarifvertragsparteien durch diejenige des Gerichts [verstoße] gegen das Verbot der Tarifizensur.“²⁰ Es wird also nicht schon die rein kassierende Rechtsprechung als

-
- 13 ArbG Hamburg 25.1.2011 – 21 Ca 235/08 – juris, Rn. 116; *Dieterich*, Grundrechtsbindung, S. 123 sieht im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG „das Problem der Tarifizensur in aller Schärfe selten“, weil bei richtiger Handhabung nur „sachgerechte Gruppenbildung“ verlangt wird.
 - 14 LAG Baden-Württemberg 6.7.1999 – 8 Sa 77/98 – BeckRS 1999, 30862851, erhöhte Anforderungen sollen gelten wegen einer Differenzierung nach der Person und nicht lediglich nach dem Verhalten. Freilich seien „an die Systemgerechtigkeit nicht zu hohe Anforderungen“ zu stellen; zur Systemgerechtigkeit wortgleich auch wieder LAG Hamm 16.9.2003 – 19 Sa 836/03 – juris, Rn. 66; ArbG Würzburg 20.11.2008 – 4 Ca 1071/08 – BeckRS 2011, 74512.
 - 15 LAG Hamburg 13.6.2001 – 8 TaBV 3/01 – juris, Rn. 45; fast wortgleich LAG Bremen 13.9.2001 – 4 TaBV 6/01 – juris, Rn. 105.
 - 16 Hessisches LAG 23.10.2009 – 3 Sa 234/09 – juris, Rn. 79; Hessisches LAG 23.10.2009 – 3/5 Sa 228/09 – juris, Rn. 37.
 - 17 ArbG Hamburg 25.1.2011 – 21 Ca 235/08 – juris, Rn. 118.
 - 18 LAG Hamm 16.9.2003 – 19 Sa 836/03 – juris, Rn. 65.
 - 19 LAG Hamburg 13.6.2001 – 8 TaBV 3/01 – juris, Rn. 45.
 - 20 LAG Düsseldorf 19.5.2004 – 12 Sa 191/04 – juris, Rn. 59; Hessisches LAG 23.10.2009 – 3 Sa 234/09 – juris, Rn. 79.

Tarifizensur bezeichnet, sondern erst die „Ersetzung“ der Vereinbarung der Tarifparteien.

b. Einfachrechtliche Diskriminierungsverbote, etwa § 4 TzBfG

Die gleiche Zurückhaltung wollen die Gerichte bei der Anwendung von einfachrechtlichen Ungleichbehandlungsverboten üben. Das LAG Hamburg argumentiert vergleichbar: „Zweck des § 5 der Versorgungsvereinbarung ist die Verhinderung einer Überversorgung der Rentenberechtigten. Dieser Zweck wird vorliegend erreicht. Eine Zweckmäßigkeitskontrolle findet demgegenüber nicht mehr statt. Den Tarifvertragsparteien gebührt [...] ein weiter Gestaltungsfreiraum und eine Einschätzungsprärogative in Bezug auf die sachlichen Gegebenheiten und die betroffenen Interessen. Das folgt aus Art. 9 Abs. 3 GG, der Staatsferne gewährleistet und eine Tarifizensur verbietet.“²¹

c. Art. 12 GG

Tarifverträge dienen in vielen Fällen dem Arbeitnehmerschutz. Allerdings gibt es Tarifynhalte, die die normunterworfenen Arbeitnehmer belasten. Es stellt sich dann die Frage, ob der Tarifvertrag auch an der Berufsfreiheit der Arbeitnehmer zu messen ist.

Hierbei fürchtete auch das BAG, Tarifizensur zu üben.²² Zugrundeliegender Sachverhalt war eine vorübergehende Arbeitszeitreduktion von 38,5 auf 30,5 Wochenstunden gegen gesteigerten Bestandschutz. Grundsätzlich seien Tarifynhalte an der Berufsfreiheit der Arbeitnehmer zu messen, allerdings könnten verhältnismäßige Eingriffe gerechtfertigt sein. Sofern etwa die Tarifparteien, so das BAG, gleichzeitig eine Gegenleistung in Form von Lohnausgleich oder erhöhtem Bestandschutz vereinbaren, stellen sie diese in ein Synallagma, was für die Verhältnismäßigkeit ausreiche. „Ob diese Gegenleistungen, insbesondere wegen des allenfalls partiellen Bestandsschutzes als ausreichend anzusehen sind, haben die Gerichte nicht zu entscheiden. Eine Tarifizensur findet nicht statt.“²³ Mithin wurde

21 LAG Hamburg 1.3.2011 – 2 Sa 56/10 – juris, Rn. 57; zwar „Tarifizensur“ nennend, trotzdem anhand § 4 TzBfG prüfend LAG Schleswig-Holstein 27.3.2007 – 5 Sa 557/06 – juris, Rn. 52; auch wieder 30.5.2007 – 5 Sa 59/07 – juris, Rn. 32.

22 BAG 25.10.2000 – 4 AZR 438/99 – NZA 2001, 328.

23 BAG 25.10.2000 – 4 AZR 438/99 – NZA 2001, 328, 330, juris-Rn. 52; skeptisch ErfK/Dieterich, Art. 9 GG Rn. 79: „eine Privilegierung der individuellen Berufsfreiheit wäre systemwidrig und würde die Tarifautonomie von der kaum kalkulierbaren Tarifizensur der Arbeitsgerichte abhängig machen“; so wohl auch Däubler, TVG, Einleitung Rn. 124 f.

das Klagebegehren abgewiesen, weil nur zu prüfen sei, ob eine Gegenleistung vorliege, nicht aber welchen Wert diese habe.

Unter Berufung auf das Verbot der Tarifzensur will das LAG Mecklenburg-Vorpommern den Wert der Gegenleistung auch dann nicht prüfen, wenn die Tarifparteien eine dauerhafte, nachwirkende Reduktion der Arbeitszeit gegen Teillohnausgleich vereinbaren. „Ob diese Gegenleistungen als ausreichend anzusehen sind, haben die Gerichte nicht zu entscheiden. Eine Tarifzensur findet nicht statt“.²⁴

Tarifinhalte können auch weitreichende Auswirkungen auf die Unternehmerfreiheit haben. Die Rechtsprechung will sie deshalb grundsätzlich an Art. 12 GG der Unternehmer messen, sieht indes durchaus die Gefahr eines zu intensiven Eingriffs in die Koalitionsfreiheit und damit einer „Tarifzensur“.

Das Kammergericht etwa hatte über die Rechtmäßigkeit eines Tarifvertrages zu befinden, der formal lediglich das Ende der täglichen Arbeitszeit regeln wollte. Der klagende Arbeitgeber sorgte sich darum, dass er die gerade erweiterten staatlichen Ladenschlusszeiten nicht nutzen könne, weil nun das Personal nach 18.30 Uhr, der früheren öffentlich-rechtlichen Schlusszeit, nicht mehr zur Verfügung stünde. Das KG verneinte, dass die Tarifnorm den Kernbereich der Unternehmerfreiheit verletze, vielmehr habe sie lediglich Reflexwirkungen hierauf. Letztlich „muß es den Tarifparteien überlassen bleiben, welche Tarifabschlüsse sie für angemessen und wirtschaftlich sinnvoll halten; insofern ist es Sache der Unternehmen ihnen Widerstand entgegensetzen. Eine gerichtliche Inhaltskontrolle des Abwägungsergebnisses im Hinblick auf Auswirkungen und Vorteile für die Vertragsparteien findet aber nicht statt, weil das [...] Tarifzensur wäre.“²⁵

Anlässlich seiner Rechtsprechungsänderung zu einfachen Differenzierungsklauseln untersuchte das BAG ebenfalls, ob die Unternehmerfreiheit entsprechenden Tarifinhalten Grenzen zieht. Wird eine einfache Differenzierungsklausel vereinbart, könnte die Gleichstellung der Nichtgewerkschaftsmitglieder „faktisch wirtschaftlich erschwert werde[n]“²⁶, zumal in der Situation des Sanierungstarifvertrages, in der der Arbeitgeber typischerweise in wirtschaftlichen Nöten ist. Nach Ansicht des BAG findet eine solche Klausel ihre Grenze nicht in der „Vertragsfreiheit“ des Arbeitgebers. „Gerade der Arbeitgeber, der einen Firmentarifvertrag abschließt, kennt die in seinem Unternehmen geltenden Arbeitsvertrags- und Tarifbedingungen genau, und kann bei Abschluss des Tarifvertrages selbst über

24 LAG Mecklenburg-Vorpommern 3.4.2002 – 5 Sa 208/00 – juris, Rn. 18.

25 Kammergericht 21.2.1990 – Kart U 4357/89 – NZA 1991, 24, 26; zu den kartellrechtlichen Fragen ausführlich *Serr*, Privative Tariftreue.

26 BAG 18.3.2009 – 4 AZR 64/08 – NZA 2009, 1028, 1035, juris-Rn. 58.

die Zumutbarkeit der ihm dadurch im Ergebnis auferlegten Belastungen entscheiden. [...] Ansonsten gelten für sie diejenigen Bestimmungen mit genau dem Inhalt, den die Tarifvertragsparteien, deren Tarifvertrag von der Verweisungsklausel erfasst wird, diesem geben. Hierfür gilt die Angemessenheitsvermutung; eine Tarifizensur findet nicht statt.“²⁷

In diesen Zusammenhang gehört auch die Diskussion über die Grenzen von Tarifsozialplänen. Freilich hat die Rechtsprechung den Begriff der Tarifizensur hier kaum verwendet, weshalb dieser Komplex später dargestellt werden soll.²⁸

d. Art. 2 Abs. 1 GG

Skeptisch ist die Rechtsprechung bei der Anwendung des Art. 2 Abs. 1 GG und damit insbesondere des Verhältnismäßigkeitsprinzips als Kontrollmaßstab für Tarifyhalte. Der 1. Senat des BAG lehnt sie ab: „Daher ist ein durch tarifliche Regelungen erfolgender Eingriff der Tarifvertragsparteien in die allgemeine Handlungsfreiheit ihrer Mitglieder gerichtlich nicht nach dem oben beschriebenen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu prüfen. Eine solche Prüfung liefe auf eine mit Art. 9 Abs. 3 GG nicht vereinbare ‚Tarifizensur‘ hinaus [...]. [Es] spricht vieles dafür, dass tarifvertragliche Eingriffe in die allgemeine Handlungsfreiheit wegen der Schutzfunktion der Grundrechte und der Schutzpflicht der Gerichte lediglich unter dem Gesichtspunkt der Verletzung des sog. Untermaßverbots zu kontrollieren sind.“²⁹

Anders will der 7. Senat des BAG dies für auch Außenseiter belastende Betriebsnormen sehen, bestätigt daneben gleichzeitig die Ansicht des 1. Senates. Denn im Verhältnis zu den Mitgliedern gebe es eine durch „Verbandszugehörigkeit vermittelte privatautonome Legitimationsgrundlage, die es rechtfertigt und angesichts der durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Tarifautonomie zur Vermeidung von ‚Tarifizensur‘ wohl sogar ge-

27 BAG 18.3.2009 – 4 AZR 64/08 – NZA 2009, 1028, 1035, juris-Rn. 58; offener *Däubler*, BB 2002, 1643, 1648.

28 § 1 C. I. 1, S. 44.

29 BAG 12.12.2006 – 1 AZR 96/06 – NZA 2007, 453, 456, Rn. 25, obiter; LAG Köln 5.5.2011 – 13 Sa 954/06 – juris, Rn. 41; weitergehend LAG Köln 5.5.2006 – 11 Sa 714/04 – juris, Rn. 46 auch für die Außenseiterwirkungen; zustimmend AnwK-ArbR/*Hümmerich*, Bd. 2, § 1 TVG Rn. 115; *Rieble*, Anmerkung zu BAG 4 AZR 129/96, S. 23; *Eich*, NZA 2010, 1389, 1392; darstellend *Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht, S. 451; restriktive Anwendung geboten zur Vermeidung einer „getarnten Tarifizensur“: *Dieterich*, Grundrechtsbindung, S. 122 f; ErfK/*Dieterich/Schmidt*, GG Einleitung Rn. 48; *Stütze*, Entgelthöhe, S. 454.

bietet, tarifliche Regelungen nicht der strengeren Kontrolle nach dem sog. „Übermaßverbots“ zu unterwerfen.³⁰

e. Verschlechternde Tarifynhalte

Bisweilen wurde von Arbeitnehmern bestritten, dass ablösende Tarifverträge verschlechternde Inhalte enthalten dürften.³¹ Für das LAG Hamburg steht allerdings das Verbot der Tarifizensur einer solchen Kontrolle entgegen. „Einen Rechtsgrundsatz, dass tarifliche Leistungen nicht gekürzt werden dürfen, gibt es nicht. [...] Tarifverträge sind vielmehr nur daraufhin zu überprüfen, ob sie gegen das Grundgesetz, gegen zwingendes Gesetzesrecht, gegen die guten Sitten oder gegen tragende Grundsätze des Arbeitsrechtes verstoßen. [...] Demgegenüber findet eine Inhaltskontrolle der Tarifverträge nicht statt. Es ist nicht Sache der Gerichte, darüber zu wachen, ob die Tarifvertragsparteien die gerechteste und zweckmäßigste Lösung vereinbart haben. Alles andere würde einer Tarifizensur durch die Gerichte für Arbeitssachen gleichkommen, die mit dem Grundsatz der Tarifautonomie nicht vereinbar ist.“³²

Hinzuweisen ist auf eine dogmatische Aussage des LAG Hamburg: „Die in Artikel 9 Abs. 3 GG Gewähr leistete Tarifautonomie schließt eine über die Rechtskontrolle hinausgehende Inhaltskontrolle (‘Tarifizensur’) der Tarifverträge aus [...]. Aus der mit der Parität verbundenen besonderen vertraglichen Richtigkeitsgewähr folgt aber auch, dass bei Tarifverträgen keine Inhaltskontrolle durch die Arbeitsgerichte auf Angemessenheit und Ausgewogenheit der Regelung zu erfolgen braucht“.³³

2. Kontrolle von Tarifynhalten trotz Zensurverbot

Umgekehrt gibt es Fälle, in denen die Rechtsprechung einen Tarifynhalt an einem bestimmten Kontrollmaßstab überprüft und dabei ausdrücklich begründet, warum dies gerade keine Tarifizensur sei.

a. Blankettverweisungen auf fremde Tarifverträge

Das BAG lässt Blankettverweisungen in Tarifverträgen auf fremde Tarifverträge nur unter bestimmten Bedingungen zu.³⁴ Insbesondere verlangt es, dass „die Verweisung eindeutig ist und der Geltungsbereich der ver-

30 BAG 8.12.2010 – 7 ABR 98/09 – NZA 2011, 751, 757, Rn. 47.

31 Ablehnend statt aller *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 760.

32 LAG Hamburg 28.3.2000 – 2 Sa 80/99 – juris, Rn. 52; wortgleich LAG Hamburg 21.2.2002 – 2 Sa 69/97 – juris, Rn. 86; LAG Hamburg 5.11.2003 – 2 Sa 59/03 – juris, Rn. 74; ähnlich LAG Hamburg 3.3.2000 – 3 Sa 78/99 – juris, Rn. 70, 72.

33 LAG Hamburg 3.3.2000 – 3 Sa 78/99 – juris, Rn. 70, 72.

34 Umfassend hierzu *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 571 ff.

weisenden Tarifnorm mit dem Geltungsbereich der Tarifnormen, auf die verwiesen wird, in einem engen sachlichen Zusammenhang steht.“³⁵

In der Literatur wird argumentiert, eine Kontrolle auf den „sachlichen Zusammenhang“ sei letztlich Tarifizensur. Dem tritt das BAG explizit entgegen: „Entgegen der Auffassung von Birk/Brühler [...] führt der Senat damit keine ‚Tarifizensur‘ ein, unter der im allgemeinen eine Inhaltskontrolle von Tarifverträgen verstanden wird. Denn der Senat unterzieht nicht die materiell-rechtliche Regelung der Arbeitsbedingungen im Tarifvertrag einer Kontrolle. [...] Die vom Senat aufgezeigten Grenzen der Rechtssetzungsmacht ergeben sich vielmehr aus dem dargelegten Sinn und Zweck der Tarifautonomie und damit aus Art. 9 Abs. 3 GG selbst. An diese Grenzen sind die Tarifvertragsparteien ebenso gebunden wie an die übrigen Vorschriften des Grundgesetzes.“³⁶

b. Unsicherheit des Prüfungsmaßstabes

Auch soll das „Verbot der Tarifizensur“ nach dem BAG keine Zweifelsregel enthalten, ob ein Kontrollmaßstab anzuwenden sei: „Diese noch bestehenden Unklarheiten hinsichtlich des Überprüfungsmaßstabes werden nicht durch den weitgehenden Konsens darüber beseitigt, daß den Tarifvertragsparteien ebenso wie dem Gesetzgeber ein Entscheidungsspielraum und eine Einschätzungsprärogative zukommen und daß eine Inhaltskontrolle iS der Ersetzung der Wertung der Tarifvertragsparteien durch diejenige des Gerichts schon wegen des Verbots einer Tarifizensur nicht in Betracht kommt.“³⁷

Umgekehrt will das ArbG Bonn die „Tarifizensur“ bei der Bestimmung der Grenzen der Tarifmacht mitberücksichtigen: „Bei § 4 des Tarifvertragsentwurfs *handelt es sich* um eine Beendigungsnorm im Sinne des § 1 Abs. 1 TVG und damit vom Ansatzpunkt her um eine der Tarifmacht unterliegende Regelung *unter Beachtung* des für die Tarifautonomie geltenden Grundsatzes der Nichteinmischung und der nicht statthaften Tarifizensur.“³⁸

35 Etwa BAG 10.11.1982 – 4 AZR 1203/79 – BAGE 40, 327, 334, Rn. 30; ablehnend hingegen *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 573: „Tarifizensur“.

36 BAG 10.11.1982 – 4 AZR 1203/79 – BAGE 40, 327, 339, Rn. 42; im Anschluss auch wieder BAG 17.5.2000 – 4 AZR 363/99 – juris, Rn. 36.

37 BAG 30.8.2000 – 4 AZR 563/99 – NZA 2001, 613, 617, juris-Rn. 67.

38 ArbG Bonn 17.5.2001 – 3 Ca 2135/00 – juris, Rn. 37 (Hervorhebung durch mich); auch schon skeptisch *Mayer*, AiB 1991, 128, 129.

II. Tarifzensur durch Verhältnismäßigkeitskontrolle im Arbeitskampfrecht

Das Arbeitskampfrecht ist in Deutschland trotz oder gerade wegen seiner gesellschaftlichen Relevanz bislang nicht gesetzlich geregelt worden. Umso entscheidender sind die Anforderungen, die das BAG hieran stellt. Nach der Entscheidung des Großen Senates des BAG von 1971 stehen Arbeitskampfmaßnahmen unter dem Gebot der Verhältnismäßigkeit³⁹, sowohl hinsichtlich der Einleitung (*ultima ratio*) als auch der Durchführung. „Dabei sind die wirtschaftlichen Gegebenheiten zu berücksichtigen, und das Gemeinwohl darf nicht offensichtlich verletzt werden“.⁴⁰

Die Überprüfung von Arbeitskampfmaßnahmen am Maßstab der Verhältnismäßigkeit steht aus verschiedenen Gründen in der Kritik, unzulässige Tarifzensur darzustellen. Zum einen wird der Kontrollmaßstab grundsätzlich in Frage gestellt, zum anderen werden bestimmte Details kritisch bewertet.

1. Grundsätzliche Kritik an der Verhältnismäßigkeitskontrolle

In der Rechtswissenschaft unterlag der Kontrollmaßstab „Verhältnismäßigkeit“ von Anfang an starken Bedenken. *Reuß* fürchtete, dass gerade in der Situation des Arbeitskampfes der gerichtlichen „Zensur- und Korrekturmöglichkeit [...] theoretisch keine Grenzen“ gesetzt seien⁴¹, soweit ersichtlich als Erster unter Verwendung des Zensurbegriffs. Wieder *Reuß* war es, der 1975 die bisherige Diskussion überschrieb mit „Die Unzulässigkeit gerichtlicher Tarifzensur“⁴²; lediglich die Rechtskontrolle sei Aufgabe der Gerichte, nicht die Zweckmäßigkeitskontrolle.

a. Einschränkende Anwendung durch das BAG

1980 nahm das BAG die Bedenken teilweise auf. Bei strenger Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung des Arbeitskampfes drohe in der Tat Tarifzensur. Deshalb müsse bei seiner Anwendung eine Berücksichtigung und damit letztlich eine „Kontrolle der Tarifziele [...] (von Extremfällen vielleicht abgesehen)“⁴³ unterbleiben.

39 BAG Großer Senat 21.4.1971 – GS 1/68 – juris, Rn. 64.

40 Hierzu unabhängig von „Tarifzensur“ *Däubler*, Arbeitskampfrecht, § 14 Rn. 1 ff.

41 *Reuß*, AuR 1971, 353, 356; fürchtend *Müller*, RdA 1971, 321, 324; ablehnend *Däubler*, JuS 1972, 642, 643: „prinzipiell unbegrenzter Eingriffsvorbehalt zugunsten der Judikative“; zustimmend hingegen mit weitergehenden Forderungen *Rasch*, BB 1974, 1217 ff; beruhigend *Leipold*, ZfA 1976, 273, 283; *Groggert*, Verhältnismäßigkeit, S. 63.

42 *Reuß*, AuR 1975, 289 ff.

43 BAG 10.6.1980 – 1 AZR 822/79 – NJW 1980, 1642, 1650, juris-Rn. 109; BAG 10.6.1980 – 1 AZR 168/79 – juris, Rn. 94; LAG Baden-Württemberg 9.10.1986

Diesem Begründungsstrang bleibt bis heute ein Großteil der Rechtsprechung treu. So formuliert etwa das LAG Baden-Württemberg: „Inhaltliche Tarifikontrolle und Kontrolle des Inhalts der Tarifforderung und auch deren Bewertung und Gewichtung im Proportionalvergleich sind unzulässig: Sonst bestünde die Gefahr, über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine der Tarifaufonomie widersprechende Tarifizensur auszuüben“.⁴⁴ Dies soll auch für Schäden von unbeteiligten Dritten gelten.⁴⁵

b. Forderungen nach strengerer Handhabung

Andere Stimmen wollen das „Verbot der Tarifizensur“ enger begreifen und die Streikziele in die Verhältnismäßigkeitskontrolle miteinbeziehen. Für das ArbG Chemnitz etwa folgt dies aus einer „Gemeinwohlbindung“ der Tarifparteien: „Auch wenn eine gerichtliche Kontrolle der Tarifziele [...] (noch) zu unterbleiben hat, da sie dem Gedanken der Tarifaufonomie nicht entspricht [...] so ist doch festzustellen, dass es gerade in der durch das Grundgesetz den Tarifvertragsparteien übertragenen Verantwortung liegt, von ihrer Arbeitskämpfungsfreiheit in einer Weise Gebrauch zu machen, die die Interessen der Allgemeinheit hinreichend schont. Hierin ist auch keine Tarifizensur zu sehen, da die Arbeitsgerichte [...] lediglich darauf abstellen, ob die Grenzen der Tarifaufonomie überschritten sind [...] (Art. 14 Abs. 2 S. 2 GG analog).“⁴⁶

In der Rechtswissenschaft ist es vor allem *Otto*, der vor dem Hintergrund der zunehmenden Spezialistenstreiks die Tarifziele in die Bewertung der Rechtmäßigkeit einbeziehen möchte. Hierbei handele es sich um rechtmäßige Tarifizensur.⁴⁷ Sein Vorstoß ist allerdings gerade deshalb umstritten.⁴⁸

– 11 Sa 58/86 – BeckRS 1986, 30920439; *Däubler*, Arbeitskämpfungrecht, Kapitel 14 Rn. 11; BeckOKGG/*Waas*, Art. 9, Rn. 59; *Franzen/Thüsing/Waldhoff*, Arbeitskämpfung, S. 11 ff; skeptisch HK-ArbR/*Hensche*, Art. 9 GG, Rn. 120; Mü-ArbR/*Ricken*, § 200 Rn. 51; mit eigenem Ansatz *Kreuz*, Verhältnismäßigkeit, S. 152 ff; Tarifizensur verneinend *Müller*, Tarifaufonomie, S. 286 f; *Müller*, Arbeitskämpfung und Recht, S. 215 f; *Richardi*, Die Grenzen der Zulässigkeit des Streiks, S. 27 f; offener *Weisemann*, DZWIR 2007, 441, 445.

44 LAG Baden-Württemberg 31.3.2009 – 2 SaGa 1/09 – NZA 2009, 631, 634, juris-Rn. 65.

45 ArbG Frankfurt am Main 27.3.2012 – 10 Ca 3468/11 – juris, Rn. 154.

46 ArbG Chemnitz 5.10.2007 – 7 Ga 26/07 – juris, Rn. 156; wie bisher aber etwa auch wieder ArbG Frankfurt am Main 25.3.2013 – 9 Ca 5558/12 – juris, Rn. 162.

47 *Otto*, Tarifizensur und Arbeitskämpfung, S. 685; zustimmend *von Steinau-Steinrück/Glanz*, NZA 2009, 113, 118; *Löwisch/Rieble*, Grundlagen Rn. 212 ff; wohl auch *Schulten*, Berufsgruppenbezogene Tarifverträge, S. 160 f; *Ozimek*, Sparten, S. 117 ff.

2. Spezifische Kritik an der Verhältnismäßigkeitskontrolle

Neben der allgemeinen Kritik am Kontrollmaßstab der „Verhältnismäßigkeit“ rufen auch Teilaspekte den Vorwurf hervor, dass durch sie unzulässige Tarifzensur geübt werde.

a. Untersagung aller Kampfmittel

So argumentiert das ArbG Hameln: „Eine Verhältnismäßigkeitskontrolle [komme gerade dann] einer Tarifzensur gleich [, wenn] der Verfügungsbeklagten sämtliche denkbare Arbeitskampangriffsmittel untersagt werden sollen“.⁴⁹ Mithin soll das „Verbot der Tarifzensur“ das Verhältnismäßigkeitsprinzip insoweit begrenzen, dass es nicht zur Untersagung sämtlicher Arbeitsk Kampfmaßnahmen genutzt werden dürfe.

b. Streik um einen nachrangigen Tarifvertrag

Umstritten war die Verhältnismäßigkeit des Streiks um eine Forderung, die nicht normativ wirken können – etwa wegen des damals noch herrschenden Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb.⁵⁰

Die Rechtsprechung vertritt hier – jeweils unter Bezugnahme auf die Tarifzensur – unterschiedliche Ansichten. Für das LAG Rheinland-Pfalz ist ein solcher Arbeitsk Kampf rechtswidrig. Die Kontrolle von Streikzielen dahingehend, ob die angestrebte Regelung normative Wirkung werde entfalten können, habe „nichts mit verbotener Tarifzensur zu tun [...], da es nicht um die Beurteilung des Inhalts der Forderung geht, sondern ausschließlich um die Frage ihrer normativen Wirkung.“⁵¹ Umgekehrt hielt das LAG Hessen einen solchen Streik gerade nicht für rechtswidrig, vielmehr drohe sehr wohl Tarifzensur. „Welche Tarifverträge nach dem sog. Spezialitätsgrundsatz sich letztendlich durchsetzen, lässt sich erst nach deren Abschluss feststellen. Eine gerichtliche Tarifzensur schon vor dem Abschluss von Tarifverträgen ist mit Art. 9 Abs. 3 GG nicht vereinbar.“⁵² Vom Ergebnis her schwenkte das LAG Rheinland-Pfalz 2007 auf diese Linie ein, ging freilich in der Begründung noch weiter: „Soweit die Klägerin auf den In-

48 Zustimmend *Löwisch/Rieble*, Grundlagen Rn. 214 f, weil der Richter nur kontrolliert und nicht usurpiert; *MüArbR/Ricken*, § 200 Rn. 58; *Greiner*, Pluralität, S. 451 f.; *Greiner*, NZA 2007, 1023, 1028; *Jacobs*, NZA 2008, 325, 331; *Deinert*, NZA 2009, 1176, 1182; *Willemsen/Mehrens*, NZA 2010, 1313, 1322 f; unentschlossen *Bister*, Tarifpluralität, S. 161; ablehnend *Dieterich*, Kontrollpflicht und Zensurverbot im Arbeitsk Kampf, S. 45, 51 ff.

49 ArbG Hameln 7.5.2004 – 3 Ga 3/04 – juris, Rn. 80.

50 Unabhängig von der Tarifzensur: *Däubler*, Arbeitsk Kampfrecht, § 13 Rn. 13.

51 LAG Rheinland-Pfalz 22.6.2004 – 11 Sa 2096/03 – juris, Rn. 71; wortgleich ArbG Düsseldorf 1.8.2007 – 11 Ga 74/07 – juris, Rn. 81.

52 Hessisches LAG 22.7.2004 – 9 SaGa 593/04 – juris, Rn. 23.

halt der Tarifforderungen verweist, ist zunächst hervorzuheben, dass es sich lediglich um Tarifforderungen handelt, die noch im Einzelnen auszuhandeln wären. Es ist aber nicht Aufgabe der Gerichte und stellt eine unzulässige Tarifizensur dar, wenn die Gerichte eine Inhaltskontrolle durchführen könnten.“⁵³

Mithin war zwischen den Gerichten umstritten, ob der Kontrollmaßstab noch zur durchzuführenden Rechtskontrolle von Tarifynhalten zähle oder aber schon zur rechtswidrigen Tarifynhaltskontrolle.

c. Streik mit geringen praktischen Auswirkungen

Daneben kann man an der Verhältnismäßigkeit eines Streiks um Tarifziele zweifeln, die kaum praktische Auswirkungen haben. Das BAG hatte über einen Streik im Einzelhandel zu befinden, mit dem eine Arbeitszeitbegrenzung parallel zum geltenden Ladenschluss erkämpft werden sollte. Das Unternehmen hielt einen solchen Streik für nicht erforderlich und damit unverhältnismäßig, da die praktischen Auswirkungen wegen des zwingend geltenden Ladenschlusses gering seien. Das BAG lehnte eine Beanstandung der Streikforderung ab: „Eine entsprechende Entscheidung würde voraussetzen, daß Arbeitskämpfe nicht für eine tarifliche Regelung geführt werden dürfen, die ihrerseits keine großen praktischen Auswirkungen hat und keine wesentlichen Vorteile für die Arbeitnehmer bringt. Ein solcher Rechtssatz würde einer Tarifizensur gleichkommen, die den Gerichten verwehrt ist.“⁵⁴

d. Scheitern der Verhandlungen als Arbeitskampf voraussetzung

Arbeitskampfmaßnahmen unterliegen dem ultima-ratio-Grundsatz.⁵⁵ Solange eine streiklose Einigung durch Verhandlungen noch möglich ist, diese noch nicht gescheitert sind, sind Arbeitskampfmaßnahmen unzulässig.⁵⁶ Hier stellten sich zwei Fragen: zum einen, ob ein Scheitern der Verhandlungen subjektiv oder objektiv zu bestimmen ist und darauf aufbauend, ob die Arbeitsgerichte ein Scheitern gerichtlich überprüfen dürfen.

Schon 1988 lehnte das BAG eine solche objektive (bzw. materielle) Kontrolle aus zwei Gründen ab. Zum einen könne „eine noch bestehende Verhandlungs- und Kompromißbereitschaft der Tarifvertragsparteien als innere Tatsache nicht oder jedenfalls nur unter größten Schwierigkeiten an-

53 LAG Rheinland-Pfalz 14.6.2007 – 11 Sa 208/07 – juris, Rn. 62.

54 BAG 27.6.1989 – 1 AZR 404/88 – NZA 1989, 969, 973, juris-Rn. 71.

55 BAG Großer Senat 21.4.1971 – GS 1/68 – juris, Rn. 66.

56 Däubler/Bieback/Wroblewski, Arbeitskampfrecht, § 17 Rn. 42.

hand von Indizien festgestellt werden“⁵⁷. Vor allem aber gilt: „Sie ist vor allen Dingen unzulässig, weil sie im Ergebnis zu einer Tarifzensur führen würde. Eine Entscheidung dahin, ein Arbeitskampf habe noch nicht geführt werden dürfen, weil noch bestehende Meinungsverschiedenheiten zwischen den Tarifvertragsparteien überbrückbar gewesen seien, schließt die Entscheidung darüber ein, daß die eine oder andere Tarifvertragspartei letztlich doch zum Nachgeben verpflichtet gewesen wäre, um einen Arbeitskampf zu vermeiden.“⁵⁸ 1991 hat das BAG diesen Grundsatz bestätigt.⁵⁹ Leicht modifizierend will in der jüngeren Vergangenheit das ArbG Passau zumindest eine „Missbrauchskontrolle“ anwenden.⁶⁰

Die Rechtsprechung sieht hier also eine Tarifzensur darin, dass sich ein Gericht anmaßt, darüber zu befinden, worüber nur eine Tarifpartei befinden darf, nämlich darüber, ob sie noch weiter nachzugeben hat (BAG) oder auf welche Weise ein Tarifabschluss noch zu erreichen ist (ArbG Passau).

3. Rechtswidrigkeit einzelner Arbeitskampfforderungen

Nach der Rechtsprechung des BAG führt bereits eine rechtswidrige Kampfforderung zur Rechtswidrigkeit des Arbeitskampfes.⁶¹ Eine Kontrolle, ob es sich hierbei nicht um eine unwesentliche Forderung handelt (mit der Folge, dass der Kampf um die übrigen Forderungen rechtmäßig wäre) wollen die Gerichte hingegen nicht vornehmen. Denn, so führt etwa das ArbG Frankfurt am Main aus: „Die Arbeitsgerichte sind nicht befugt, eine Tarifzensur durchzuführen; auf eine solche liefe es aber hinaus, wenn die Gerichte beim Vorliegen sowohl rechtmäßiger als auch rechtswidriger Streikziele die Rechtswirksamkeit des Gesamtstreiks danach beurteilen würden, welches der Ziele wesentlich ist.“⁶²

57 BAG 21.6.1988 – 1 AZR 651/86 – NZA 1988, 846, 848, juris-Rn. 66 f.

58 BAG 21.6.1988 – 1 AZR 651/86 – NZA 1988, 846, 848, juris-Rn. 66 f.

59 BAG 9.4.1991 – 1 AZR 332/90 – NZA 1991, 815, 816, juris-Rn. 23; wortgleich zur Tarifzensur LAG Bremen 5.5.1998 – 2 Sa 127/98 – juris, Rn. 8; zustimmend *Grobys/Panzer*, Kapitel 22, Rn. 41; anders für den Fall, dass weitere Verhandlungen schon terminiert sind *Otto*, Tarifzensur und Arbeitskampf, S. 672.

60 ArbG Passau 2.10.2007 – 1 Ga 20/07 – juris, Rn. 72: „Ein offensichtlicher und krasser Missbrauch von Arbeitskampfmaßnahmen oder ein Verstoß gegen ein Gebot der Fairness im Arbeitskampf liegt hier jedenfalls nicht vor. [...] Es [...] liefe auf eine unzulässige ‚Tarifzensur‘ hinaus“ (für einen Abbruch der Verhandlungen acht Monate nach Ablauf der Friedenspflicht).

61 Offengelassen lediglich für den Fall der ganz untergeordneten Forderung BAG 10.12.2002 – 1 AZR 96/02 – NZA 2003, 734, 741, juris-Rn. 51.

62 ArbG Frankfurt am Main 3.8.2011 – 22 Ga 134/11 – BeckRS 2011, 74963; ArbG Frankfurt am Main 29.2.2012 – 9 Ga 24/12 – juris, Rn. 50; die Theorie

III. Tarifizensur durch Vorgaben des Tarifvertragssystems

1. Tarifeinheit

Bis 2010 wollte das BAG die Tarifpluralität im Betrieb nach dem ungeschriebenen „Grundsatz der Tarifeinheit“ behandeln und nur den spezielleren Tarifvertrag wirken lassen.⁶³ Das Hessische LAG lehnte die Anwendung dieses Maßstabes ab, weil es fürchtete, hierdurch Tarifizensur auszuüben. „Immerhin zeigen auch diese Erwägungen, dass es zumindest zweifelhaft ist, ob sich ein Prinzip der Tarifeinheit wirklich auf der Grundlage geltenden Rechts verwirklichen lässt. Ist nämlich [...] keiner der in Rede stehenden Tarifverträge spezieller, so müssten sich Kollisionslösungsregeln zwangsläufig am Inhalt der Tarifverträge -- mit der Gefahr der Tarifizensur -- [...] orientieren.“⁶⁴

2. Tariffähigkeit

Damit eine Vereinigung eine tariffähige Gewerkschaft ist, muss sie eine gewisse Mächtigkeit aufweisen. Hierfür kann Indiz sein, dass sie in der Vergangenheit bereits erfolgreich Tarifverträge abgeschlossen und so ihre Durchsetzungskraft bewiesen hat.⁶⁵ Für die Rechtsprechung stellt sich die Frage, ob jedem abgeschlossenen Tarifvertrag eine solche Indizwirkung zukommt oder ob vielmehr durch die Arbeitsgerichte inhaltlich zu untersuchen ist, ob diese wirklich Tarifverträge sind.

Nach dem BAG haben die Arbeitsgerichte zu kontrollieren, ob es sich bei den geschlossenen Tarifverträgen lediglich um Gefälligkeitstarifverträge handelt. Solche können entweder Tarifverträge sein, die „von der Arbeitgeberseite nur geschlossen werden, um der Arbeitnehmervereinigung einen Gefallen zu erweisen, etwa um ihr das Etikett einer ‚Gewerkschaft‘ zu verleihen“⁶⁶ oder aber solche „bei denen die Arbeitnehmervereinigung der Arbeitgeberseite ‚gefällig‘ ist“.⁶⁷ Von letzterem soll allerdings „nur in Fällen eines kollusiven Zusammenwirkens der Arbeitnehmervereinigung mit der Arbeitgeberseite ausgegangen werden können. [...] Für] eine solche Annahme bedarf es des Vorliegens besonderer Anhaltspunkte. Um solche kann es sich handeln, wenn etwa in einem Tarifvertrag unter Ausnutzung

sei zwingend, um Tarifizensur zu vermeiden: *Grobys/Panzer*, Kapitel 22, Rn. 39.

63 Umfassend *Löwisch/Rieble*, § 4 Rn. 305 ff.

64 Hessisches LAG 12.11.2001 – 16 Sa 806/00 – juris, Rn. 80; so auch die Literatur *MüArbR/Rieble/Klumpp*, § 186, Rn. 24, *Jacobs*, NZA 2008, 325, 326; skeptisch zu den rechtspolitischen Forderungen *Kork*, Verbandspluralität, S. 205.

65 Etwa BAG 10.9.1985 – 1 ABR 32/83 – NZA 1986, 332, 333, juris-Rn. 38.

66 BAG 28.3.2006 – 1 ABR 58/04 – NZA 2006, 1112, 1119, Rn. 68.

67 BAG 28.3.2006 – 1 ABR 58/04 – NZA 2006, 1112, 1119, Rn. 69.

einer gesetzlichen Tariföffnungsklausel gesetzliche Mindestbedingungen ohne Kompensation unterschritten werden oder ein besonders krasses Missverhältnis zwischen den vereinbarten Leistungen vorliegt.“⁶⁸

Die zulässige Kontrolle eines Tarifvertrages auf kollusives Zusammenwirken ist nach dem BAG zu unterscheiden von der sonstigen Untersuchung, aus welchen Gründen ein Tarifvertrag zustande gekommen ist: „Ansonsten ist es nicht Aufgabe der Gerichte für Arbeitssachen, durch die Qualifizierung einer Vereinbarung als ‚Gefälligkeitstarifvertrag‘ Tarifzensur zu üben.“⁶⁹

In der Literatur wird der Vorwurf erhoben, schon die Untersuchung geschlossener Tarifverträge darauf hin, ob sie „Gefälligkeitstarifverträge“ seien, sei Tarifzensur.⁷⁰ Manche sehen schon in der strengen Kontrolle der Tariffähigkeit „mittelbare Tarifzensur“.⁷¹ Umgekehrt pflichten auch zahlreiche Autoren dem BAG bei.⁷² Manche Autoren hingegen wollen noch weitergehend untersuchen: *Greiner* etwa will „in Betracht ziehen, auch die Tariffinhalte verstärkt in den Blick zu nehmen, um den Missbrauchsverdacht zu entkräften [...] der Schutzzweck des Verbots der Tarifzensur [scheint] dem nicht entgegenzustehen.“⁷³ Ansonsten sei „dem Missbrauch der Tarifnormsetzung Tür und Tor geöffnet.“⁷⁴

68 BAG 28.3.2006 – 1 ABR 58/04 – NZA 2006, 1112, 1119, Rn. 67.

69 BAG 28.3.2006 – 1 ABR 58/04 – NZA 2006, 1112, 1119, Rn. 67; so auch die Vorinstanz LAG Baden-Württemberg 1.10.2004 – 4 TaBV 1/04 – juris, Rn. 59; ArbG Paderborn 14.3.2008 – 2 BV 30/07 – juris, Rn. 117.

70 *Löwisch/Rieble*, § 2 Rn. 126: die innere Willensrichtung sei nicht zu überprüfen, letztlich wolle das BAG bemessen, ob „die Gewerkschaft [...] einen gerichtlich anzuerkennenden Tariferfolg erreicht hat“; *Otto*, Tarifzensur und Arbeitskampf, S. 669; *Kamanabrou*, ZfA 2008, 241, 250; ablehnend zum BTÜ-Beschluss des BAG, der Tarifverträgen mit „ausschließlich betriebsverfassungsrechtlichem Inhalt keine Indizwirkung“ zusprechen will: *Rieble*, BB 2004, 885, 889; appellierend an eine zurückhaltende Kontrolle *Butz/Brummer*, ArbAktuell 2012, 271.

71 *Richardi*, NZA 2004, 1025, 1028, noch zur Vorinstanz; v. Mangoldt/Klein/Starck/Kemper, Art. 9 Abs. 3 GG, Rn. 149; ähnlich *Hemmen*, Durchsetzungsfähigkeit, S. 125 ff; anders soll dies bei der (fiktiven) Durchsetzungsfähigkeit an Arbeitgeberverbände sein: *Schrader*, Durchsetzungsfähigkeit, S. 259 ff.

72 *Däubler/Peter*, TVG, § 2 Rn. 22: es werde gerade nicht der Inhalt bewertet, sondern das Zustandekommen; *Schüren/Wank*, RdA 2011, 1, 10; „unverzichtbar“, weil die Tariffinhalte nicht überprüft werden sollen: *Wank/Schmidt*, RdA 2008, 257, 264.

73 *Greiner*, NZA 2011, 825, 828 mwN; skeptisch noch *Greiner*, Pluralität, S. 224.

74 *Greiner*, NZA 2011, 825, 827.

3. AGB-Kontrolle von Tarifverträgen

Das Bürgerliche Recht nimmt durch § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB Tarifverträge von der AGB-Kontrolle aus.⁷⁵ Diese gesetzliche Beschränkung eines Kontrollmaßstabes soll nach dem BAG ebenfalls eine Tarifizensur, mithin eine mittelbare Bewertung von Tarifinhalten, verhindern. „Der Gesetzgeber unterstellt, dass Tarifbestimmungen angesichts der gegenläufigen Interessen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber einen insgesamt angemessenen Ausgleich herstellen [...]. Den Gerichten ist deshalb die Prüfung entzogen, ob eine Tarifregelung insgesamt zweckmäßig, billig und im Einzelfall die „gerechteste“ Lösung ist. Es verbleibt lediglich die Überprüfung, ob die Regelung mit zwingendem Gesetzes- und Richterrecht sowie Wertentscheidungen des Grundgesetzes, insbesondere dem Gleichheitssatz des Art. 3 GG vereinbar ist [...]. Andernfalls bestünde die Gefahr einer mittelbaren Tarifizensur.“⁷⁶ Dies gelte auch für die individualvertragliche Bezugnahme auf einen Tarifvertrag.⁷⁷

IV. Tarifizensur durch (ergänzende) Tarifauslegung

Tarifinhalte bedürfen der Auslegung. Indes soll das „Verbot der Tarifizensur“ ihr insoweit Grenzen setzen, als das Gericht nicht über den formalen Weg der Auslegung Tarifinhalte korrigieren dürfe. Deshalb lehnt etwa das LAG Hamburg eine teleologisch korrigierende Auslegung einer Tarifnorm ab.⁷⁸ Das BAG hingegen nimmt – ohne Thematisierung einer „Tarifizensur“ – analoge Anwendungen von Tarifinhalten vor⁷⁹, was wiederum in der Literatur als „Tarifizensur“ kritisiert wird.⁸⁰

Die Literatur will bisweilen Beispiele ausmachen, in denen ein Gericht unter dem formalen Mantel der Tarifauslegung einen missliebigen Inhalt durch eine eigene Wertung ersetzt.⁸¹ Löwisch/Rieble sehen etwa eine „so-

⁷⁵ MüKoBGB/Basedow, § 310 Rn. 95; Staudinger/Schlosser, § 310 Rn. 87.

⁷⁶ BAG 28.6.2007 – 6 AZR 750/06 – NZA 2007, 1049, 1051, Rn. 25; insoweit ablehnend *Ulrici*, jurisPR-ArbR 9/2013, Anm. 5, unter C) IV).

⁷⁷ BAG 13.12.2007 – 6 AZR 222/07 – NZA 2008, 478, 481, Rn. 27; auch LAG München 1.2.2012 – 10 Sa 837/11 – juris, Rn. 89; zustimmend *Romanowski*, Die Sicherung von Arbeitnehmerrechten, Rn. 5; *Schlewing*, NZA-Beilage 2012, 33, 40; *Stoffels/Bieder*, RdA 2012, 27, 34; *Moll/Hamacher*, MAH Arbeitsrecht § 70 Rn. 2; *Graf v. Westphalen/Thüsing*, Arbeitsverträge Rn. 190; einschränkend für die teilweise Verweisung HK-ArbR/*Holthaus*, § 13 BUrlG Rn. 19; differenzierend *Schwab*, Bezugnahmen auf Tarifverträge, S. 150 ff; weniger deutlich die Gesetzesbegründung, BTDruckS 14/6857, S. 54.

⁷⁸ LAG Hamburg 28.7.2010 – 5 Sa 18/10 – juris, Rn. 51.

⁷⁹ BAG 29.4.2004 – 6 AZR 101/03 – NZA 2005, 57, 59, juris-Rn. 33.

⁸⁰ Löwisch/Rieble, § 1 Rn. 775.

⁸¹ Appellierend MüArbR/Rieble/Klumpp, § 175, Rn. 3; in diese Richtung Löwisch/Rieble, § 1 Rn. 1461.

ziale Tarifizensur“, weil das BAG Ausschlussklauseln in Tarifverträgen in ihren Augen wortlautübersteigend zu arbeitnehmergünstig auslegt.⁸² Auch wittern sie Tarifizensur darin, dass das BAG das Objekt einer dynamischen Tarifverweisung auch „unter Redlichkeitsaspekten“ bestimmen möchte.⁸³

Ein Sonderfall ist die Frage, ob die Gerichte zur ergänzenden Tarifauslegung bei Tarifregelungslücken berechtigt sind.⁸⁴ Das LAG Hamburg sieht sich zumindest nicht vom „Verbot der Tarifizensur“ hieran gehindert. Für den Fall, dass ein Tarifynhalt gegen Art. 3 GG verstoße, sei „diejenige Ergänzungsmöglichkeit auszuwählen, die dem Regelungssystem des Tarifvertrags am nächsten kommt und keine ergänzende oder zweckändernde rechtspolitische Entscheidung erforderlich macht. Um unbewußte Regelungslücken auszufüllen, bedarf es sicherer Anhaltspunkte dafür, welche Regelung die TV-Parteien getroffen hätten. Läßt sich ein mutmaßlicher Wille nicht feststellen, kann die aufgrund des Gleichheitsverstoßes entstandene Regelungslücke durch das Gericht trotzdem geschlossen werden, wenn nur so die Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG beseitigt werden kann“.⁸⁵ Nur im Übrigen sei es nicht „Aufgabe der Gerichte [...], zu prüfen, ob die TV-Parteien die sachgerechteste und zweckmäßigste Regelung getroffen haben. Jede Tarifizensur muß unterbleiben.“⁸⁶

V. Tarifizensur durch staatliches Anknüpfen an Tarifverträge

Daneben thematisiert die Rechtsprechung, ob auch bei der Kontrolle von staatlichem Handeln, das an Tarifverträge anknüpft, Tarifizensur droht.

1. Allgemeinverbindlicherklärung

Das ArbG Leipzig hatte inzident darüber zu befinden, ob die Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags zwischen dem Arbeitgeberverband Postdienste e. V. und der Gewerkschaft ver.di im Bereich der Postdienstleistungen durch das BMAS nach § 1 Abs. 3a AEntG (a.F.) rechtmäßig war. Zwar sei das öffentliche Interesse an der Allgemeinverbindlicherklärung hierbei ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal; an diesem mangle es aber nicht etwa deshalb, weil dem Tarifvertrag eine verminderte Richtigkeitsgewähr zukomme. Dies behauptete die Beklagte, eine Konkurrentin der Deutsche Post AG: der Arbeitgeberverband sei von der

82 Löwisch/Rieble, § 1 Rn. 1643.

83 Löwisch/Rieble, § 3 Rn. 605.

84 Hierzu auch § 1 F. I. 5, S. 113.

85 LAG Hamburg 31.1.2000 – 8 Sa 80/99 – juris, Rn. 39.

86 LAG Hamburg 31.1.2000 – 8 Sa 80/99 – juris, Rn. 39; kritisch Löwisch/Rieble, § 1 Rn. 8, 1643.

Deutsche Post AG als Quasi-Monopolistin dominiert, die an einem hohen Mindestlohn zur Konkurrenzverdrängung Interesse habe.⁸⁷

Das ArbG Leipzig lehnte es ab, dies im Rahmen des öffentlichen Interesses zu kontrollieren: „Eine Bewertung der Angemessenheit des tariflich vereinbarten Mindestlohnes und damit eine Tarifizensur ist durch das Gericht nicht vorzunehmen.“⁸⁸

In der Literatur wird hingegen betont, bei der Kontrolle des Handelns des BMAS gehe es gerade nicht um Tarifizensur, sondern um die Kontrolle staatlichen Handelns. Der Staat sei im Rahmen der Allgemeinverbindlicherklärung auch zum Schutz der Außenseiter berufen und dürfe mithin entsprechend kontrolliert werden.⁸⁹ Dies sei „gebotene Normverantwortung“.⁹⁰ Anders argumentiert *Lakies*: Zwar sei auch eine teilweise Allgemeinverbindlicherklärung durch das BMAS möglich, „zur Vermeidung von ‚Tarifizensur‘“ sei dies nur dann zulässig, wenn die ausgelassenen Tarifnormen „offensichtlich und unzweifelhaft mit höherrangigem Recht unvereinbar sind.“⁹¹

2. Vergaberecht

Auch die ordentlichen Gerichte befürchten, dass bestimmte staatliche Kontrollen unzulässige Tarifizensur seien. Der Vergabesenat des OLG Düsseldorf etwa hatte sich im Rahmen der Beurteilung eines Tariftreueverlangens mit der Auslegung des § 2 Abs. 2 Satz 2 TariftG NRW zu beschäftigen. Dieser legt, so das OLG, lediglich fest, dass hierbei „maßgeblich“ solche Tarifverträge zu berücksichtigen [sind], die (im Auftragsgebiet) mindestens 25 % der Arbeitnehmer erfassen“.⁹²

Umgekehrt enthalte die Norm aber kein Verbot, solche Tarifverträge zu berücksichtigen, die weniger als 25% der Arbeitnehmer erfassen. Denn: „Der Auftraggeber ist demgegenüber aber schon im Ansatz nicht befugt, unter verschiedenen in sachlicher und räumlicher Hinsicht auf die Leistung anwendbaren Tarifverträgen eine sachliche Auswahl zu treffen, m.a.W. im rechtlichen Ergebnis einzelne Tarifverträge zu verwerfen und anderen Tarifverträgen (oder einem einzigen Vertrag) – dieses möglicherweise sogar unter qualitativen Gesichtspunkten – den Vorzug zu geben. Ein so verstandenes Auswahlermessen läuft auf eine Tarifizensur hinaus, die dem öffentlichen Auftraggeber durch § 2 Abs. 2 TariftG NRW

87 ArbG Leipzig 25.11.2008 – 1 Ca 2449/08 – juris, Rn. 73.

88 ArbG Leipzig 25.11.2008 – 1 Ca 2449/08 – juris, Rn. 74.

89 MüArbR/*Rieble/Klumpp*, § 179 Rn. 46; auch wieder *Löwisch/Rieble*, § 5 Rn. 198.

90 *Löwisch/Rieble*, § 5 Rn. 135.

91 Däubler/*Lakies*, TVG § 5 Rn. 52, 172.

92 OLG Düsseldorf 6.12.2004 – VII-Verg 79/04, Verg 79/04 – juris, Rn. 15.

keinesfalls gestattet ist. Der Abschluss und Inhalt von Tarifverträgen unterliegt ausschließlich der Autonomie der Tarifvertragsparteien.“⁹³

3. § 160 SGB III: Ruhen des Arbeitslosengeldes bei Arbeitskampf

Ähnliche Befürchtungen haben bisweilen die Sozialgerichte. Das BSG hatte über die Verfassungskonformität von § 160 SGB III⁹⁴ zu befinden. Hiernach darf durch die Gewährung von Arbeitslosengeld nicht in den Arbeitskampf eingegriffen werden, weshalb – vereinfacht – staatliche Leistungen in dieser Zeit ruhen, wenn der Neutralitätsausschuss (Abs. 5) dies nach bestimmten Kriterien (Abs. 3) festgestellt hat. Hierbei muss unter bestimmten Voraussetzungen eine Prognose getroffen werden, ob das Arbeitskampfergebnis aller Voraussicht nach im räumlichen Geltungsbereich eines anderen Tarifvertrages im Wesentlichen übernommen wird.

Einen Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 GG vermochte das BSG nicht zu erkennen. „Eine Inhaltskontrolle i. S. einer Tarif- oder Arbeitskampf-Zensur wird nicht ausgeübt. § 116 AFG beschränkt die Feststellung darauf, ob in einem Tarifgebiet eine Forderung erhoben worden ist, die einer Hauptforderung des Arbeitskampfes in einem anderen Tarifgebiet gleicht, sowie darauf, ob prognostisch von einer Übernahme des Kampfergebnisses auszugehen ist. Der Ausschuss hat nicht darüber zu befinden, ob die gewerkschaftl. Forderung tarifpolitisch, betriebs- oder volkswirtschaftl. sinnvoll ist und/oder ob es angezeigt erscheint, durch Gewährung oder Nichtgewährung von Leistungen an Arbeitnehmer Einfluß auf das Kräfteverhältnis im Kampfgebiet zu nehmen.“⁹⁵

C. Tarifizensur in der Rechtswissenschaft

Die Arbeitsrechtswissenschaft verwendet ebenfalls den Begriff der Tarifizensur. Zum einen geht es um Urteilsbesprechungen, bei denen bereits die Rechtsprechung den Begriff verwendet.⁹⁶ Daneben gibt es Befundfälle, bei denen die Tarifizensur in der Literatur, aber nicht oder kaum in der Rechtsprechung Niederschlag gefunden hat.

93 OLG Düsseldorf 6.12.2004 – VII-Verg 79/04, Verg 79/04 – juris, Rn. 15.

94 Genauer: der Vorgängervorschrift § 116 AFG.

95 BSG 4.10.1994 – 7 KlAr 1/93 – NZA 1995, 320, 342, juris-Rn. 254; kritisch A/K/S/Schumann, Kampf um das Streikrecht, Kritik des Gesetzentwurfes, S. 66, 71: kritisiert, dass „die regionale Differenzierung der Tariflandschaft“ durch das Arbeitsamt angegriffen werden könnte.

96 Schon unter § 1 A, S. 25.

I. Tarifkontrollwünsche

Auch in der Literatur fordern Autoren die Anwendung eines bestimmten Kontrollmaßstabes trotz des „Verbotes der Tarifizensur“.

1. Streik um den Tarifsozialplan

Prominentes Beispiel sind Streiks um Tarifsozialpläne. Bei diesen stellt eine Gewerkschaft nach Ankündigung einer Betriebsverlagerung Forderungen nach einem Tarifsozialplan, der verlängerte Kündigungsfristen, Qualifizierungsmaßnahmen, u.ä. enthält. Dessen Vereinbarkeit mit der Unternehmerfreiheit aus Art. 12 GG ist aus zwei Gründen fraglich: zum einen ist der wirtschaftliche Wert der Forderungen hoch, zum anderen wird vermutet, in Wahrheit sei die freie Unternehmerentscheidung, den Betrieb zu verlagern, eigentliches Ziel des Streiks. Ist ein solcher Streik etwa wegen ungerechtfertigten Eingriffs in die Unternehmerfreiheit rechtswidrig, oder ist den Gerichten eine entsprechende Kontrolle untersagt? Und: zwingt das „Verbot der Tarifizensur“, auf die Anwendung dieses Kontrollmaßstabes zu verzichten?

Nach Ansicht des BAG ist nur der formelle Streikbeschluss und nicht das vermeintlich wirklich gewollte Ziel der Verhinderung der Standortverlagerung auf seine Rechtmäßigkeit zu untersuchen⁹⁷. Zahlreiche Literaturstimmen wollen hier strenger sein – und begründen, warum auch bei der Kontrolle des „in Wahrheit Gewollten“ keine „Tarifizensur“ drohe. Für *Franzen* haben die Gerichte zu kontrollieren, ob es sich bei einer Streikforderung um die „Umgehung des Verbots unzulässiger Streikziele“ handle. Diese Kontrolle von Tarifhandeln sei eine Rechtskontrolle und damit keine Tarifizensur.⁹⁸ Ähnlich argumentieren *Löwisch/Rieble*, räumen indes ein, dass die praktische Umsetzung schwierig sein kann.⁹⁹ Auch für *Kaiser* stellte eine solche Kontrolle gerade keine Tarifizensur dar: „Insoweit wird nicht der Umfang der Streikforderung auf seine Verhältnismäßigkeit überprüft; dies wäre in der Tat unzulässige Tarifizensur. Vielmehr wird verhindert, dass im Gewand an sich zulässiger Forderungen ein Ziel erkämpft wird, das nicht erkämpfbar ist; das ist bloße Rechtmäßigkeitskontrolle.“¹⁰⁰

97 BAG 24.4.2007 – 1 AZR 252/06 – NZA 2007, 987, 997, Rn. 108 ff, ohne Nennung der „Tarifizensur.“

98 *Franzen*, JbArbR 47 [2010], 119, 131; *Grimm/Pelzer*, NZA 2008, 1321, 1326; kritisch im Hinblick auf das Argument der Tarifizensur *Höfling*, ZfA 2008, 1, 27; *Krieger/Wiese*, BB 2010, 568, 571; *Wolf*, BB-Special Arbeitsrecht 4. 2008, 16, 17.

99 *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 237.

100 *Kaiser*, Standortsicherung, S. 395.

Daneben ist umstritten, ob die Forderungshöhe auf ihre Vereinbarkeit mit der Unternehmerfreiheit aus Art. 12 GG zu untersuchen ist. Das BAG lehnt eine solche Übermaßkontrolle von Streikforderungen ab, da diese zum Schutz der Unternehmerfreiheit nicht erforderlich seien; die „bloße Tarifforderung hat keine rechtsgestaltende, für den Gegner verbindliche Wirkung.“¹⁰¹ Die Literatur ist gespalten. Für das eine Lager hat eine gerichtliche Kontrolle zu unterbleiben, da diese eine unzulässige Tarifizensur darstelle. Mangels Maßstabes sei die Tarifforderung nicht überprüfbar.¹⁰² Die Gerichte müssten sonst eine „Opfergrenze [der] Unternehmerbelastung [und] Übermaß-Schwelle des Arbeitnehmerschutzes und –einkommens festlegen. Auch gibt es keine wie auch immer geartete Evidenz-Marke. [...] Doch auch solche Bilder geben keinen Halt davor, in eine Tarifizensur abzugleiten, bei deren Ausübung der Richter sein subjektives Ermessen an die Stelle des tarifpolitischen Aushandlungsprozesses und dessen Ergebnis setzen müsste.“¹⁰³

Umgekehrt argumentiert ein großes Lager, die Kontrolle anhand von Art. 12 GG sei reine Rechtskontrolle, zu denen die Gerichte nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet seien.¹⁰⁴ Um Tarifizensur handele es sich gerade nicht. Im Einzelnen gibt es zahlreiche Facetten. So will *Greiner* trotzdem einen „großzügigen Maßstab im Sinne einer Evidenz- und Missbrauchskontrolle zu Grunde“ legen.¹⁰⁵ Auch *Ricken* will großzügig sein, weil er nicht an die objektive Feststellbarkeit einer Höchstbelastungsgrenze glaubt, vielmehr einen „Kampf der Wirtschaftsprüfer“ fürchtet und deshalb „zur Vermeidung einer staatlichen Tarifizensur [eine] Einschätzungsprärogative der Tarifparteien zu akzeptieren“ bereit ist.¹⁰⁶ Dem schließt sich letztlich auch das LAG Schleswig-Holstein an, das sich zwar nicht wegen des „Verbotes der Tarifizensur“ an einer Kontrolle gehindert sah, trotzdem einen großzügigen Maßstab anlegen wollte. Es müsse „der erhobenen Tarifforderung sozusagen augenscheinlich auf die Stirn geschrieben sein, dass sie den Kernbereich der Unternehmensautonomie verletzt, ansonsten liefe es auf eine unzulässige Tarifizensur durch die Gerichte hinaus.“¹⁰⁷

101 BAG 24.4.2007 – 1 AZR 252/06 – NZA 2007, 987, 996 f., Rn. 100, ohne Nennung der „Tarifizensur.“

102 *Mehrens*, Sozialtarifverträge, S. 182 f; *Hagedorn*, Tarifsozialpläne, S. 269 ff, insbesondere S. 278.

103 *Hensche*, AuR 2004, 443, 445.

104 *Fischinger*, Arbeitskämpfe S. 165; auch wieder *Staudinger/Fischinger/Richardi*, § 611, Rn. 955; *Nicolai*, SAE 2004, 240, 244; *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 703; *Krist*, Tarifsozialplan, S. 165.

105 *Greiner*, NZA 2008, 1274, 1280.

106 *Ricken*, ZfA 2008, 283, 288 f.

107 LAG Schleswig-Holstein 27.3.2003 – 5 Sa 137/03 – juris, Rn. 59.

2. Feststellung der Günstigkeit in § 4 Abs. 3 TVG

Gemäß § 4 Abs. 3 TVG darf vom Tarifvertrag nur zugunsten der Arbeitnehmer abgewichen werden. Es ist umstritten, wie diese Günstigkeit festzustellen ist. Die Rechtsprechung möchte einen Sachgruppenvergleich vornehmen: er „faßt zusammenhängende Arbeitsbedingungen in einen inneren Zusammenhang und gestattet innerhalb dieses Bündels Kompensationsgeschäfte, mit denen der Arbeitsvertrag eine punktuelle Verschlechterung durch eine anderweitige Verbesserung überkompensieren kann [...]“.¹⁰⁸

Manche Autoren sehen in dieser „Kontrolle“ eine unzulässige Tarifizensur. Es müsse den Tarifparteien überlassen bleiben, einen bestimmten Mindestschutz genau so für notwendig zu erachten. Könnten aber „die Individualparteien [Abweichendes vereinbaren], wenn es nur ‚unter dem Strich stimmt‘ [...] wäre dies] eine verkappte Tarifizensur, die noch über das hinausgeht, was eine richterliche Billigkeitskontrolle bewirken würde, weil sie die Tarifautonomie insgesamt weithin zur Disposition stellen würde.“¹⁰⁹

Umgekehrt gibt es Autoren, die gerade nicht die Gefahr einer Tarifizensur sehen. Es sei keine „arbeitsrechtliche Besonderheit, daß es der Rechtsprechung (und Lehre) überlassen bleibt, unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln mit Inhalt zu füllen [...]. Eine richterliche Zensur des Tarifvertrages ist schon deshalb nicht zu befürchten [...]. Das Gericht hat in diesem Fall die Rechtsfrage zu klären, welche Vereinbarung günstiger ist, es hat aber nicht selbst die Vertragsbedingungen abweichend festzulegen. Lehnt es die Günstigkeit der abweichenden Kompensationsvereinbarung ab, bleibt es bei den tariflichen Regelungen. Der Tarifvertrag selbst wird durch das Gericht nicht geändert oder zensiert.“¹¹⁰

3. Verhältnis des Tarifvertrages zum Kartellrecht

Das kollektive Arbeitsrecht mit seiner beabsichtigten Kartellierungswirkung und das Kartellrecht mit der grundsätzlichen Ablehnung von Kartellen können miteinander in Konflikt geraten. Zumindest für die Regelung der Arbeitsbedingungen im normativen Teil eines Tarifvertrages soll gerade zur Vermeidung einer Tarifizensur keine Kartellkontrolle stattfinden.¹¹¹ *Buchner* hingegen wünscht sich in manchen Konstellationen eine intensivere Kartellkontrolle von Tarifhandeln. Hierbei handele es sich nicht um

¹⁰⁸ Löwisch/Rieble, § 4 Rn. 532.

¹⁰⁹ Däubler/Deinert, TVG § 4 Rn. 663.

¹¹⁰ Emmert, Betriebsvereinbarungen über Zeitlohn, S. 268 f; Schorn, Arbeitsplatzargument, S. 76 f.

¹¹¹ HK-ArbR/Hensche, Art. 9 GG Rn. 75; MüArbR/Löwisch/Rieble, § 158 Rn. 15.

Tarifzensur: „Mit dieser Formel sollte jedoch nicht undifferenziert argumentiert werden. Die Verhaltenskontrolle gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen darf [...] nicht mit staatlicher Preisregulierung gleichgesetzt werden.“¹¹²

II. Tarifverteidigungsversuche

In den meisten Fällen befürchtet die Rechtswissenschaft eine unzulässige Tarifzensur bei der Anwendung eines bestimmten Kontrollmaßstabes.

1. Tarifkontrolle durch den Gesetzgeber

a. Altersteilzeitgesetz (ATG)

§ 3 Abs. 1 Nr. 3 ATG enthält eine Begrenzung der Zuschüsse durch die Agentur für Arbeit. War der Arbeitgeber mehr als 5% der Belegschaft zum Abschluss einer Altersteilzeitvereinbarung (etwa durch Tarifvertrag) verpflichtet, so entfiel die Förderung gänzlich. *Hensche/Heuschmid* kritisieren diese „Tarifzensur zugunsten des Arbeitgebers“ durch den Gesetzgeber, der letztlich die tarifvertragliche Regelungsbefugnis begrenzt.¹¹³

b. Hochschulrahmengesetz (HRG) a.F.

Durch das „Gesetz über befristete Arbeitsverträge mit wissenschaftlichem Personal an Hochschulen und Forschungseinrichtungen vom 14. Juni 1985“¹¹⁴ ergänzte der Gesetzgeber das HRG um die §§ 57a-57f. Diese sahen unter anderem erleichterte Befristungsmöglichkeiten und nur noch begrenzte Tarifabweichungsbefugnis für wissenschaftliche Mitarbeiter vor. Vorangegangen waren „Bemühungen um eine tarifvertragliche Regelung [...]“. Die Verhandlungen scheiterten jedoch jeweils am Widerstand der Arbeitnehmervertretungen.¹¹⁵ Daraufhin regelte der Gesetzgeber die relevanten Fragen selbst durch Gesetz.

Das BVerfG hielt dieses Vorgehen für verfassungskonform. Der Gesetzgeber dürfe im Rahmen der Erforderlichkeit einer gesetzlichen Normierung auch berücksichtigen, dass die Gewerkschaften sich nicht verhandlungsbereit gezeigt hätten.¹¹⁶ Die Rechtswissenschaft hingegen kritisierte, der Gesetzgeber dürfe keine „Tarifgesetze“ erlassen, also nachträglich in abgeschlossene Tarifverträge eingreifen, da dies „Tarifzensur“ darstelle.¹¹⁷ Da-

¹¹² *Buchner*, BB 2007, 2520, 2521.

¹¹³ *Däubler/Hensche/Heuschmid*, TVG § 1 Rn. 725, 731.

¹¹⁴ BGBl. I 1985, S. 1065.

¹¹⁵ Sachverhaltsschilderung nach BVerfG 24.4.1996 – 1 BvR 712/86 – juris, Rn. 76.

¹¹⁶ BVerfG 24.4.1996 – 1 BvR 712/86 – juris, Rn. 113.

¹¹⁷ *Hammer*, Der Personalrat 1997, 104, 110.

neben wurde vor allem der Eingriff in laufende Tarifverhandlungen als „Tarifzensur“ abgelehnt.¹¹⁸

c. Staatliche Vergütungsregulierung (z.B. VorstAG)

Tarifzensur wird auch durch die staatliche Vergütungsregulierung befürchtet. Zum einen geht es um Höchstverdienstgrenzen (etwa im VorstAG), zum anderen um die Sicherung bestimmter Mindestentgelte (etwa bei der Allgemeinverbindlicherklärung).

Seit 2007 wurden zahlreiche Vorschriften zur Kontrolle bestimmter Vergütungen (etwa von Vorständen oder sog. Risk-Takern¹¹⁹) geschaffen. Ausgenommen von diesen Kontrollmaßstäben wurden nach intensiver Diskussion im Gesetzgebungsverfahren tarifliche Entgeltsysteme.¹²⁰ Folgt man manchen Vertretern der Rechtswissenschaft¹²¹ aber auch der Tarifpartner¹²², war dies wegen „des Verbotes der Tarifzensur“ zwingend.

Für Mindestverdienstgrenzen sieht *Moll* ganz allgemein eine Tarifzensur in allen Arten staatlicher Lohnsetzung. Stets mangle es an einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung für den Eingriff in die Koalitionsfreiheit. Denn die „These des Versagens der Tarifvertragsparteien“ impliziere, dass man wisse, wie ein richtiger Gewerkschaftswettbewerb funktioniere. „Gerade dessen Verneinung auf Grund – angeblich – ‚schlechter‘ Ergebnisse [stelle] diejenige Tarifzensur dar, die die Verdrängung jedweder geringerer konkurrierender Entgelte grundrechtswidrig macht.“¹²³ Auch für den Arbeitgeberpräsidenten *Hundt* stellten „flächendeckendes staatliches Lohndiktat“ und „die Ermächtigung, bestehende Tarifverträge außer Kraft zu setzen“ eine unzulässige staatliche Tarifzensur dar.¹²⁴

2. Tarifikontrolle durch die Gerichte

In erster Linie sehen Literaturstimmen die Gefahr einer Tarifzensur durch gerichtliche Kontrollen von Tarifhandeln.

¹¹⁸ *Lohs*, BB 1996, 1273 ff; wohl auch *Sachs/Kemper*, Art. 9 Abs. 3 Rn. 152; skeptischer *Preis*, Konstitutive und deklaratorische Klauseln in Tarifverträgen, S. 571.

¹¹⁹ *Rieble/Schmittlein*, Vergütung, Rn. 473.

¹²⁰ Ausführlich zur Geschichte *Rieble/Schmittlein*, Vergütung, Rn. 471 ff.

¹²¹ *Heuchemer/Kloft*, WM 2010, 2241, 2242.

¹²² Finanzausschuss berät über Gesetzentwurf zur Begrenzung von Bonus-Zahlungen, FD-ArbR 2010, 304610.

¹²³ *Moll*, RdA 2010, 321, 327.

¹²⁴ *Hundt*, ZRP 2008, 167; anders *Löwisch/Rieble*, Grundlagen Rn. 210.

a. Kontrolle von Arbeitsk Kampfmaßnahmen (insbesondere Streiks)

aa. Anspruch auf Tarifverhandlungen

Das Streikrecht kennt keinen Verhandlungsanspruch, d.h. es steht jeder Partei frei, sich Verhandlungen zu verschließen. Für einige Autoren folgt dies aus dem „Verbot der Tarifzensur“. Denn: „Müßte der Richter das Ablehnungsverhalten und damit die Angemessenheit des Vertragsangebots beurteilen, führte das zur vorweggenommenen Tarifzensur.“¹²⁵

bb. Zwangsschlichtung

Daneben kennt das Streikrecht keine Zwangsschlichtung,¹²⁶ also die verbindliche Entscheidung durch einen vom Staat eingesetzten Schlichter. Auch hier soll das Verbot der Tarifzensur ein maßgeblicher Grund sein.¹²⁷

cc. Freiwillige Tarifverträge

In der Rechtswissenschaft ist umstritten, ob der Gesetzgeber tarifdispositives Recht mit einem Freiwilligkeitsvorbehalt versehen kann. Dieser schließt die Erstreikbarkeit einer abweichenden Norm aus, so dass nur noch eine freiwillige Vereinbarung zulässig ist. In erster Linie würde der Freiwilligkeitsvorbehalt als milderer Mittel zum Abweichungsverbot relevant werden.

Löwisch wirft die Frage auf, wie die Freiwilligkeit kontrolliert werden soll. Da es hier letztlich um Motivuntersuchung gehe, berge dies die Gefahr der Tarifzensur.¹²⁸ Andere Stimmen betonen hingegen, dass in diesen Fällen die Freiwilligkeit Rechtmäßigkeitsvoraussetzung wäre und eine Rechtmäßigkeitskontrolle unstrittig von den Gerichten vorzunehmen sei.¹²⁹

b. Kontrolle von Tariffinhalten

aa. Gemeinwohlbindung

Bereits in den 60er und 70er Jahren wurde diskutiert, ob die Tarifparteien zur Wahrung des Gemeinwohls verpflichtet seien.¹³⁰ In den 90er Jahren

125 *Löwisch/Rieble*, Grundlagen, Rn. 226; *MüArbR/Rieble/Klumpp*, § 163 Rn. 10; anders *Wiedemann/Thüsing*, § 1 Rn. 222 ff.

126 Umfassend *Leinenweber*, Landesschlichtungsgesetze, passim.

127 *Giesen*, ZfA 2011, 1, 35.

128 *Löwisch*, Arbeitsk ampfrecht, 170.1., Rn. 36.

129 So ausführlich *Christ*, Freiwillige Tarifverträge, S. 78 f.

130 Umfassend hierzu *Isele*, JZ 1966, 585, 587; *Reuß*, ZfA 1970, 319 ff; offen *Bulla*, Selbstverantwortung, S. 79 ff; zur Ausrichtung am gesamtwirtschaftlichen Gleichgewicht *Löwisch*, RdA 1969, 129 (jeweils ohne Nennung der Tarifzensur).

wurde die Diskussion wieder virulent, als Gesetzgebungsvorschläge der FDP untersucht wurden, den Tarifparteien aufzuerlegen, „die Beschäftigungserhaltung und –förderung zu beachten“.¹³¹ *Dieterich* war der Ansicht, eine verbindliche Zielvorgabe „sei ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Tarifautonomie. [...] Eine nachträgliche gerichtliche Kontrolle führte zu einer Tarifizensur, die unkalkulierbar und für die Koalitionen unzumutbar wäre.“¹³²

Auch in der aktuellen rechtswissenschaftlichen Diskussion ist eine Gemeinwohlbindung der Tarifparteien gerade im Hinblick auf eine mögliche Tarifizensur umstritten. Für zahlreiche Stimmen taugt das Kriterium wegen seiner Offenheit und der Ausgestaltungsmöglichkeiten für den Gesetzgeber nicht zur Tarifkontrolle.¹³³ *Löwisch/Rieble* etwa kritisieren, dass hier Richter „den Tarifwillen in eigener Verantwortung ersetzen würden.“¹³⁴ Gerade dies sei unzulässige Tarifizensur. *Dieterich* argumentiert, es handele sich um einen „wirtschafts- und sozialpolitisch offenen Begriff, der mit den Mitteln der Rechtsfindung und –anwendung allein nicht konkretisierbar“¹³⁵ sei. Den Gerichten obliege zur Vermeidung der Tarifizensur nur die Rechtmäßigkeitskontrolle, nicht aber die Billigkeitskontrolle.¹³⁶

Die Gegenansicht, namentlich vertreten von *Thüsing*, bekräftigt eine Gemeinwohlbindung der Tarifparteien.¹³⁷ Sein Ansatz: die Kontrolle am Maßstab des Gemeinwohls als Wert von Verfassungsrang sei gerade keine Zensur, sondern vielmehr eine (zulässige) Rechtskontrolle.¹³⁸

bb. Stabilitätsgesetz (StabG)

Im Zusammenhang mit der ersten Gemeinwohldiskussion¹³⁹ wurde ebenfalls untersucht, ob die Tarifparteien zur Wahrung der Wirtschaftsstabilität verpflichtet seien. Anlass waren die Gesetzgebungsvorschläge zum StabG, in erster Linie dessen § 3 Abs. 1. Hiernach stellt die Bundesregie-

¹³¹ Umfassend hierzu *Dieterich*, RdA 2002, 1 ff.

¹³² *Dieterich*, RdA 2002, 1, 17; auch ErfK/*Dieterich*, Art. 9 Rn. 81.

¹³³ Kritisch zur „Vermengung der freien tariflichen Einigung mit staatlichen Vorgaben“ und zur Kontrollierbarkeit: *Löwisch*, Arbeitskampfrecht, 170.1. Rn. 243; *Löwisch*, Anmerkung zu LAG Frankfurt am Main 22.7.2004 – 9 SaGa 593/04 – AR-Blattei Einigungsstelle 170.2 Nr. 46; MüArbR/*Richardi*, § 152 Rn. 21; ErfK/*Franzen*, § 1 TVG Rn. 12; HK-ArbR/*Hensche*, Art. 9 GG, Rn. 121.

¹³⁴ *Löwisch/Rieble*, Grundlagen Rn. 197 f, § 1 Rn. 907; MüArbR/*Rieble/Klumpp*, § 169, Rn. 109; *Bayreuther*, Tarifautonomie, S. 266 ff.

¹³⁵ ErfK/*Dieterich*, Art. 9 GG Rn. 81.

¹³⁶ ErfK/*Dieterich*, Art. 9 GG Rn. 81.

¹³⁷ *Thüsing*, Tarifautonomie, S. 889 ff.

¹³⁸ *Thüsing*, Tarifautonomie, S. 902; skeptisch *Waas*, Sozialer Fortschritt 2008, 137, 143; *Kempen/Zachert*, TVG Grundlagen Rn. 174.

¹³⁹ § 1 C. II. 2. b. aa, S. 49.

rung bei der Gefährdung eines der Ziele des § 1 („magisches Viereck“) Orientierungsdaten für ein gleichzeitiges, aufeinander abgestimmtes Verhalten (konzertierte Aktion) der Gebietskörperschaften, Gewerkschaften und Unternehmensverbände zur Erreichung der Ziele des § 1 zur Verfügung. Nach dem Normwortlaut folgt hieraus kein unmittelbarer Anwendungsbefehl; das Gesetz setzt auf ein freiwilliges Befolgen.

Diese Vorschläge stießen neben einigen zustimmenden Ansichten¹⁴⁰ mehrheitlich auf Ablehnung. Zum einen verbleibe den Tarifpartnern kaum mehr Handlungsspielraum, regelte der Staat den Kernbereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen selbst.¹⁴¹ Daneben hat vor allem *Reuß* auf die Verfassungswidrigkeit eines Systems hingewiesen, in dem ein Dritter die Tarifergebnisse letztlich allein nach Billigkeit genehmigen kann.¹⁴² Für *Badura* handelt es sich um „quantitative Tarifzensur.“¹⁴³

Auch in neueren Untersuchungen wird eine Stabilitätsverpflichtung der Tarifparteien gerade zur Vermeidung einer Tarifzensur abgelehnt. Der Richter dürfe nicht die „autonome Entscheidung, was für die Arbeitnehmer und Arbeitgeber richtig oder vernünftig ist, durch eine eigene Entscheidung ersetzen“¹⁴⁴ – auch nicht zur Durchsetzung der „wirtschafts- oder sozialpolitischen Vorstellungen des Staates“.¹⁴⁵

cc. Ausschlussfristen

Tarifverträge sehen typischerweise Ausschlussfristen vor, binnen derer tarifliche Ansprüche geltend gemacht werden müssen. Grundsätzlich sind diese weitgehend zulässig¹⁴⁶ und unterliegen insbesondere nicht der strengen Kasuistik, die das BAG für individualvertragliche Ausschlussklauseln entwickelt hat. Umgekehrt wollen manche Autoren eine „Neigung zu härte-mildernder Tarifzensur“ ausmachen, da in Ihren Augen all das beanstandet wird, was „zu hart wirkt.“¹⁴⁷ Auch „die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit von erfaßtem Recht, Länge der Ausschlußfrist und Anforderungen an die Geltendmachung [dürften] nicht zur Tarifzensur führen.“¹⁴⁸

140 *Schmidt-Preuß*, Lohn- und Preisdirigismen, v.a. Kapitel 6. mwN; *Bulla* Selbstverantwortung, S. 79 ff; *Knebel*, Koalitionsfreiheit und Gemeinwohl, S. 34, 79 ff (ohne Nennung der Tarifzensur).

141 *Löwisch*, RdA 1969, 129, 130.

142 *Reuß*, ZfA 1970, 319, 337 (ohne Nennung der Tarifzensur).

143 *Badura*, AöR 104 [1979], 246, 258.

144 *Löwisch/Rieble*, Grundlagen Rn. 201; *Löwisch*, Arbeitskampfrecht, 170.1. Rn. 77; *MüArbR/Löwisch/Rieble*, § 157, Rn. 50.

145 *Löwisch/Rieble*, Grundlagen Rn. 201.

146 *Däubler/Hensche/Heuschmid*, TVG § 1 Rn. 1044.

147 Beide Zitate aus *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 1643.

148 *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 1644 f.

Vielmehr solle sich das BAG zurückhalten, nur „offenkundige Missgriffe“ geheilt werden.

dd. Rückzahlungsklauseln

Auch Rückzahlungsklauseln, etwa für Einmalzahlungen oder Aus- und Fortbildungskosten, können tauglicher Tarifinhalt sein. Anders als individualvertragliche Vereinbarungen unterliegen sie „keiner strengen gerichtlichen Inhaltskontrolle.“¹⁴⁹ Dies gelte, „da eine staatliche Tarifizensur nicht stattfindet und wegen der Gleichberechtigung der Tarifvertragsparteien eine materielle Richtigkeitsgewähr besteht“.¹⁵⁰

ee. Rückwirkende Tarifnormen

Tarifinhalte können grundsätzlich auch für die Vergangenheit geändert werden. Allerdings muss eine solche Tarifnorm einer Rückwirkungskontrolle standhalten; hierbei wird – wie auch im Verfassungsrecht – zwischen echter und unechter Rückwirkung unterschieden.¹⁵¹ Die unechte Rückwirkung ist dann zulässig, wenn vernünftige Gründe des Allgemeinwohls diese Rückanknüpfung rechtfertigen.¹⁵² Für *Löwisch/Rieble* ist hierbei zur Vermeidung einer Tarifizensur zwingend, den Tarifparteien eine „Einschätzungsprärogative“ einzuräumen: was vernünftiger Sachgrund ist, sollen in erster Linie sie beurteilen dürfen. Der „Arbeitsrichter ist nicht dazu berufen, seine Vernunftbegabung an die Stelle der Kollektivvernunft zu setzen.“¹⁵³

c. Kontrolle der Beendigung des Tarifvertrages

aa. Befristungskontrolle

Tarifverträge dürfen befristet werden.¹⁵⁴ Hierbei soll es den Gerichten verwehrt sein, den Tarifvertrag einer Befristungskontrolle zu unterwerfen – „weil dies wiederum unzulässige Tarifizensur wäre.“¹⁵⁵

bb. Außerordentliche Kündigung

Die außerordentliche Kündigung eines Tarifvertrages ist nach allgemeiner Ansicht zulässig, sofern ein Festhalten bis zum Ende der Kündigungsfrist

¹⁴⁹ APS/Rolfs, § 628 BGB Rn. 23.

¹⁵⁰ APS/Rolfs, § 628 BGB Rn. 23.

¹⁵¹ ErfK/Franzen, § 4 TVG Rn. 19; *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 871.

¹⁵² Hierzu *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 889.

¹⁵³ *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 889.

¹⁵⁴ Ohne Nennung der Tarifizensur: *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 1356.

¹⁵⁵ *MüArbR/Rieble/Klumpp*, § 166 Rn. 1.

unzumutbar ist.¹⁵⁶ Sowohl bei der Feststellung der Unzumutbarkeit des Festhaltens, aber auch bei der Frage, was an die Stelle des Tarifvertrages treten soll, wird die Gefahr einer Tarifzensur gesehen.

Ob im Rahmen der Unzumutbarkeit für den Arbeitgeberverband eine „Druckkündigung“ anzuerkennen ist, bezweifelt das ArbG Wiesbaden im Hinblick auf eine zu vermeidende Tarifzensur.¹⁵⁷ Dass seine Mitglieder bei Nichtbeendigung des Tarifvertrages mit Austritt drohten, führe alleine für den Verband noch nicht zur Unzumutbarkeit des weiteren Festhaltens: „Die Überprüfung von Tarifverträgen auf ihre inhaltliche Ausgewogenheit und Angemessenheit, also eine Art Billigkeitskontrolle durch die Gerichte, hat – gerade im Hinblick auf die mit dem Erfordernis der Parität verbundene besondere vertragliche Richtigkeitsgewähr – zu unterbleiben [...]. Eine solche Tarifzensur widerspricht dem Grundgedanken der Tarifautonomie [...]. Auf eine Art gerichtlicher Billigkeitskontrolle der abgeschlossenen Tarifverträge läuft aber die Argumentation des Beklagten und die erstrebte gerichtliche Feststellung einer ‚Oberforderung‘ einer der beiden Tarifpartner [als Motiv für die angedrohten Austritte, Verfasser] hinaus“.¹⁵⁸

Im Übrigen betonen Autoren, die Überprüfung der Überforderung sei gerade keine Tarifzensur, sondern vielmehr Rechtskontrolle anhand des Art. 14 GG des Unternehmers.¹⁵⁹

Daneben ist umstritten, ob ein außerordentlich gekündigter Tarifvertrag nachwirkt¹⁶⁰ und falls nein, was an seine Stelle treten könne. Vereinzelt wird vertreten, der Richter habe eine entsprechende Anpassung im Einzelfall vorzunehmen.¹⁶¹ Gerade eine solche richterliche Ersetzungskompetenz wird wiederum von anderen Autoren als unzulässige Tarifzensur abgelehnt.¹⁶²

cc. Wegfall der Geschäftsgrundlage

Ähnlich verhält sich die Frage, inwieweit das Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB auf Tarifverträge anwendbar ist. Das

156 Wiedemann/Wank, § 4 TVG Rn. 28 ff; Löwisch/Rieble, § 1 Rn. 1395; Däubler/Deinert TVG § 4 Rn. 118 ff.

157 ArbG Wiesbaden 5.2.1997 – 3 Ca 4327/96 – BeckRS 1997, 30766893.

158 ArbG Wiesbaden 5.2.1997 – 3 Ca 4327/96 – BeckRS 1997, 30766893 sic[!].

159 Benedikt, Tariflöhne, S. 214.

160 Bejahend, aber mit umfassenden Nachweisen zur Gegenansicht: Wiedemann/Wank § 4 Rn. 49; ErfK/Franzen, § 4 TVG Rn. 56; Däubler/Deinert, TVG § 4 Rn. 149.

161 Belling/Hartmann, ZfA 1997, 87, 134.

162 Däubler/Deinert, TVG § 4 Rn. 151.

BAG bejaht zumindest die grundsätzliche Anwendbarkeit.¹⁶³ Umstritten ist, ob die unbesehene Anwendung der bürgerlichrechtlichen Rechtsfolgen zu einer Tarifizensur führt, weil die eine Seite dort zunächst einen Vertragsanpassungsanspruch hat. Erst wenn die Anpassung nicht möglich ist oder der anderen Seite nicht zugemutet werden kann, darf vom Vertrag zurückgetreten werden.¹⁶⁴ Gerade die nachträgliche Anpassung durch den Richter ruft den Vorwurf einer „nachträglichen Tarifizensur“¹⁶⁵ hervor.

Als Alternative wird vorgeschlagen, die kündigungswillige Tarifpartei solle die Obliegenheit haben, vor Kündigung selbst ein neues Angebot zu machen. Dessen „Angemessenheit“ dürfe dann freilich nicht durch ein Gericht inhaltlich kontrolliert werden, da auch hier Tarifizensur drohe.¹⁶⁶

d. Kontrolle der Tarifikollision

Kollidieren zwei Tarifverträge, befürchten Autoren ebenfalls Tarifizensur.¹⁶⁷

aa. Vorrangprinzip

Zwingend soll sein, dass der frei von Tarifvertragsparteien ausgehandelte dem durch staatlichen Akt allgemeinverbindlichen Tarifvertrag vorgehe. Denn das zuständige Ministerium sei zwar berufen, den Schutz der Nichtorganisierten zu betreiben, nicht aber „einen Tarifvertrag [der Organisierten] durch einen anderen zu ersetzen. Dazu müßte das BMAS letztlich Tarifizensur ausüben und befinden, daß der allgemeinverbindliche Tarif angemessenere Arbeitsbedingungen hervorbringt als der autonom geltende.“¹⁶⁸

bb. Spezialitätsprinzip

Beanspruchen zwei Tarifverträge mit ihren Individualnormen Zugriff auf das Arbeitsverhältnis, will das BAG nach dem Spezialitätsprinzip ent-

¹⁶³ BAG 17.12.1959 – GS 2/59 – juris, Rn. 79; Däubler/*Deinert*, TVG § 4 Rn. 161 ff.

¹⁶⁴ Ohne Nennung der Tarifizensur: Jauernig/*Stadler*, § 313 Rn. 27; Erman/*Hohloch*, § 313 Rn. 40; BaRo/*Unberath*, § 313 Rn. 84.

¹⁶⁵ Begriff nach *Otto*, Tarifizensur und Arbeitskampf, S. 665; offener zur gerichtlichen Anpassung ohne Bezugnahme auf die Tarifizensur freilich *Otto*, Tarifvertrag, S. 793.

¹⁶⁶ *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 1406; skeptisch zur gerichtlichen Anpassung, ohne Begriff der Tarifizensur *Wank*, Geschäftsgrundlage, S. 779; *Demiral*, Tarifverträge in Deutschland und in der Türkei, S. 125.

¹⁶⁷ Umfassend, ohne Nennung der Tarifizensur *Löwisch/Rieble*, § 4 Rn. 263 ff.

¹⁶⁸ *Löwisch/Rieble*, § 4 Rn. 288; *Görres*, Arbeitnehmerentsendung, S. 371 f; anders für das AEntG im Hinblick auf die Tarifizensur *Preis/Greiner*, ZfA 2009, 825, 832.

scheiden, welcher Tarifvertrag zur Anwendung kommt.¹⁶⁹ Die Literatur kritisiert, dass die Spezialität nicht nur an Hand eines Vergleiches der beiden Tarifinhalte vorgenommen werden könne. Vielmehr drohe hierbei die Gefahr, dass die Gerichte entschieden, „welcher Tarifvertrag ‚besser passt‘“.¹⁷⁰

e. Sonstige Tarifkontrollen durch die Gerichte

aa. Kontrolle der verbandlichen Willensbildung

Nach einigen Literaturansichten drohe auch bei der Überprüfung der innerverbandlichen Willensbildung Tarifizensur. Daraus folge zum einen, dass es keine individuelle „Aufsicht des einzelnen Mitgliedes über die kollektive Interessenbildung“ geben dürfe, da es Tarifizensur sei, wenn „das Gericht entscheidet, wie der Tarifwille richtig zu bilden ist.“¹⁷¹ Aus dem gleichen Grund wird auch eine Billigkeitskontrolle der Verbandssatzung abgelehnt.¹⁷²

bb. Motivkontrolle der Tarifparteien

Je weniger objektiv ein Kontrollmaßstab ist, desto eher sieht die Rechtswissenschaft die Gefahr einer Tarifizensur. Dies gilt auch dann, wenn die – womöglich verborgen gebliebenen – Motive der Tarifparteien bewertet werden sollen. Relevant wird dies, wenn die Tarifparteien einen zulässigen Inhalt vereinbaren, dieser aber in den Verdacht gerät, aus „den falschen Gründen“ geschlossen worden zu sein.¹⁷³ Dies gilt für „positive“ falsche Gründe, etwa beschäftigungsfördernder Art¹⁷⁴, aber auch bei „negativen“ falschen Gründen, etwa frauendiskriminierender Art.¹⁷⁵

Aus diesem Grund soll es den Tarifparteien auch nicht verboten sein, Koppelungsgeschäfte zu machen. Solche bieten sich vor allem bei tarifdispositiven Recht an: die Gewerkschaft verzichtet auf einen gewissen Arbeitnehmerschutz, erhält dafür eine Gegenleistung. Wollte man hier ein Koppelungsverbot annehmen, so drohte wiederum Tarifizensur: es müssten die Motive der Verhandlungsführer und der Telos des Tarifvertrages erforscht werden.¹⁷⁶

169 BAG 4.12.2002 – 10 AZR 113/02 – juris, Leitsatz 1.

170 Löwisch/Rieble, § 4 Rn. 277.

171 Löwisch/Rieble, § 1 Rn. 1543; ebenso ErfK/Dieterich, Art. 9 GG Rn. 91.

172 MüArbR/Rieble/Klump, § 169 Rn. 30.

173 Rieble, ZTR 1993, 54, 56; Däubler/Deinert, TVG § 1 Rn. 613.

174 Löwisch/Rieble, Grundlagen Rn. 43, § 1 Rn. 1846.

175 Rieble, RdA 2011, 36, 45; auch Löwisch/Rieble, § 1 Rn. 260.

176 Löwisch/Rieble, Grundlagen, Rn. 165, 203.

3. Tarifikontrolle durch die Verwaltung

Auch bei manchem Verwaltungshandeln sehen Vertreter der Rechtswissenschaft die Gefahr einer unzulässigen Tarifizensur.

a. Genehmigungsvorbehalt für Tarifverträge

Tarifverträge werden in Deutschland mit schriftlichem Vertragsschluss wirksam. Die Eintragung in das Tarifregister ist noch nicht einmal deklaratorisch. Andererseits gab es einige Länder-TVG, die eine Eintragung als konstitutive Wirksamkeitsvoraussetzung vorsahen und dem Registerführer ein Ablehnungsrecht einräumten.¹⁷⁷ Die Einführung eines Genehmigungsvorbehaltes für Tarifverträge wird von den meisten Autoren als unzulässige Tarifizensur abgelehnt.¹⁷⁸ Daneben wird weiter differenziert: nach *Löwisch/Rieble* sei ein solches Genehmigungserfordernis rechtmäßig, wenn der Staat entweder in „Randbereichen“ Tarifverträge zulässt, wo er sie auch ganz ausschließen könnte („insbesondere für betriebsverfassungsrechtliche Tarifnormen“) oder aber auch im „Kernbereich“ der Tarifautonomie zum Schutze insbesondere verfassungsrechtlicher Positionen“. ¹⁷⁹

b. Anreizregulierungsverordnung (ARegV)

Im Energiewirtschaftsrecht kann die Regulierungsbehörde nach § 16 ARegV Effizienzvorgaben festlegen. Nach § 16 Abs. 2 ARegV kann sie von diesen im Einzelfall Abweichungen erteilen, wenn – unter anderem, so Satz 3 – die wesentlichen Arbeitsbedingungen, die in dem nach dem Energiewirtschaftsgesetz regulierten Bereich üblich sind, nicht erheblich unterschritten werden. Folgt man der Literatur, so darf die Behörde hierbei nur die Üblichkeit der Tarifbedingungen prüfen, nicht aber ihre „Angemessenheit“. Das sei „nur folgerichtig, da eine staatliche Kontrolle der Tarifverträge auf Angemessenheit (Tarifizensur) nicht stattfindet und auch nicht verfassungsgemäß (Art. 9 Abs. 3 GG) wäre.“¹⁸⁰

c. Eingriff durch die Zentralbank

Ein interessantes Beispiel führt *Deinert* an: hat ein Tarifvertrag eine Indexklausel, die ein automatisches Außerkrafttreten bei einem bestimmten

¹⁷⁷ Etwa § 3 Nr. 1 TVG-Baden (Badisches Landesgesetz vom 23.11.1948, Badisches GVBl 1948 Nr. 42, S. 215 ff); auch TVG-Württemberg-Hohenzollern (Gesetz über die Aufhebung des Lohnstopps vom 25.2.1949, RgBl Württemberg-Hohenzollern 1949 Nr. 14, S. 80 ff).

¹⁷⁸ *Löwisch/Rieble*, Grundlagen, Rn. 30; *MüArbR/Rieble/Klumpp*, § 192 Rn. 7.

¹⁷⁹ *Löwisch/Rieble*, Grundlagen, Rn. 217 ff.

¹⁸⁰ *Danner/Theobald/Hummel*, § 16 ARegV Rn. 15, 16.

Kaufkraftverlust vorsieht, so führte dies zu einer Einflussmöglichkeit und damit zu „der Gefahr einer Tarifizensur durch die Zentralbank“.¹⁸¹

4. Tarifkontrolle durch private Dritte

In wenigen Fällen untersucht die Literatur, ob auch nichtstaatliche Dritte „Tarifizensur“ üben können.

a. Konkurrenzgewerkschaften

Der Zugriff von schuldrechtlich wirkenden Tarifverträgen der Entleiher-Unternehmen¹⁸² auf die Arbeitsbedingungen der Leiharbeitnehmer des Verleihers ist nach *Löwisch/Rieble* unzulässig. Denn es sei – neben anderem – rechtswidrig, dass gezielt der dort geltende Tarifvertrag als unangemessen bewertet werde und „kraft Tarifizensur durch das eigene kollektivvertragliche Vergütungssystem“¹⁸³ ersetzt werden solle. Dies verletze die Leiharbeitsgewerkschaften in ihrer Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG.

b. Betriebspartner

Im Rahmen der Diskussion zu betrieblichen Bündnissen für Arbeit wurde untersucht, ob das TVG um eine Öffnungsklausel zugunsten der Betriebspartner ergänzt werden soll.¹⁸⁴ Für *Rieble* hingegen droht auch hier Tarifizensur. Denn der Betriebsrat maße sich an, etwas „besser zu wissen als die Tarifparteien [...]“. Der Betriebsrat übt aktive Tarifizensur, indem er den Tarifvertrag für ‚derzeit betrieblich unpassend‘ erklärt. Letztlich usurpiert er den Tarifvertrag und bildet einen eigenen Ersatztarifwillen.“¹⁸⁵

III. Abstrakte Untersuchungen der „Tarifizensur“

Daneben haben manche Autoren losgelöst von einem konkreten Anlass versucht, die Bedeutung des feststehenden Begriffs der „Tarifizensur“ genauer zu umreißen. Weil sie aber – wie sie zum Teil selbst einräumen – keine umfassende Systematisierung anstrebten und sich gleichzeitig auch der juristische Kontext mancher Ausführungen verschoben hat¹⁸⁶, enthält keine Untersuchung eine erschöpfende, heute noch nutzbare Definition.

181 Däubler/*Deinert*, TVG § 4 Rn. 76.

182 Hierzu umfassend *Serr*, Privative Tariftreue.

183 *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 182.

184 Mit weiteren Nachweisen ohne Nennung der „Tarifizensur“ BeckOKArbR/*Giesen*, § 4 TVG Rn. 34.

185 *Rieble*, ZfA 2004, 1, 60.

186 Etwa: Aufgabe der Kernbereichsrechtsprechung des BVerfG (BVerfG 14.11.1995 – 1 BvR 601/92 – NZA 1996, 381, 382, juris-Rn. 23 ff), Tarifnormsetzung als kollektive Privatautonomie (statt aller *Löwisch/Rieble*, Grundlagen Rn. 22 ff).

Herschel hat versucht, unter dem Begriff Tarifizensur eine staatliche Kontrolle tariflichen Handelns zu begrenzen.¹⁸⁷ „Eine Tarifizensur – auch eine richterliche, die sich auf unbestimmte Rechtsbegriffe stützt [sei grundsätzlich abzulehnen] – de lege lata und de lege ferenda. Überhaupt soll man die Lohnpolitik aus der Rechtsfindung heraushalten.“¹⁸⁸

Hierauf hat *Reuß* im Beitrag „Die Unzulässigkeit gerichtlicher Tarifizensur“¹⁸⁹ Bezug genommen. Für ihn dürfen die Gerichte das Handeln der Tarifparteien „nur auf ihre Rechtmäßigkeit, nicht aber auch auf ihre Zweckmäßigkeit zu überprüfen“ haben. Im Besonderen beschäftigt ihn, ob „das richterliche Kontrollrecht als eine Prüfung der Rechtmäßigkeit [...] auch Gesichtspunkte der Verhältnismäßigkeit und der Gemeinwohlverträglichkeit“ umfasst.

Sutschet fürchtet bei einem von ihm untersuchten Verzicht auf das Paritätserfordernis eine „offene oder verdeckte Tarifizensur“¹⁹⁰: „Eine solche liegt nicht bloß dann vor, wenn ein abgeschlossener Tarifvertrag einer inhaltlichen Prüfung unterzogen wird (etwa auf seine Vereinbarkeit mit dem Gemeinwohl hin), sondern auch dann, wenn die Kampfziele einer Tarifvertragspartei einer inhaltlichen Prüfung unterzogen werden.“¹⁹¹ Allerdings sei eine Tarifizensur nicht immer rechtswidrig. Zwar „erfordert es die Koalitionsbetätigungsfreiheit, dieses Verhandlungsergebnis nicht zu überprüfen, sondern als ‚richtige‘ Regelung hinzunehmen.“ Umgekehrt sei Tarifizensur erforderlich, wenn die Parität der Tarifpartner nicht mehr gewährleistet sei.¹⁹²

Thüsing beleuchtet den Begriff der Tarifizensur anlässlich seiner Untersuchung, inwieweit das Gemeinwohl eine „Begrenzung der Koalitionsbetätigung“ darstellt.¹⁹³ Insgesamt steht er dem Argument der „Tarifizensur“ kritisch gegenüber. Störend sei schon der Begriff: „Die Zensur, die nach dem Grundgesetz verboten ist, und deren übler Beigeschmack Emotionen wachrufen soll, ist die Kontrolle ex ante.“ Darum aber gehe es nicht bei der Kontrolle anhand des Gemeinwohls. „Erwartet wird nur vom Richter die nachträgliche Prüfung. [...] Die Tarifizensur ist nichts anderes als die

Nicht zuletzt deshalb trennt etwa *Wiedemann* sein Literaturverzeichnis auf in die Zeit vor 1995 und das „Schrifttum zur Gegenwartsdiskussion (ab 1995), *Wiedemann*, TVG Einleitung a.A.

187 In seinem Referat zum „Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien“ zum 46. Deutschen Juristentag.

188 46. DJT/*Herschel*, Seite D30.

189 *Reuß*, AuR 1975, 289 ff.

190 *Sutschet*, ZfA 2005, 581 ff.

191 *Sutschet*, ZfA 2005, 581, 624.

192 *Sutschet*, ZfA 2005, 581, 625.

193 *Thüsing*, Tarifautonomie, S. 899.

Folge notwendiger Sanktionierung.“¹⁹⁴ Letztlich lenke das Stichwort von der entscheidenden Frage ab, wie weitreichend die staatliche Kontrolle sein dürfe.

Otto plädiert in seinem Beitrag „Tarifzensur und Arbeitskampf“ angesichts aktueller Entwicklungen im Tarif- und Arbeitskampfrecht (etwa Spezialistenstreiks) für eine stärkere Kontrollierbarkeit von Tarifhandeln, einschließlich der Höhe von Tarifynhalten. Als Tarifzensur will *Otto* „nur die Kontrolle des Umfangs von tariflichen Forderungen und Tarifynhalt [verstehen], nicht die allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle tariflicher Ziele und Gegenstände.“¹⁹⁵ Insofern sei die „allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle“ von der Überprüfung des Tarifvertrages „auf seine Sachgerechtigkeit oder seine Angemessenheit bzw. Billigkeit“ zu unterscheiden.¹⁹⁶ Die Kontrolle anhand der Generalklauseln des BGB will er zur Rechtskontrolle zählen¹⁹⁷ und hiermit auch die Höhe von Tarifynhalten überprüfen. Deshalb sei Tarifzensur „nicht generell ausgeschlossen“.¹⁹⁸

Dieterich richtet sich direkt gegen *Ottos* Ansatz.¹⁹⁹ Zwar stimmt er zu, dass Koalitionen „rechtlichen Grenzen“ und deshalb auch gerichtlicher Kontrolle unterliegen. „Schlichte Angemessenheitskontrolle“ nach Adjektiven wie „egoistisch“ oder „exorbitant hoch“, noch dazu wenn den Gerichten „jegliche Kontrollkriterien“ fehlen, sei hingegen unzulässige Tarifzensur.²⁰⁰

D. Ergebnis zu § 1: Gemeinsamkeiten im Befund

Unter § 1 A und § 1 C konnte man einen umfassenden Überblick gewinnen, in welchem Zusammenhang der Begriff der Tarifzensur von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft verwendet wird. Umgekehrt ist deutlich geworden, dass nicht jeder Ruf nach „Tarifzensur“ das gleiche meint. Im Folgenden ist deshalb darzustellen, was die Anwendungsfelder verbindet.

I. Staatliches Handeln

Zunächst fällt auf, dass fast alle Autoren staatliches Handeln als Tarifzensur bezeichnen. Lediglich in zwei Fällen wird auch das Handeln von Privaten, nämlich einer Konkurrenzgewerkschaft oder des Betriebsrates²⁰¹, da-

194 *Thüsing*, Tarifautonomie, S. 902.

195 *Otto*, Tarifzensur und Arbeitskampf, S. 685.

196 *Otto*, Tarifzensur und Arbeitskampf, S. 663.

197 *Otto*, Tarifzensur und Arbeitskampf, S. 675 ff.

198 *Otto*, Tarifzensur und Arbeitskampf, S. 685.

199 *Dieterich*, Kontrollpflicht und Zensurverbot im Arbeitskampf, S. 47.

200 *Dieterich*, Kontrollpflicht und Zensurverbot im Arbeitskampf, S. 53.

201 *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 182.

runter gefasst. Eine Erklärung könnte sein, dass unter „Zensur“ in Anlehnung an die Pressezensur das Handeln mit staatlicher Macht verstanden wird. Ebenso könnte grundrechtsdogmatisch zunächst der Staat als Verpflichteter der Tarifautonomie in den Fokus geraten. Letzteres freilich greift zu kurz, da Art. 9 Abs. 3 GG unmittelbare Drittwirkung hat. Hierauf wird noch ausführlich einzugehen sein. Zumindest phänotypisch ist fast ausschließlich staatliches Handeln gemeint.

II. Präventiv und repressiv

Zeitlich begegnet einem der Begriff der Tarifizensur in allen Phasen tariflichen Handelns, angefangen von der Tariffähigkeit über mannigfaltige Fragen des Arbeitskampfrechts (vom Verhandlungsanspruch bis zur Zwangsschlichtung), die Inhaltskontrolle und Auslegung von Tarifverträgen bis hin zur Beendigung durch Kündigung oder Anpassung bei Wegfall der Geschäftsgrundlage. Insofern kann festgehalten werden, dass keinesfalls nur „präventives“, sondern auch „repressives“ Handeln gemeint ist.

III. Als Zugriff auf Freiheit der Tarifparteien

Unklar bleibt: was genau macht aus staatlichem Handeln Tarifizensur?

1. Die Freiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG

Gemein ist allen Befundfällen, dass der Staat auf das zugreift²⁰², was nach Ansicht des jeweiligen Autors bzw. Gerichts Art. 9 Abs. 3 GG den Tarifparteien anvertraut. Unklar bleibt freilich, was dies genau ist.

a. Allgemein wirkende Rechtskontrolle

Nicht jede Kontrolle von Tarifhandeln wird als Tarifizensur bezeichnet. Nur wenige Stimmen beanstanden eine allgemeine Rechtskontrolle. Dass Tarifparteien keine Straftaten begehen dürfen, dass eine wirksame Stellvertretung untersucht wird, ist reine Subsumtion unter für alle geltende Gesetze, denen auch die Tarifparteien unterworfen sind. Tarifizensur scheint nicht eine besondere Narrenfreiheit gerade für Tarifparteien zu schützen.²⁰³

b. Spezifisch arbeitsrechtlich wirkende Rechtskontrolle

Zwar wird bisweilen behauptet, Rechtskontrolle sei generell keine Tarifizensur. Allerdings wird in den Befundfällen durchaus auch die Kontrolle von Tarifhandeln anhand allgemeiner Gesetze als Tarifizensur kritisiert,

202 Auf den „Zugriff“ stellt auch schon *Maschmann*, Tarifautonomie, S. 174 ab, um nicht die Prüfung des „Eingriffs“ vorwegzunehmen.

203 Deutlich hier etwa *Otto*, Tarifizensur und Arbeitskampf, S. 685.

weil diese auch einen arbeitsrechtlichen Bezug haben. Schützt das Primärrecht die Niederlassungsfreiheit, verlangt das Grundgesetz Schutz vor Rückwirkung oder verbietet einfaches Recht Bonuszahlungen, wirkt dies grundsätzlich allgemein, aber eben insbesondere auch dort, wo die Tarifparteien eigentlich frei regeln können sollen. Auch die Anwendung dieser Kontrollmaßstäbe wird als Tarifizensur bezeichnet.

Gleiches gilt für die Grundrechtskontrolle von Tarifhandeln. Natürlich ist auch diese Rechtskontrolle, nämlich anhand der notwendig unbestimmten Verfassung. Trotzdem wird gerade hier betont, eine „intensive Kontrolle“ am Maßstab der Grundrechte führte zur Tarifizensur.

c. „Billigkeitskontrolle“

Der eigentliche Kern der „Tarifizensur“ spielt sich im Umfeld einer – untechnisch – „Billigkeitskontrolle“ ab. Die meisten Autoren wollen gerade zwischen einer „selbstverständlich“ zulässigen Rechtskontrolle und einer Billigkeitskontrolle, die unzulässige Tarifizensur sei, unterscheiden. Nur wenige Autoren nehmen dazu Stellung, was genau „Billigkeitskontrolle“ meint und wie sie trennscharf von der Rechtskontrolle zu scheiden ist. Für die Herausarbeitung der Gemeinsamkeiten soll diese kurze Darstellung ausreichen; eine umfassende Untersuchung erfolgt später.²⁰⁴

„Billigkeitskontrolle“ sehen viele Autoren etwa in einer strengen Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, sei es beim Ausgleich kollidierender Grundrechtspositionen oder der Beurteilung der Rechtmäßigkeit eines Streiks. Sind im Rahmen der Angemessenheit die unterschiedlichen Rechtspositionen in Ausgleich zu bringen, fehlt es an geschriebenen, klaren, vorhersehbaren Maßstäben. Welches Grundrecht ist gerade stärker tangiert, welches gewichtiger? Auch wird kritisiert, dass bei einer solchen notwendigen Unbestimmtheit nicht die Tarifparteien das Recht zur Einschätzung haben, sondern ein Gericht seine genauso un-objektive Ansicht an die Stelle der Tarifparteien setzen will. Deshalb behilft man sich mit Einschätzungsspielräumen oder Prärogativen, die man den Tarifparteien zur Vermeidung einer Tarifizensur gewähren will.²⁰⁵

2. Zugriff

a. Nicht lediglich Bewertung

Schließlich ist den meisten Befundfällen gemein, dass der Staat auf diese Freiheit des Tarifhandelns zugreift. Urteile, aber auch Verwaltungshandeln, erschöpfen sich nicht in einer reinen Bewertung von Tarifhandeln,

²⁰⁴ Unter § 3 D. V, S. 164.

²⁰⁵ Ausführlich noch § 2 B. III, S. 76.

sondern greifen in die Rechte der Tarifparteien ein, indem zumindest eine Tarifwirkung unterbunden wird.

b. Kassation

Nicht einheitlich verhalten sich die Befundfälle zur Frage, ob bereits eine Kassation, also die Beanstandung von Tarifhandeln, Tarifizensur ist oder ob vielmehr eine Usurpation, also das Ersetzen durch eine eigene Regelung, erforderlich ist. Die überwiegende Ansicht lässt eine Kassation auf Grund eines kritikwürdigen Kontrollmaßstabes ausreichen. Zahlreiche Ansichten hingegen definieren enger und sehen eine Tarifizensur dann, wenn der Staat selbst an Stelle der Tarifparteien eine Regelung schafft.

IV. Im Einzelfall

Zwar bezeichnen einige Autoren auch abstrakt-generelle Regeln als Tarifizensur, etwa das ATG. In den meisten Fällen hingegen geht es um staatliche Zugriffe im Einzelfall. Begründung könnte sein, dass Tarifizensur gerade die Beanstandung der konkreten „Handhabung der Tarifautonomie“²⁰⁶ meint und nicht die Entscheidung des Gesetzgebers, generell bestimmte Grenzen für das Tarifhandeln aller Tarifparteien zu schaffen.

206 Bulla, Selbstverantwortung, S. 86.

§ 2 Definition der Tarifizensur

Tarifzensur steht als Begriff fest, indes ist der mit ihr bezeichnete Inhalt undefiniert. Deshalb muss diese Untersuchung Stellung dazu beziehen, welcher Inhalt zukünftig unter Tarifizensur verstanden werden soll – und warum. Es geht also um eine begründete Definition.

Hierfür soll zunächst dargestellt werden, anhand welcher Kriterien mögliche Definitionen bewertet werden können. Nach einer Kritik verschiedener Definitionsansätze wird unter § 2 C ausführlich die hier vertretene Definition der Tarifizensur dargestellt. Ausführungen zur Rechtmäßigkeit der Tarifizensur und zur Abgrenzung von anderen Rechtsfragen runden das Kapitel ab.

A. Kriterien einer Definition

„Zum Definieren genügt aber der gute Wille nicht; man kann es besser oder schlechter machen.“²⁰⁷

Diesem Zitat folgend soll nicht einfach „aus dem Bauch heraus“ definiert werden. Vielmehr gibt es wissenschaftstheoretische Untersuchungen, welche Arten einer Definition es gibt und was Merkmale einer guten Definition sind. Um eine handwerklich gute Definition zu ermöglichen, aber auch um begründen zu können, aus welchem Grund ich mich für einen Ansatz entscheide, sollen diese Kriterien zunächst dargestellt werden.

I. Begriff und Definition

In der Wissenschaftstheorie beschäftigen sich manche Texte mit der juristischen Begriffsbildung, andere hingegen mit der juristischen Definition. Mit *Wank* geht es bei Untersuchungen des Begriffes um die *Feststellung* von Bedeutungen, bei einer Definition hingegen um die *Festlegung* von Bedeutungen.²⁰⁸ Damit wird deutlich, dass es in dieser Untersuchung um die Definition der Tarifizensur geht. Denn selbst wenn man, etwa mit *Thüsing*²⁰⁹, zu Recht daran zweifeln kann, dass der Begriff der Tarifizensur wissenschaftlich gut gewählt ist, so steht er als solcher nun einmal im Raum.

Aufgabe ist also vielmehr, diesen feststehenden Begriff mit Leben zu füllen, also zu definieren um damit die Bedeutung des Begriffes der Tarifizensur festzulegen. Dabei ist besondere Herausforderung, dass der Begriff der

²⁰⁷ v. Savigny, Grundkurs, S. 7.

²⁰⁸ Wank, Die juristische Begriffsbildung, S. 50.

²⁰⁹ Thüsing, Tarifautonomie, S. 902.

Tarifizensur nicht gesetzlich erwähnt ist, so dass es an objektiven Anhaltspunkten für eine Definitionsfindung mangelt.

II. Analytische oder synthetische Definition

Beim Definieren wird zwischen der analytischen und der synthetischen Definition unterschieden.²¹⁰ Die analytische Definition untersucht zunächst die bisherigen Anwendungsfälle eines Begriffes, stellt dann die Gemeinsamkeiten fest und leitet hieraus in einem dritten Schritt die Elemente ab, die die Definition tragen. Die synthetische Definition hingegen will nicht lediglich erforschen, beschreiben, sondern vielmehr eine „Vereinbarung für den Sprachgebrauch“²¹¹ erzielen.

Tendenziell wird die synthetische Definition eher durch den Normgeber genutzt, während die analytische Definition tendenziell eher durch die Rechtswissenschaft verwendet wird.²¹² Denn wenn die Anwendungsfälle klar umrissen sind und sich ähneln, ist es vergleichsweise leicht, die Gemeinsamkeiten zur Definition zu erheben. Gleichzeitig wäre in diesem Fall eine (abweichende) synthetische Definition uninteressant, da der Autor stets nur einen unverbindlichen Vorschlag unterbreiten kann. Der Gesetzgeber kann hingegen eine Definition für verbindlich erklären.

Allerdings gerät die analytische Definition dann an ihre Grenzen, wenn man feststellt, dass die Anwendungsfälle sehr weit auseinander liegen und kaum noch Gemeinsamkeiten aufweisen. Dann bleibt nur noch die Definition eines alle bisherigen Beispiele umfassenden Oberbegriffes. Dieser ist allerdings nicht trennscharf. Schrien auf einem Marktplatz 30 Menschen „Gurke“, der eine meinte damit allerdings ein Auto, der nächste die Nase und der letzte einen Stern, wäre eine analytische Definition des dort verwendeten Begriffs „Gurke“ wenig hilfreich.

Vor diesem Dilemma steht auch die Definition der Tarifizensur. Denn die Anwendungsfälle sind nicht klar umrissen, hängen sich nicht an einer feststehenden Norm, einem kritisierten Urteil oder etwas anderem auf, das Anhaltspunkt sein könnte. Vielmehr sind verschiedene Lebenssachverhalte gemeint. Dann aber muss die Definition der Tarifizensur synthetisch sein – sie muss einen begründeten Vorschlag unterbreiten, warum

210 Ausführlich hierzu, auch im Folgenden verwendet *Klug*, Definitionen, S. 202; *Wank*, Begriffsbildung, S. 60. mwN.

211 *Klug*, Definitionen, S. 203; noch genauer unterscheidend *Pawlowski*, Begriffsbildung, S. 9, der als dritte Kategorie noch die regulierende Definition benennt, die teilweise die bisherige Benutzung feststellt, daneben aber den Begriff auch weiter schärft.

212 *Wank*, Begriffsbildung, S. 69; *Klug*, Juristische Logik, S. 103, 108.

der Begriff der Tarifizensur zukünftig nur noch diesen Sachverhalt meinen soll.²¹³

III. Subjektivität der Definition

Gleichzeitig soll klargestellt werden: da synthetische Definitionen nicht lediglich beschreiben sondern vielmehr normieren wollen, sind sie nicht nach den Kriterien „richtig“ oder „falsch“ zu untersuchen. Vielmehr sind solche Definitionen subjektiv und – sofern nicht gerade durch den Gesetzgeber mit Gesetzeskraft ausgestattet – stets nur Vorschlag, dem man entgegenzutreten kann. *Wank* hat dies sehr deutlich formuliert:

„Die Definition des Autors weicht vom bisherigen Sprachgebrauch ab, sie ist ein Bedeutungsvorschlag, eine Festsetzung, von der der Autor hofft, daß andere Autoren und die Gerichte sie übernehmen. Die Definition ist damit regulierende Definition im Rahmen einer Explikation. Der Autor empfindet allerdings vielfach seine Definition nicht als Änderungsvorschlag, sondern als richtige Interpretation [...]. Der im Gesetz verwandte Ausdruck (oder: der in der Rechtsdogmatik verwandte Ausdruck) hat eigentlich, richtig verstanden, die von mir zugrundegelegte Bedeutung.“²¹⁴

Ein anderer Autor kann also durchaus begründen, warum nach seiner Ansicht der Begriff Tarifizensur einen anderen oder einen weiteren Sachverhalt (mit)erfassen soll und ihn entsprechend definieren. Das Kriterium zur Bewertung solchen synthetischen Definition ist vielmehr die „Zweckmäßigkeit“.²¹⁵ Ist die Definition zu dem geeignet, was eine Definition leisten soll?

IV. Die zweckmäßige Definition

So kommt man zur Kernfrage: wie muss eine Definition beschaffen sein, damit sie zweckmäßig ist, um ihr Ziel zu erreichen?

Diese Frage kann nicht einheitlich für alle Wissenschaftsdisziplinen, aber auch nicht für die Rechtswissenschaft allgemein behandelt werden. Aus diesem Grund fehlen auch eindeutige Untersuchungen, wann eine Definition zweckmäßig ist. In meinen Augen muss man sich freilich vergewis-

²¹³ Deshalb eignet sich eine Explikation weniger. Denn diese setzt zumindest ein Mindestmaß an normativer Basis voraus, die ausgelegt werden kann; zur Untersuchung des „vorhandenen Sprachgebrauchs“ v. *Savigny*, Grundkurs, S. 26.

²¹⁴ *Wank*, Begriffsbildung, S. 71; v. *Savigny*, Grundkurs, S. 23.

²¹⁵ *Klug*, Definitionen, S. 203; *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessen, S. 236 f; *Pawlowski*, Begriffsbildung, S. 82 ff: Nützlichkeit.

sern, was die synthetische Definition will. Sie will für die Zukunft den Inhalt und die Reichweite eines vorhandenen Begriffs festlegen und diesen nutzbarer machen. Es geht also um teleologische, funktionale Definitionen. Bei der Festlegung der Definition der Tarifizensur sind für mich vier Kriterien maßgeblich, die im Folgenden untersucht werden sollen. Nicht eingegangen werden soll hierbei auf die Problematik der fehlerhaften Definition, etwa weil sie zirkulär ist.²¹⁶ Die Befolgung der diesbezüglichen „technischen“ Regeln ist selbstverständlich.

1. Abgrenzbares Wertungskürzel

Nach Abkehr von der Begriffsjurisprudenz²¹⁷ sind weder der Begriff noch die Definition Selbstzweck. Eine gute juristische Definition ist vielmehr funktional. Sie will abkürzend festlegen, was die hinter dem definierten Begriff stehende einheitliche Aussage ist.²¹⁸ Nur so kann dieser seinen Zweck erfüllen: die Verständigung dadurch zu erleichtern, dass er einen festgelegten Lebenssachverhalt abkürzt.²¹⁹ Denn nur wenn der Sender mit seinem Kürzel das gleiche meint, was auch der Empfänger unter dem Kürzel versteht, wird die Kommunikation erleichtert. Beinhaltet ein Kürzel hingegen mehrere Sachverhalte, können zwei Situationen entstehen: entweder die Gesprächspartner merken, dass sie „nicht vom gleichen reden“. Oder aber das unterschiedliche Verständnis bleibt unbemerkt, so dass der Sender meint, etwas anderes gesagt zu haben als der Empfänger meint, verstanden zu haben.²²⁰ In beiden Situationen ist die Kommunikation erschwert.

Wenn aber der durch gute Definition festgelegte Begriff Wertungskürzel sein soll, muss der von ihm bezeichnete Lebenssachverhalt hinreichend abgegrenzt sein.²²¹ Deshalb ist Ziel der Definition, dass „möglichst genau bestimmte Sachverhalte [umrissen werden], die also maximal entscheidbar sein sollten.“²²² Mithin muss auch die Definition des Begriffes der Tarifizensur diesen mit einem klar umrissenen Lebenssachverhalt verknüpfen.²²³

216 Ausführlich Pawlowski, Begriffsbildung, S. 31; v. Savigny, Grundkurs, S. 101 ff.

217 Umfassend, wenn auch selbst ablehnend Hassold, AcP 181 [1981], S. 131 ff.

218 Oder, wie Wank, Begriffsbildung, S. 61 formuliert: „Definieren heißt, die Bedeutung eines Ausdruckes festzulegen“.

219 Zur Funktion deutlich v. Savigny, Grundkurs, S. 24.

220 Wank, Begriffsbildung, S. 81.

221 Zu diesem Zweck auch v. Savigny, Grundkurs, S. 24.

222 Pawlowski, Begriffsbildung, S. 87.

223 Klug, Definitionen, S. 202.

Eine zu weite Definition läuft Gefahr, nicht einem Begriff zu dienen sondern vielmehr einem Oberbegriff.²²⁴ *Pawlowski* hinterfragt die Nützlichkeit einer solchen Definition kritisch, „zerfalle“ sie doch regelmäßig in unabhängige Begriffe und folglich unabhängige Definitionen.²²⁵ Daneben hat sie einen weiteren Nachteil: sie kann leicht als „Totschlagsargument“ benutzt werden. Denn wenn eine Definition nicht hinreichend abgegrenzt, gleichzeitig aber klar ist, dass bestimmte miterfasste Sachverhalte abzulehnen sind, wird der Verwender versuchen, das Argument als „Totschlagsargument“ unbesehen auch auf andere Sachverhalte anzuwenden. Eine zu enge Definition hingegen läuft Gefahr, nur einen Bruchteil des Sachverhalts zu erfassen. Sie ist zu kleinteilig und erzwingt, dass über diesen Begriff weitere Zwischen-Oberbegriffe eingezogen werden müssen. Letztlich verfehlt sie auch ihren Zweck, da der durch sie festgelegte Begriff nicht einheitliches Wertungskürzel für vergleichbare Sachverhalte ist.²²⁶ Für die Definition der Tarifizensur bedeutet dies: man muss sich darüber im Klaren sein, welcher Lebenssachverhalt mit dem Begriff bezeichnet werden soll. Hierbei ist eine gestaltende Wertung erforderlich, weil die Lebenssachverhalte, die den Befundfällen zu Grunde liegen, uneinheitlich sind.

2. Einheitliche Rechtsfolgen

Daraus ergibt sich das Folgekriterium der einheitlichen Rechtsfolgen. Eine gute Definition setzt den definierten Begriff dergestalt fest, dass die vom gleichen Tatbestand erfassten Sachverhalte auch die gleiche Rechtsfolge aufweisen (sollen). Dies meint letztlich *Pawlowski*, wenn er argumentiert die Klassifizierung diene allgemein dazu, „daß sich Gesetzmäßigkeiten entdecken lassen, denen diese Erscheinungen unterliegen“²²⁷. Denn die Rechtswissenschaft definiert nicht im luftleeren Raum, sondern beschreibt vielmehr Regelungsinstrumente und –zusammenhänge. *Wank* etwa meint: „teleologische Begriffsbildung bedeutet hier eine Begriffsbildung, die den Sinnzusammenhang zwischen Tatbestand und Rechtsfolge wahrt.“²²⁸ *Klug* argumentiert noch teleologischer: eine zweckmäßige Definition müsse „wirksamer Maßstab zur Gewinnung rechtlicher Entscheidungen“²²⁹ sein. Gerade der Begriff der Tarifizensur, der ein Vorwurf an staatliche Organe ist, zu stark in die Rechte der Tarifparteien einzugreifen, will natürlich ganz entscheidend auf die Rechtsfolgen hinweisen.

224 Oder mit *Pawlowski*, Begriffsbildung, S. 5: „Familie von Bedeutungen“.

225 *Pawlowski*, Begriffsbildung, S. 5.

226 In diese Richtung wohl auch *Wank*, Begriffsbildung, S. 72.

227 *Pawlowski*, Begriffsbildung, S. 84.

228 *Wank*, Begriffsbildung, S. 151.

229 *Klug*, Definitionen, S. 208.

Für die Definition des Begriffes der Tarifizensur heißt dies freilich nicht, dass lediglich rechtswidriges staatliches Verhalten erfasst sein darf. So wieso verbietet sich jede generalisierende Aussage, bestimmtes staatliches Handeln sei stets rechtswidrig.²³⁰ Es geht vielmehr um den Grad der Wahrscheinlichkeit. So zeigt doch die bisherige Verwendung des Begriffes der Tarifizensur, dass ihr nicht gelingt, die wirklich problematischen Fälle, also diejenigen, bei denen staatliches Handeln zumindest *regelmäßig* rechtswidrig ist, von den anderen (überwiegenden) zu scheiden, in denen das staatliche Handeln zumindest *regelmäßig* rechtmäßig ist. Ein gut definierter Begriff der Tarifizensur sollte also auch hinsichtlich der Rechtsfolgen einheitlich zu beurteilen sein.

3. Abdeckung

Die hier vorzunehmende Definition der Tarifizensur darf umgekehrt auch nicht zu eng geraten. Denn wie der Befund zeigt, haben verschiedenste Formen staatlichen Handelns den Vorwurf der Tarifizensur hervorgerufen. Eine Definition, die lediglich einen bestimmten Teilbereich hiervon als „Tarifizensur im eigentlichen Sinne“ festlegte, wäre dann nicht zweckmäßig, wenn sie nicht zumindest den anderen Verwendern erklärte, in welchem Verhältnis das von ihnen bezeichnete Verhalten zur so festgelegten Tarifizensur stünde. Insofern muss die hiesige Definition, wie auch immer sie ausfällt, Antwort geben auf die Einwürfe der Tarifizensur.

Dies bedeutet nicht, dass lediglich eine alle Anwendungsfälle erfassende Definition zweckmäßig wäre; dies würde gegen andere Zweckmäßigkeitskriterien verstoßen. Vielmehr kann Ergebnis auch sein, dass ein etwas enger definierter Begriff der Tarifizensur in das Verhältnis zu anderen Formen staatlichen Handelns gestellt wird.

4. Sprache

Schließlich noch ein eher praktisches Kriterium einer zweckmäßigen Definition: sie sollte sprachlich verständlich gestaltet und – falls möglich – sogar ästhetisch sein.²³¹ Denn: „Eine Festsetzung dient der Verständigung nur dann, wenn sie ankommt. Es hat keinen inneren Wert, vor dem stauenden Leser ein majestätisches Begriffsgerüst aufzubauen, mit dem dieser nichts anzufangen weiß.“²³²

230 So konsequent etwa auch für die Tarifizensur: *Cherdron*, Tarifliche Sanierungs- und Sozialplanvereinbarungen, S. 117; *Sutschet*, ZfA 2005, 624 f; ausführlicher noch unter § 2 E, S. 98.

231 *Klug*, Definitionen, S. 204.

232 *v. Savigny*, Grundkurs, S. 25.

Insofern beschäftigen sich auch ansonsten sehr theoretische Werke zur „Definition“ durchaus auch mit diesen eher praktischen Erwägungen. *v. Savigny* etwa fordert: „Terminologien sollen zum Beispiel eindeutig, überschaubar, möglichst sparsam, dabei hinreichend ausdrucksreich und schließlich hinreichend exakt sein.“²³³ Noch deutlicher fordert *Klug*: „Die Definition muß verständlich, einprägsam, klar, eindeutig, möglichst ideologiefrei und rational sein.“²³⁴

B. Mögliche Definitionen der Tarifizensur

Nachdem abstrakt die Kriterien zur Bewertung einer Definition des Begriffs „Tarifizensur“ dargelegt wurden, sollen nun mögliche Definitionen dargestellt und in einem weiteren Schritt bewertet werden. Dem Ergebnis aus dem Befund²³⁵ folgend wird der Fokus zunächst auf der Teilfrage liegen, auf welche Freiheit der Staat bei der Tarifizensur eigentlich zugreift. Die übrigen, auf Grund der Befundlage klareren Definitionselemente werden im Anschluss dargestellt.²³⁶

I. Tarifizensur als Kontrolle von Tarifhandeln

Weitestmögliche Definition wäre, dass Tarifizensur die Kontrolle von jedwedem Tarifhandeln meint. Eine solche Definition wäre als kleinster gemeinsamer Nenner des Befundes allumfassend, so dass alle bisherigen Verwender der Tarifizensur zu Recht von ihr gesprochen haben.

Eine solche Definition wäre hingegen nicht zweckmäßig. Misst man sie an den dargestellten Bewertungskriterien, erfüllt sie nur wenige Punkte. Zwar wäre eine solche Definition sprachlich griffig und eingängig und würde daneben auch fast alle bisherigen Befundfälle abdecken, so dass sie im Kriterium „Abdeckung“ punkten kann.

Indes würde es einer solchen Definition schon an der Abgrenzbarkeit fehlen. Meinte Tarifizensur tatsächlich die Kontrolle jedweden Handelns, würden viele verschieden gelagerte Lebenssachverhalte in einen Topf geworfen. Anstatt die Unterschiede der einzelnen Fälle aufzuzeigen um so die rechtliche Bewertung zu erleichtern, täuscht sie vor, letztlich „sei doch alles das gleiche“. Auch hätte die so verstandene Tarifizensur keine einheitlichen Rechtsfolgen. Das Tarifhandeln ist weit und erfasst alles vom Kauf von Büromaterial durch die Gewerkschaftssekretärin bis zum Abschluss von Entgelttarifverträgen. Die rechtliche Beurteilung der staatlichen Kontrolle wird uneinheitlich ausfallen. Zum einen stellte sich bei

²³³ *v. Savigny*, Grundkurs, S. 24.

²³⁴ *Klug*, Definitionen, S. 208.

²³⁵ § 1 D, S. 59.

²³⁶ § 2 C. III, S. 91.

einer so weiten Definition schon die Frage, ob stets der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG eröffnet ist (was etwa beim allgemeinen Kaufrecht, das auch für gewerkschaftlichen Büromaterialkauf anwendbar ist, sehr zweifelhaft ist²³⁷). Daneben würde nicht berücksichtigt, dass das Grundrecht verschiedene Schutzrichtungen hat (etwa Bestands- und Betätigungsgarantie), die einer einheitlichen Bewertung zumeist entgegenstehen. Aber auch im einfachen Recht wird ganz selbstverständlich unterschieden, etwa zwischen Inhalts- und Kollisionskontrolle von Tarifverträgen, deren Bewertung kaum etwas gemein hat.²³⁸ Innerhalb eines einheitlichen Tarifizensurbegriffs müsste also wieder fallweise untergruppiert werden, wann die Tarifizensur rechtmäßig, wann rechtswidrig ist. Mit einem so verstandenen Begriff wäre wenig gewonnen.

Es lohnt daneben auch ein Seitenblick in die Diskussion zur „richterlichen Inhaltskontrolle“ im Zivilrecht. *Fastrich* hat in seiner Untersuchung die Inhaltskontrolle nicht dergestalt verstehen wollen, dass sie „jede inhaltliche Kontrolle an Hand fester oder variabler Maßstäbe“²³⁹ erfasst. Denn ein so gefasster Begriff wäre wenig funktional, weil er „identisch mit den Grenzen der Privatautonomie“²⁴⁰ wäre. Dieser Satz gälte aber auch für einen derart weit definierten Begriff der Tarifizensur. Er wäre identisch mit der kollektiven Koalitionsfreiheit und würde nichts über die Rechtmäßigkeit der Tarifizensur aussagen. Ein so definierter Begriff wäre vielmehr Überbegriff – und dieser ist mit Koalitionsfreiheit schon gut besetzt. Deshalb kann Tarifizensur nicht als die Kontrolle jeglichen Tarifhandelns definiert werden.

II. Tarifizensur als Eingriff in die Tarifaufonomie

Daneben könnte man auch – etwas weniger weit, aber immer noch weitreichend – Tarifizensur als Eingriff in die Tarifaufonomie definieren.

Der Begriff der Tarifaufonomie ist weit zu verstehen und bedeutet, dass für die Tarifparteien ein „Freiraum zu autonomer Rechtsgestaltung offen“²⁴¹ gehalten wird. Klassisch wird definiert: „Den frei gebildeten Koalitionen ist durch Art. 9 III GG verfassungsrechtlich gewährleistet, die Arbeitsbedingungen in einem von staatlicher Rechtsetzung frei gelassenen Raum in eigener Verantwortung und im wesentlichen ohne staatliche Einflussnahme durch unabdingbare Gesamtvereinbarungen sinnvoll zu

²³⁷ Deutlich *Franzen/Thüsing/Waldhoff*, Arbeitskampf, S. 54.

²³⁸ *Schliemann*, Arbeitsgerichtliche Kontrolle, S. 579.

²³⁹ *Fastrich*, Inhaltskontrolle, S. 5.

²⁴⁰ *Fastrich*, Inhaltskontrolle, S. 5.

²⁴¹ *ErfK/Dieterich*, Art. 9 Rn. 51; wohl auch *BeckOKArbR/Giesen*, § 1 TVG Rn. 106: „Das Recht, autonom zu regeln.“

ordnen“²⁴². Innerhalb der Tarifaufonomie wird weiter differenziert, etwa zwischen der „formellen Tarifvertragsfreiheit“ und der „materiellen Tarifvertragsfreiheit“²⁴³. Während erstere das Tarifeinigungsverfahren schützt, etwa vom Erkämpfen von Tarifverträgen bis hin zur Garantie ihrer normativen Wirkung, will die materielle Tarifaufonomie die Freiheit des Inhalts garantieren. Hierbei geht es dann neben dem Schutz nachträglicher Beanstandung vor allem um die Frage, inwieweit die Verfassung einen Schutz vor staatlicher „Aushöhlung“ beinhaltet, also davor, dass klassisch von den Tarifparteien normierte Regelungsgegenstände durch Gesetz (abschließend) geregelt werden.²⁴⁴

Die Bewertung des Definitionsvorschlages gleicht der Bewertung des Vorschlages zu I). Zwar ist auch er sprachlich kurz und ansprechend und auch die Abdeckung der Befundfälle ist hoch. Trotzdem mangelte es auch dieser Definition an Abgrenzbarkeit und an einheitlichen Rechtsfolgen. Die große Reichweite der Tarifaufonomie erfasst neben der Tariffinhaltsfreiheit – um die es in den meisten Befundfällen geht – als gewichtigen Teilaspekt auch die Frage, ob staatliche Regulierung tariflichem Handeln einen Spielraum belassen muss. Die Beurteilung dieser Frage ist aber vor dem Hintergrund von Art. 9 Abs. 3 GG von der Frage zu trennen, ob der Staat bei grundsätzlich gewährter Handlungsfreiheit im Einzelfall in die genutzte Freiheit wieder eingreifen darf.²⁴⁵ Verstünde man den Begriff der Tarifizensur so weitreichend, könnte ihre Rechtmäßigkeit nicht einheitlich beurteilt werden.

III. Tarifizensur als Kontrolle von Tariffinhalten

Zu weit gefasste Definitionen, wie sie unter I) und II) vorgestellt wurden, scheitern, da es ihnen an Abgrenzbarkeit und einheitlichen Rechtsfolgen fehlt. Deshalb ist der Begriff der Tarifizensur enger zu definieren.

1. Tariffinhaltskontrolle

In den weit überwiegenden Befundfällen geht es nur um einen Teilaspekt der Tarifaufonomie, nämlich die Kontrolle von Tariffinhalten. Ein spezifischerer Ansatz wäre deshalb, die Kontrolle von Tariffinhalten und darauf gerichteten Arbeitskämpfen, als Tarifizensur zu definieren.

Auch diese Definition ist nicht hinreichend zweckmäßig. Sprachlich ist sie zwar griffig und auch die Abgrenzbarkeit ist besser als bei den bisherigen

²⁴² MüArbR/*Richardi*, § 7 Rn. 5 unter V.

²⁴³ v. Mangoldt/Klein/Stark/*Kemper*, Art. 9 Abs. 3 GG Rn. 147 ff.

²⁴⁴ Ausführlich zum umstrittenen Streitstand v. Mangoldt/Klein/Stark/*Kemper*, Art. 9 Abs. 3 GG, Rn. 152.

²⁴⁵ Deutlich in diese Richtung auch *Thüsing/Braun*, Tarifrecht, 1. Kapitel, Rn.63 f.

Definitionsversuchen. Allerdings mangelt es noch an einheitlichen Rechtsfolgen, da der Maßstab weiterhin zu wenig differenziert ist. Erfasst wäre nämlich etwa auch die „Rechtskontrolle“ von Tarifynhalten, die die Rechtsprechung wie selbstverständlich durchführt.²⁴⁶ Hiervon zu trennen ist etwa eine „Billigkeitskontrolle“ von Tarifynhalten, die die meisten Autoren und auch die Rechtsprechung ablehnen.

Deshalb muss innerhalb der Tarifynhaltskontrolle noch weiter differenziert werden. Es ist zu untersuchen, ob bestimmte Einschränkungen, etwa hinsichtlich des Kontrollmaßstabes, des Kontrollmodus oder aber des Kontrollobjektes, eine trennschärfere Definition zu leisten vermögen.

2. Tarifizensur als Anwendung eines bestimmten Kontrollmaßstabes

Zunächst könnte ein bestimmter Kontrollmaßstab das Spezifische sein, das die Tarifizensur von anderen Formen der Kontrolle der Tarifparteien unterscheidet.

a. Tarifizensur als Rechtskontrolle von Tarifhandeln

Tarifizensur könnte als Rechtskontrolle von Tarifhandeln definiert werden. In diese Richtung deuten einige Stimmen in der Literatur, die etwa wegen des „Verbots der Tarifizensur“ eine „inhaltliche Prüfung“²⁴⁷ des Tarifynhalts (oder der Kampfziele) ablehnen.

Eine solche Definition wäre nicht zweckmäßig, weil das BAG bereits explizit ausgeführt hat, dass Tarifynhalte grundsätzlich der Rechtskontrolle unterliegen, und zwar hinsichtlich des Verstoßes gegen das Grundgesetz²⁴⁸ aber auch gegen sonstiges höherrangiges Recht²⁴⁹. Auch in der Literatur wird betont, dass auch die Tarifparteien selbstverständlich einer allgemeinen Rechtskontrolle unterliegen (wobei hier die Abgrenzung zur „besonderen“ Kontrolle gerade umstritten ist).²⁵⁰ *Otto* und *Herschel* betonen, dass dies gerade etwas anderes als Tarifizensur sei.²⁵¹ So verstanden wäre aber Tarifizensur stets appellativ oder rechtspolitisch, da das damit verbundene Wertungskürzel weder von der Rechtsprechung noch von den maßgeblichen Stimmen der Literatur geteilt wird.

²⁴⁶ Hierzu sogleich unter § 2 B. III. 2. a, S. 72.

²⁴⁷ *Sutschet*, ZfA 2005, 581, 624; *Cherdron*, Tarifliche Sanierungs- und Sozialplanvereinbarungen, S. 116 f; wohl auch *Ozimek*, Sparten, S. 112; unklar *Däubler/Heuschmid*, RdA 2013, 1, 5: Schutz vor umfassender Inhaltskontrolle.

²⁴⁸ BAG 10.11.1982 – 4 AZR 1203/79 – BAGE 40, 327, 339, juris-Rn. 42.

²⁴⁹ BAG 28.5.1996 – 3 AZR 752/95 – NZA 1997, 101, 102, juris-Rn. 20.

²⁵⁰ Ausführlich etwa *Otto*, Tarifizensur und Arbeitskampf, S. 672.

²⁵¹ *Otto*, Tarifizensur und Arbeitskampf, S. 663; *Herschel*, RdA 1985, 65 für die Grundrechtskontrolle von Tarifverträgen.

b. Tarifizensur als Billigkeitskontrolle von Tarifhandeln

Wie der Befund zeigt wird anlässlich der Tarifizensur oft diskutiert, ob und inwieweit die Tarifinhalte einer Billigkeitskontrolle zu unterwerfen sind.²⁵² Dies wird von den meisten Verwendern des Begriffs „Tarifizensur“ abgelehnt. Tarifizensur könnte also als Billigkeitskontrolle von Tarifhandeln definiert werden.

Auch eine solche Definition ist nicht zweckmäßig. Zwar wäre auch sie sprachlich griffig und deckte einen Großteil der Befundfälle ab. Auch wären die Rechtsfolgen einheitlich, da etwa das BAG – aber auch die überwiegende Zahl der Literaturstimmen – eine Billigkeitskontrolle von Tarifinhalten ablehnt.²⁵³

Allerdings wäre die „Abgrenzung“ problematischer, als sie auf den ersten Blick erscheint. Schwerwiegende Mängel in diesem Bereich führen dazu, dass auch diese Definition abzulehnen ist. Unter dem einheitlichen Stichwort der Billigkeitskontrolle verstecken sich verschiedene rechtliche Aspekte, deren Unterschiede vielmehr herausgearbeitet werden müssen, als durch ein einheitliches Stichwort verdeckt zu werden. Bei der Verwendung des Begriffs der Billigkeitskontrolle muss zwischen dem eigentlichen Begriff der Billigkeit im engeren Sinne (Billigkeit als Gerechtigkeit im Einzelfall²⁵⁴) und der Billigkeit im weiteren Sinne unterschieden werden. Nur um letztere geht es den meisten Autoren. Dass Tarifverträge auf ihre Billigkeit im engeren Sinne untersucht werden, ist durch das BAG mehrfach verneint worden und deshalb unproblematisch. Allerdings verstehen die Befürworter einer Freistellung von der Billigkeitskontrolle den Begriff nicht im Sinne des § 315 BGB. Vielmehr geht es ihnen darum, dass die Tarifinhalte nicht ungeschriebenen oder aber kaum definierten Grenzen unterliegen. Ehrlicher ist deshalb etwa der – oft in einem Atemzug verwendete – Begriff der Zweckmäßigkeit.²⁵⁵ So wird denn auch die Kontrolle anhand § 242 BGB²⁵⁶ oder aber die Verhältnismäßigkeitsprüfung beim Grundrechtseingriff²⁵⁷ als vermeintliche Billigkeitskontrolle diskutiert. Unter dem einheitlichen Begriffsdeckmantel der Billigkeitskontrolle geht es also um verschiedene Aspekte.

Letztlich wird „Billigkeitskontrolle“ (im weiteren Sinne) als Schlagwort verwendet, das ebenso wenig untersucht ist wie die Tarifizensur. Insbesondere wo denn genau die Grenze zwischen zulässiger Rechtskontrolle

252 Etwa *Hagedorn*, Tarifsozialpläne, S. 270.

253 Ausführlich unter § 3 D. IV, S. 162.

254 Etwa *Fastrich*, Inhaltskontrolle, S. 63.

255 LAG Hamburg 13.6.2001 – 8 TaBV 3/01 – juris, Rn. 45; auch *Hagedorn*, Tarifsozialpläne, S. 270.

256 *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 695.

257 *Schliemann*, Arbeitsgerichtliche Kontrolle, S. 587.

und unzulässiger „Billigkeitskontrolle“ (im weiteren Sinne) verläuft, bleibt unklar.²⁵⁸ Zu Recht konstatiert *Thüsing* deshalb, dass ein solcher Begriff nur ablenkt.²⁵⁹ Es erscheint zweifelhaft ob es zweckmäßig ist, sich bei der erstmaligen Definition eines Begriffes auf einen anderen Begriff zu stützen, der ebenfalls nicht untersucht ist. Der Zweck einer Definition, nämlich den Diskurs durch ein Wertungskürzel zu erleichtern, wäre so kaum zu erreichen.

c. Tarifizensur als Kontrolle des Rechts der Tarifparteien zur subjektiven Einschätzung

Daneben könnte Tarifizensur auch definiert werden als die staatliche Kontrolle dessen, was gerade der subjektiven Einschätzung der Tarifparteien überantwortet ist. Anlass für eine solche Definition bietet weniger ein konkreter Befundfall als vielmehr parallele Untersuchungen zur Einschränkung der Privatautonomie. *Fastrich* etwa betont, dass „die Privatautonomie [...] auf der Anerkennung subjektiver Wertung [aufbaut] und [...] daher die Freiheit zu nicht notwendig mit objektiven Wertungen übereinstimmenden Regelungen“²⁶⁰ umfasst.

Das BAG deutet im Zusammenhang mit Tarifizensur an, dass es gerade die Überprüfung des Subjektiven für zweifelhaft hält. Zur Frage etwa, ob das Scheitern der Verhandlungen schlicht vorgetragen werden muss oder aber gerichtlich überprüfbar ist, betont es, dass eine „materielle Betrachtungsweise [...] weder möglich noch zulässig [ist]. Sie scheitert praktisch schon daran, daß eine noch bestehende Verhandlungs- und Kompromißbereitschaft der Tarifvertragsparteien als innere Tatsache nicht oder jedenfalls nur unter größten Schwierigkeiten anhand von Indizien festgestellt werden könnte.“²⁶¹

Auch eine solche Definition ist allerdings nicht zweckmäßig. Schon sprachlich wäre sie zwar leichtgängig, aber letztlich wenig aussagekräftig. Ihre Abgrenzung wäre schlecht, da mit „dem Subjektiven“ gerade kein feststehender Komplex bezeichnet wird. Vielmehr darf nicht übersehen werden, dass es sehr umstritten ist, ob das Recht auf „subjektive Wertungen“ den Tarifparteien gleich wie natürlichen Personen zusteht, sofern diese durch normative Tarifyhalte in die Freiheit anderer eingreifen können. Daneben ist mit dem Bezug auf „das Subjektive“ nichts gewonnen, da gerade nicht klar ist, was, warum und in welchen Grenzen lediglich der subjektiven Einschätzung der Tarifparteien obliegt. Schließlich ist auch

²⁵⁸ Hierzu ausführlich *Thüsing*, Tarifaautonomie, S. 908.

²⁵⁹ Kritisch deshalb *Thüsing*, Tarifaautonomie, S. 902.

²⁶⁰ *Fastrich*, Inhaltskontrolle, S. 43.

²⁶¹ BAG 21.6.1988 – 1 AZR 651/86 – NZA 1988, 846, 848, juris-Rn. 66.

die Abdeckung schlecht, da sich kaum Befundstellen derart geäußert haben.

3. Tarifizensur als Anwendung eines bestimmten Kontrollmodus

Auch könnte ein bestimmter Kontrollmodus die Tarifizensur von anderen Formen der Kontrolle der Tarifparteien unterscheiden.

a. Tarifizensur als Ergebniskontrolle

Womöglich ist Tarifizensur lediglich die Kontrolle des Tarifiergebnisses, nicht hingegen die Kontrolle des Einigungsvorgangs.²⁶² Tarifizensur wäre also als staatliche Ergebniskontrolle von Tarifverträgen zu definieren.

Allerdings ist auch eine solche Definition nicht zweckmäßig, da sie wenig trennscharf, mithin ihre Abgrenzbarkeit schlecht ist. Die meisten Befundfälle bezeichnen gerade die Kontrolle des fertigen Tarifiergebnisses als Tarifizensur; ausschließen könnte man dann lediglich den Streik auf dem Weg zum Tarifiergebnis. Freilich wird auch hier eine gerichtliche Kontrolle oft als Tarifizensur bezeichnet. Mithin ist so keine zweckmäßige Definition zu erzielen, selbst wenn Sprache und Abdeckung ausreichend wären.

Auch der umgekehrte Ansatz, gerade nur die Kontrolle des Einigungsvorgangs als Tarifizensur zu definieren²⁶³, wäre nicht zweckmäßig. Denn hier würden vice versa kaum mehr Befundfälle als Tarifizensur bezeichnet werden, die Abdeckung wäre also schlecht. Tarifizensur ist – das zeigt der Befund deutlich – eben nicht bloß die Streikkontrolle.

b. Tarifizensur als finales Handeln

Auch könnten nur finale staatliche Eingriffe in die Tarifynhaltsfreiheit als Tarifizensur definiert werden. Anlehnen könnte man sich an die Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 12 GG, die eine berufsregelnde Tendenz verlangt.

Indes ist eine solche Definition nicht zweckmäßig, vor allem weil sie nicht hinreichend abgrenzt. Die große Mehrzahl der Befundfälle beschäftigt sich gerade nicht mit zufälligen Eingriffen, sondern vielmehr mit zielgerichtetem staatlichen Handeln. Es passiert selten, dass der Staat unzielgerichtet Tarifhandeln beschränkt. Am ehesten ist noch an die – verkürzt bezeichnet – allgemeinen Gesetze zu denken, die nicht speziell für Tarifhandeln gelten. Nur: hier ist die Abgrenzung gerade schwierig. Auch sprachlich

262 *Reuter*, ZfA 1978, 1, 32: „Verzicht auf eine ‚mikrojuristische‘ Ergebniskontrolle [...]. Geboten bleibt jedoch eine ‚makrojuristische‘ gerichtliche Kontrolle“.

263 So wohl *Olschewski*, Standorterhaltung, S. 264; *Oppermann*, Kontrolle, S. 190; zu Recht ablehnend *Greiner*, Pluralität, S. 130.

wäre eine solche Definition wenig griffig, so dass Stärken in ihrer Abdeckung die übrigen Defizite nicht aufzuwiegen vermögen.

4. Tarifizensur als Zugriff auf ein bestimmtes Kontrollobjekt

Schließlich könnte ein bestimmtes Kontrollobjekt das Spezifische sein, das die Tarifizensur von anderen Formen der Kontrolle der Tarifparteien unterscheidet. Denn letztlich geht es bei den meisten Befundfällen darum, dass nach Ansicht des Autors ein bestimmtes Etwas besteht, das allein den Tarifparteien überantwortet ist und bei dessen Ausübung sie keiner gerichtlichen Kontrolle unterliegen. Man sollte meinen, dass es in Rechtsprechung und Literatur hinreichend untersucht ist, was eigentlich das Spezifische ist, das gerade den Tarifparteien bei der Tarifnormsetzung zukommt; dem ist aber nicht so.

Die Begriffe, mit denen es umschrieben wird, sind zahlreich: man spricht vom Ermessen der Tarifparteien²⁶⁴, aber auch von Beurteilungsspielraum²⁶⁵, einer Einschätzungsprärogative²⁶⁶ oder einem Gestaltungsspielraum.²⁶⁷ Manche Gerichte verwenden gar drei Begriffe in einem Absatz²⁶⁸, als wollten sie ganz sicher gehen, den wirklichen Begriff nicht aus Versehen beiseitezulassen.²⁶⁹ Man könnte deshalb Tarifizensur als einen staatlichen Eingriff in einen dieser Begriffe bezeichnen.

Auch diese Definitionen der Tarifizensur sind allerdings nicht zweckmäßig. Zwar sind sie sprachlich einfach und einprägsam, auch sind die Rechtsfolgen einheitlich, da der Eingriff in das, was keiner gerichtlichen Kontrolle unterliegen soll, zumindest in den weit überwiegenden Fällen rechtswidrig sein wird. Auch die Abdeckung ist vergleichsweise stark, da es sich bei einem Großteil der Befundfälle um einen Eingriff in den wie auch immer bezeichneten Spielraum der Tarifparteien, Recht zu setzen, handelt. Allerdings weisen alle Definitionsversuche große Schwächen in der Abgrenzbarkeit auf, da sie letztlich – wie die „Billigkeitskontrolle“ auch²⁷⁰ – auf Begriffe abstellen, die als solche weder klar umrissen noch eindeutig sind.

264 Etwa ArbG Passau 2.10.2007 – 1 Ga 20/07 – juris, Rn. 73; so auch schon *Biedenkopf*, Grenzen der Tarifautonomie, S. 46; *Gamillscheg*, RdA 1968, 407, 409.

265 MüArbR/*Löwisch/Rieble*, § 157 Rn. 50.

266 LAG Baden-Württemberg 6.7.1999 – 8 Sa 77/98 – BeckRS 1999, 30862851; HK-ArbR/*Becker*, Art. 3 GG Rn. 38; *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 889; ErfK/*Schmidt*, Art. 3 GG Rn. 26.

267 LAG Baden-Württemberg 6.7.1999 – 8 Sa 77/98 – BeckRS 1999, 30862851; HK-ArbR/*Becker*, Art. 3 GG Rn. 38.

268 Etwa ArbG Hamburg 25.1.2011 – 21 Ca 235/08 – juris, Rn. 116.

269 Kritisch deshalb zum Versuch, den Tarifparteien über dieses Mittel die Autonomie zu sichern *Borchard*, Differenzierungsklauseln, S. 77 unter Verweis auf *Dieterich*, RdA 2001, 110, 113: „Daumenpeilung“.

270 § 2 B. III. 2. b, S. 73.

Vielmehr läuft man bei ihrer Verwendung Gefahr, das eine Schlagwort durch das nächste Schlagwort zu ersetzen, ohne in der Sache zur Rechtsklarheit beizutragen.

Ohne zu ausführlich die Zweckmäßigkeit der jeweiligen Begriffe zu untersuchen – man lief Gefahr, den Fokus dieser Arbeit aus den Augen zu verlieren – soll kurz dargelegt werden, warum die jeweiligen Begriffe nicht als Ausgangspunkt für eine Definition der Tarifizensur taugen.

a. Zugriff auf das Ermessen der Tarifparteien

Einige Gerichte und Autoren bezeichnen den Freiraum als Ermessen der Tarifparteien.²⁷¹ Sie sollen ein Ermessen haben, wie denn die Tarifpolitik am besten zu gestalten, etwa welche Lohnhöhe (und -forderung) richtig ist. Tarifizensur wäre also der Eingriff in das Ermessen der Tarifparteien.

Auch wenn er dem bürgerlichen Recht nicht fremd ist²⁷², ist der Begriff des Ermessens in erster Linie durch den bekannten öffentlich-rechtlichen Ermessensbegriff dominiert, etwa §§ 114 VwGO, 40 VwVfG. Hat eine Behörde kraft Gesetzes ein Ermessen, so hat sie dieses Ermessen dem Zweck der Ermächtigung nach auszuüben und die Grenzen des Ermessens einzuhalten. Nur wenn diese Grenzen überschritten sind, ist eine gerichtliche Korrektur möglich. Zweck des Ermessens im Öffentlichen Recht ist, dass die zuständige Behörde im Einzelfall eine rechtmäßige weil verhältnismäßige Lösung finden kann. Dieses Ermessen bezieht sich stets nur auf das ob und wie der Rechtsfolgen, nicht aber auf den Tatbestand.²⁷³ Das Ermessen gewährt nie ein Recht zur freien, willkürlichen Entscheidung sondern zur „pflichtgemäßen Ermessensausübung“.²⁷⁴

Auf die Kontrollfreiheit von Tarifynhalten lässt sich dies freilich nicht übertragen. Zum einen würde eine Kontrolle dahingehend, ob die Parteien ihr Tarifiermessen nach dem Zweck ihrer Ermächtigung eingesetzt haben, den Vorwurf der Tarifizensur hervorrufen – nämlich das Forschen nach dem „wahren Motiv“. Vor allem aber geht es nicht darum, dass die Tarifparteien nach Subsumption des Tatbestandes einer Rechtsnorm ein Ermessen bezüglich der Rechtsfolge haben. Tarifautonomie gewährt kein Rechtsfolgenermessen sondern umfassende Freiheit. Auch Art. 5 GG etwa gibt kein Meinungsermessen, sondern weitergehend umfassende Freiheit. Warum sollte dies bei der Tarifautonomie anders sein? Auch geht es hier nicht darum, dass gerade im konkreten Einzelfall eine „passgenaue“ und

²⁷¹ Etwa ArbG Passau 2.10.2007 – 1 Ga 20/07 – Juris, Rn. 72.; so auch schon maßgeblich etwa *Biedenkopf*, Grenzen der Tarifautonomie, S. 46; ebenso *Gamillscheg*, RdA 1968, 407, 409.

²⁷² Ausführlich *Rieble*, Einigungsstelle, S. 109 ff.

²⁷³ Ausführlich *Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 8 Rn. 512 ff.

²⁷⁴ Näher *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 17 ff.

damit verhältnismäßige Lösung gefunden werden kann, da Tarifyinhalte vielmehr wie Gesetze abstrakt-generell wirken.

b. Zugriff auf den Beurteilungsspielraum der Tarifparteien

Ähnliche Kritik muss auch an der Idee eines Beurteilungsspielraums der Tarifparteien geäußert werden; auch sie umschreibt nicht hinreichend ihre Freiheit. Der Begriff des Beurteilungsspielraums entstammt ebenfalls in erster Linie dem Öffentlichen Recht. Dort bezeichnet er die seltenen Fälle, in denen die Behörde auf Tatbestandsseite einen kontrollfreien Spielraum besitzt. Voraussetzung hierfür ist immer, dass es eine entsprechende normative Ermächtigung gibt.²⁷⁵ Eine solche wird durch die Gerichte zumeist dann angenommen, wenn die beurteilte Situation nicht nachgestellt werden kann (v.a. Prüfungsentscheidungen), die Beurteilung gerade durch ein spezielles plural besetztes Gremium erfolgen soll (z.B. die FSK) oder bei Risikobewertungen im Umweltrecht.²⁷⁶ Aber selbst in diesem Bereich ist die gerichtliche Kontrolle nicht völlig zurückgenommen. Vielmehr wird etwa weiterhin kontrolliert, ob die Behörde vom richtigen Sachverhalt ausgegangen ist oder ob sie sachfremde Erwägungen angestellt hat.

Schon eine solche Kontrolle des „wahren Motives“ würde aber, wie der Befund zeigt, gerade den Vorwurf der Tarifizensur hervorrufen. Daneben impliziert der Begriff des Spielraums aber auch, dass es irgendwo eine Grenze der zulässigen Beurteilungen, quasi das Ende des Beurteilungsspielraums geben muss. Aber auch dies passt nicht auf die Tarifizensur, da die Befundfälle etwa auch eine Kontrolle extrem hoher Tarifforderungen als verbotene Tarifizensur bezeichnen.²⁷⁷ Überdies wird eine Kontrolle von Tarifyinhalten zumeist auch nicht in dem Fall befürwortet, dass eine oder beide Tarifparteien vom „falschen“ Sachverhalt ausgegangen sind. All dies scheidet die hiesige Situation von der des Beurteilungsspielraums.

c. Zugriff auf den Gestaltungsspielraum der Tarifparteien

Nach anderen Stimmen sollen die Tarifparteien einen „Gestaltungsspielraum“ haben.²⁷⁸ Freilich taugt auch dieser Begriff nicht zur Definition der Tarifizensur. Es fehlt am Anhaltspunkt für die Reichweite dieses Spiel-

²⁷⁵ Ausführlich Voßkuhle, JuS 2008, 117, 118.

²⁷⁶ Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, § 68 Rn. 10ff; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 35ff.

²⁷⁷ Ausführlich im Befund unter § 1 B. II. 1. a; anders aber Otto, Tarifizensur und Arbeitskampf, S. 685, der dies als rechtmäßige Tarifizensur bezeichnet.

²⁷⁸ Letztlich wohl auch BGH 14.11.2007 – IV ZR 74/06 – BGHZ 174, 127, Rn. 37; LAG Baden-Württemberg 6.7.1999 – 8 Sa 77/98 – BeckRS 1999, 30862851; HK-ArbR/Becker, Art. 3 GG Rn. 38.

raums. Darüber hinaus wird nicht klar, warum es gerade ein *Gestaltungsspielraum* sein soll. Meint dies, dass an sich nicht zulässige Rechtsfolgen beschlossen werden können, nur weil Tarifparteien beteiligt sind? Der Begriff muss wohl appellativ verstanden werden: der Gesetzgeber möge den Tarifparteien hinreichend Spielraum zur eigenverantwortlichen Gestaltung lassen. Für den Zweck einer Definition, dahinterstehende Wertungen aufzuzeigen, taugt er nicht.

d. Zugriff auf die Einschätzungsprärogative der Tarifparteien

Oft liest man, die Tarifparteien hätten eine Einschätzungsprärogative, welches tarifliche Handeln opportun sei.²⁷⁹ Der Begriff scheint dem Verfassungsrecht entnommen zu sein. Dort bezieht er sich auf das Dilemma der unsicheren Prognosemöglichkeiten. Wird im Rahmen der Verhältnismäßigkeit die Geeignetheit und Angemessenheit überprüft und hat das Bundesverfassungsgericht keine besseren Erkenntnismöglichkeiten als das Parlament, so verbietet es die Gewaltenteilung, dass es seine eigene unsichere Prognose an Stelle der Prognose des Parlaments setzt, das für solche Einschätzungen unmittelbar demokratisch legitimiert wurde.²⁸⁰

Dieser Begriff kann ebenfalls für die Tarifizensur kein trennscharfes Wertungskürzel sein. Immerhin stellt er zwar eine „Im-Zweifel-Regel“ auf, so dass er mehr eigenen Aussagegehalt hat als das Abstellen auf „Spielräume“. Andererseits: Kein anderes Grundrecht billigt dem Grundrechtsträger eine Einschätzungsprärogative zu, vielmehr geht es um Freiheit. Es überzeugt nicht, bei Art. 9 Abs. 3 GG eine Sonderdogmatik zu fordern.²⁸¹ Stellte man hingegen auf ihre Normsetzungsbefugnis ab, so ließe sich die Übertragung der Einschätzungsprärogative auf einen anderen Normgeber durchaus vertreten. Allerdings trägt die maßgebliche Begründung des BVerfG hier nicht. Anders als der Gesetzgeber sind die Tarifparteien gerade nicht unmittelbar demokratisch legitimiert, so dass kein Grund besteht, bei unsicherer prognostischer Lage gerade ihrer Prognose den Vorzug zu geben.

e. Zwischenergebnis

Keiner der dargestellten Begriffe zum Kontrollobjekt passt hinreichend auf die Kontrolle von Tarifynhalten. Deshalb sollte für die Definition der Tarifizensur nicht auf sie aufgebaut werden, da sie nur scheinbar für Klar-

²⁷⁹ LAG Baden-Württemberg 6.7.1999 – 8 Sa 77/98 – BeckRS 1999, 30862851; HK-ArbR/*Becker*, Art. 3 GG Rn. 38; auch *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 889; ErfK/*Schmidt*, Art. 3 GG Rn. 26.

²⁸⁰ Maunz-Dürig/*Grzeszick*, Art. 20 Rn. 122.

²⁸¹ Begriff auch schon verwendet von *Maschmann*, Tarifaufonomie, S. 456.

heit sorgen. In der Sache ist Aufgabe, sich materiell Umfang und Grenzen dieser Tarifinhaltsfreiheit zu nähern.

5. Tarifizensur als Verstoß gegen Kontrollzurücknahmepflicht

Schließlich könnte Tarifizensur der Verstoß von staatlichen Organen gegen ihre Pflicht, die Kontrolle gegenüber den Tarifparteien zurückzunehmen, sein. Anlass für diesen Definitionsansatz sind die Literaturstimmen, die die Freiheit der Tarifparteien durch einen Appell an die Gerichte zu einer Art *judicial-self-restraint*²⁸² sichern wollen.

Auch eine solche Definition ist letztlich nicht zweckmäßig. Zum einen ist sie schon sprachlich missraten, daneben bliebe offen, ob es sich um eine reine „Empfehlung“ handelt, oder welche Rechtsfolgen ein Verstoß hervorruft. Schließlich trüge eine solche Definition auch nichts zur Abgrenzung bei. Vielmehr wäre eine Antwort darauf notwendig, welche Kontrolle von Tarifhandeln aus welchen Gründen zu unterbleiben hat; dies beantwortet eine solche Definition gerade nicht. Daneben implizierte sie, dass das Tarifhandeln eigentlich rechtswidrig ist, die Gerichte aber die Tarifparteien mit ihrem Rechtsbruch davon kommen lassen. Eine solche Freiheitssicherung wäre kaum noch vorhersehbar. Umgekehrt ist es auch vor dem Hintergrund des Rechtsstaatsprinzips keine Lösung, auf das schlichte Dulden von Rechtsverstößen zu setzen. Zu Recht bezeichnet auch *Dieterich* diese Lösung als „unehrlich [...], weil sie die logische Konsequenz eines dogmatischen Konzepts mit einem unscharfen Appell bei dessen Handhabung ‚wegretuschiert‘; ein Riß in der Begründung wird mit Gips zugespachtelt. Das Ergebnis ist unbefriedigend, weil es die ohnehin evidente Rechtsunsicherheit unerträglich und unnötig verschärft.“²⁸³

IV. Zwischenergebnis

Die dargestellten Definitionen haben Stärken, aber in erster Linie Schwächen. Zwar gibt es Ansätze, die alle bisherigen Befundfälle erfassen, bloß würde eine entsprechende Definition wenig abgrenzen, so dass sie lediglich ein Oberbegriff wäre. Umgekehrt eignen sich die bisherigen Wendungen zum „Kontrollobjekt“ nicht, um darauf eine Definition der Tarifizensur aufzubauen.

282 Greiner, NZA 2008, 1275, 1280; Fischer, RdA 2009, 287, 295; ähnlich Däubler/Lakies, TVG § 5 Rn. 52: „Vielmehr sind die von den Tarifvertragsparteien autonom gesetzten Tarifnormen grundsätzlich als rechtswirksam zu betrachten, es sei denn, deren Verstoß gegen höherrangige Normen ist offensichtlich.“

283 Dieterich, Grundrechtsbindung, S. 123.

C. Eigener Ansatz: Tarifregelungsanmaßung

Allerdings ist Tarifizensur nicht allumfassend zu verstehen, sondern nur als eine Erscheinungsform staatlicher Tarifbeeinflussung, nämlich als Tarifregelungsanmaßung. Sie tritt neben die – gesondert zu untersuchende – Rechtskontrolle von Tarifverträgen, die ihrerseits zu beanstanden ist, wenn sie unverhältnismäßig ist.

I. Tarifizensur als Tarifregelungsanmaßung

Während es in den bisherigen Ansätzen stets um die Beanstandung und Kassation tariflicher Normen ging, kann Tarifizensur auch als staatliche Regelungsanmaßung definiert werden. Bei dieser steht nicht die Kontrolle im Vordergrund, sondern es geht darum, dass ein staatliches Organ noch weiter geht und selbst Tarifnormen schafft.

Tarifizensur ist jedes staatliche Handeln, das sich im Einzelfall anmaßt, Tarifinhalte zu setzen oder zu ersetzen, sei es präventiv oder repressiv.

1. Ansteigende Eingriffsintensität

Die festsetzende Definition erfordert herauszuarbeiten, was der Lebenssachverhalt ist, den Tarifizensur bezeichnen soll.²⁸⁴ Der Befund macht deutlich, dass bisher verschiedene Sachverhalte gemeint waren. Erforderlich ist also eine Entscheidung.

Es fällt auf, dass die kritisierten staatlichen Kontrollen von Tarifhandeln unterschiedliche Eingriffsqualität haben und es deshalb schwer fällt, die Tarifizensur stets für rechtswidrig zu halten. Notwendig erscheint mir vielmehr eine Abstufung der kritisierten Formen staatlicher Kontrolle nach ihrer Eingriffsintensität in die kollektive Koalitionsfreiheit.

Geringste Eingriffsintensität hat hierbei die Rechtskontrolle anhand von „gewöhnlichem“ Recht. Denn in diesem Fall verwirft das Gericht – zu meist inzident in einem Parteiverfahren – lediglich eine Tarifnorm anhand eines relativ bestimmten Gesetzes. Der Eingriff²⁸⁵ ist vergleichsweise vorhersehbar und belässt hinreichend Regelungsspielraum. Denn Rechtsnormen beschränken nur punktuell die Regelungsfreiheit; in ihren Grenzen herrscht Freiheit.

Gesteigerte Eingriffsintensität kommt hingegen der Rechtskontrolle anhand von Generalklauseln, etwa §§ 138, 242 BGB zu. Zwar ist auch sie

²⁸⁴ § 2 A. IV, S. 65.

²⁸⁵ Ausführlich unter § 3 C. III, S. 133.

Rechtskontrolle²⁸⁶, allerdings steigt mit der Unbestimmtheit der Norm auch die Eingriffsmöglichkeit des Richters und sinkt umgekehrt die Vorhersehbarkeit für die Parteien. Daneben muss zwischen den einzelnen Generalklauseln differenziert werden. § 138 Abs. 1 BGB setzt wie andere Rechtsnormen lediglich punktuelle, äußere Grenzen des Handelns²⁸⁷, lässt also vergleichsweise große Handlungsspielräume. Bei § 242 BGB hingegen geht es nicht mehr um lediglich punktuelle Grenzen, sondern um Optimierungsgebote, so dass der Eingriff deutlich stärker ist.²⁸⁸ Hinzu kommt stets die Offenheit des Tatbestandes. Auch die Kontrolle anhand der Grundrechte der Normunterworfenen bzw. Dritter, die zumeist auf eine Verhältnismäßigkeitskontrolle hinausläuft, ist in diesem Zusammenhang zu sehen.

Größte Eingriffsintensität hat hingegen das staatliche Handeln, das einen Tarifynhalt nicht lediglich beanstandet, sondern einen eigenen Tarifynhalt setzt. Denn dann sind die Tarifparteien entmachtet, es verbleibt – zumindest für den zeitlichen Geltungsbereich einer solchen Norm – in der Frage kein Handlungsspielraum mehr. Mithin stellt die staatliche Tarifregelungsanmaßung den schwersten Eingriff in die Tarifautonomie dar.

Untersucht man die Rechtmäßigkeit dieser staatlichen Kontrolle, so wird man schon bei kursorischer Betrachtung feststellen, dass die Tarifregelungsanmaßung selten mildestes Mittel und deshalb regelmäßig rechtswidrig ist.²⁸⁹ Andere Formen staatlicher Kontrolle hingegen sind regelmäßig rechtmäßig, außer sie sind ausnahmsweise unverhältnismäßig.²⁹⁰

Die hier vertretene Definition der Tarifizensur erfüllt die meisten Zweckmäßigkeitskriterien sehr gut. Sie grenzt ein konkretes Rechtsproblem von zahlreichen anderen ab. Auch die Rechtsfolgen sind zumeist einheitlich. Vor allem überzeugt diese Definition sprachlich, weil sich die Prägnanz des Begriffes nun auch in der rechtlichen Bewertung und in der Definition wiederfindet. Wie schon zu Beginn der Arbeit angedeutet²⁹¹ eignet sich der Begriff der Tarifizensur als Wertungskürzel gut, weil und soweit er für eine rechtswidrige staatliche Kontrolle steht. Weil er an das strikte Verbot der Pressezensur erinnert und die damit verbundenen Emotionen hervorruft, sollte es in meinen Augen vermieden werden, auch diejenigen Sachverhal-

²⁸⁶ Noch unter § 3 B. I. 2. b, S. 125.

²⁸⁷ Hierzu noch unter § 3 D. I, S. 147; *Fastrich*, Inhaltskontrolle, S. 20, 37, mit umfassenden Nachweisen.

²⁸⁸ Hierzu noch unter § 3 D. III, S. 158; Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 367; MüKoBGB/*Roth/Schubert*, § 242 Rn. 127; den verbleibenden Spielraum betonend auch *Heinrich*, Formale Freiheit, S. 296 f.

²⁸⁹ § 2 E, S. 98.

²⁹⁰ § 3 B. III. 1. c, S. 130.

²⁹¹ § 1 am Anfang.

te zu erfassen, die regelmäßig rechtmäßig, lediglich ausnahmsweise rechtswidrig sind. Er verlöre an Schlagkraft und Eindeutigkeit. Ein so definierter Begriff der Tarifizensur würde letztlich auch der großen Mehrzahl der Befundfälle gerecht, die ganz selbstverständlich davon ausgehen, dass eine Tarifizensur per se unrechtmäßig ist. Damit aber dieses auch die bisherigen Befundfälle Verbindende – nämlich die Rechtswidrigkeit der so bezeichneten Tarifizensur – aufrechterhalten werden kann, ist es notwendig den Begriff eng zu definieren. Denn nur ein Teil der Befundfälle ist rechtswidrig, auch wenn es die dortigen Autoren anders sehen.

All dies spricht dafür, Tarifizensur lediglich zu definieren als die staatliche Kontrolle, die zumindest regelmäßig rechtswidrig ist – nämlich die staatliche Tarifregelungsanmaßung.

2. Die Tarifregelungsanmaßung

Was aber bedeutet Tarifregelungsanmaßung genau, wie ist sie von anderen Beschränkungen der Tarifparteien abzugrenzen und was sind die Gründe, warum sie besonders abzulehnen ist?

a. Kreation statt Kassation

Für gewöhnlich beschränken sich staatliche Organe auf die reine Beanstandung von Tarifnormen im Sinne einer Kassation. Egal ob unmittelbar in einem fiktiven staatlichen Tarifgenehmigungsverfahren oder aber wie üblich „mittelbar“ im Rahmen einer Inzidentverwerfung in einem Urteilsverfahren, stets geht es darum, dass eine Tarifnorm rechtswidrig ist. Nie aber tritt ein staatliches Organ an die Stelle der Tarifparteien und setzt einen Tarifynhalt, vielmehr bleibt es bei der bloßen Kassation. Eine Kreation durch den Staat selbst ist ungewöhnlich und gerade im Bereich des Tarifvertrages eine besondere Belastung der Parteien. Denn, wie etwa *Reuß* schrieb, würden Tarifynhalte „ausgehandelt, notfalls ausgepaukt, nicht aber vom Gericht festgesetzt.“²⁹²

b. Stärkster Eingriff

Der Unterschied zwischen Kreation und Kassation ist nicht bloß ein formaler. Vielmehr ist die Belastung der Koalitionsfreiheit anders, die Tarifregelungsanmaßung greift stärker in sie ein. Die Kassation erklärt lediglich eine Regelungsmöglichkeit für rechtswidrig und verwirft sie; die Tarifparteien bleiben berufen, diese Lücke selbst zu schließen oder dies zu unterlassen. Vor allem aber bleiben ihnen noch substantielle Entscheidungsmöglichkeiten, wie sie neu regeln wollen. Denn die Kassation be-

292 *Reuß*, AuR 1971, 353, 363.

schränkt sich auf diese konkrete Regelung und lässt alle anderen denkbaren Regelungsoptionen unberührt.

Ganz anders ist dies bei der staatlichen Tarifkreation. Hier wählt das staatliche Organ selbst aus den zahlreichen denkbaren Regelungsmöglichkeiten aus und macht diese zum verpflichtenden Tarifynhalt. Zwar ist es für die Tarifparteien stets misslich, wenn eine vereinbarte Tarifnorm nicht wirken kann. Aber das weitere Vorgehen verbleibt in ihrer Hand. Anders bei der Tarifkreation. Hier ist den Tarifparteien die Ihnen zustehende Entscheidung aus der Hand genommen worden.

Dass die Tarifkreation einen besonders schwerwiegenden Eingriff in die kollektive Koalitionsfreiheit darstellt, wird auch von der Rechtswissenschaft deutlich gesehen. *Kemper* etwa schreibt zur staatlichen Zwangsschlichtung: „Vor allem aber verletzt die staatliche Fiktion einer tarifvertraglichen Einigung den Kernbereich der Tarifautonomie: Sie lässt einer eigentlichen Verhandlung der Tarifparteien untereinander keinen Raum mehr.“²⁹³ Auch *Wank* sieht zur Frage, ob Gerichte nach Wegfall der Geschäftsgrundlage eines Tarifvertrages zur selbstständigen Anpassung berechtigt sein sollen, deutlich: „Die richterliche Festlegung greift massiv in den Verhandlungsspielraum der Parteien ein.“²⁹⁴ Deshalb sollte sich das Gericht gerade auf die Feststellung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage und Bestehen einer Neuverhandlungspflicht beschränken²⁹⁵, da dies das wesentlich mildere Mittel sei. Für *Neumann* erreichen Gesetze die höchste Eingriffsintensität, „die bestehende Tarifverträge korrigieren“.²⁹⁶ Auch zu Art. 6 Abs. 4 ESC wird deutlich gesehen, dass die staatliche Regelungsanmaßung die stärkste Belastung der Koalitionsfreiheit ist. Während „gewöhnliche“ Einschränkungen des Streikrechts gemäß Art. 31 ESC gerechtfertigt werden könnten, gilt hier anderes. „Wenn Regierungen eingreifen und Gesetzgebung oder Pflichtschlichtung benutzen, um Streiks zu beenden, untersucht der Ausschuss jeden Einzelfall nach seinen Umständen, um festzustellen, ob Artikel 31 tatsächlich beachtet wurde.“²⁹⁷ Zum bürgerlichen Recht wird die staatliche Inhaltssetzung ebenso deutlich als in-

293 *Kemper*, Koalitionsfreiheit, S. 129; ähnlich v. Mangoldt/Klein/Starck/*Kemper*, Art. 9 Rn. 148; *Greiner*, Pluralität, S. 451; *Knebel*, Koalitionsfreiheit und Gemeinwohl, S. 36 f; ErfK/*Schmidt*, Art. 3 GG Rn. 59: „Korrekturen des Tarifrechts für die Zukunft sind sehr viel probl. [...]. Vor allem aber ist der Eingriff in die Tarifautonomie hier erhebl. intensiver als bei der bloßen Bereinigung [...]“; ähnlich *Franzen/Thüsing/Waldhoff*, Arbeitskampf, S. 102 f; *Heinrich*, Formale Freiheit, S. 298; JKO/*Krause*, § 1 Rn. 28.

294 *Wank*, Geschäftsgrundlage, S. 786; ähnlich *Dieterich*, Tarifautonomie, S. 31.

295 *Wank*, Geschäftsgrundlage, S. 786.

296 *Neumann*, RdA 2007, 71, 72.

297 Europarat, ESC, S. 138; neu muss es wohl um Teil V, Artikel G gehen.

tensiverer Eingriff gesehen.²⁹⁸ Auch das BVerwG hat früh erkannt, dass bei beidseitiger staatlicher Preisbindung „von der Preisfreiheit nichts mehr übrig“ bleibe.²⁹⁹

c. Dauerhafte Bindung

Der Eingriff in die Koalitionsfreiheit durch die Tarifkreation wirkt auch deshalb stärker, weil sie zumindest für die Geltungsdauer des Tarifvertrages die Tarifparteien bindet. So hat etwa auch der zwangsgeschlichtete Tarifvertrag eine Laufzeit, während derer die Friedenspflicht besteht.³⁰⁰ Auch bei der ergänzenden Vertragsauslegung sind die Parteien für die Tariflaufzeit gebunden. Zwar wirkt die ergänzende Auslegung, die zumeist im Parteiverfahren stattfindet, nicht für andere Verfahren. Freilich bleibt zumindest die faktische Präcedenzwirkung, zumal wenn ein höheres Arbeitsgericht die ergänzende Auslegung vorgenommen oder gebilligt hat. Zwar wären die Tarifparteien frei, einvernehmlich den Tarifvertrag auch während der Laufzeit zu ändern, um die Lücke, auf der die ergänzende Auslegung beruht, zu beseitigen. Dies ist allerdings ein eher theoretischer Vorschlag, da zumeist eine Tarifpartei mit der Auslegung zufrieden ist, da sie den geschlossenen Kompromiss in ihre Richtung verschiebt. Dass auch bei der Rechtskontrolle der Kompromiss des Tarifvertrages verschoben wird³⁰¹ ist eine andere Belastung, da hier nur eine mögliche Regelungsoption genommen, bei der Tarifkreation eine aus zahlreichen Regelungsoptionen für die Tarifiedauer festgeschrieben wird.

d. Überforderung des Richters

Gegen eine freie Tarifinhaltssetzung durch staatliche Organe, namentlich natürlich den Richter, wurde daneben als entscheidendes Argument angeführt, dass gerade dem Richter die hierfür erforderlichen Erkenntnismöglichkeiten fehlen, er mithin überfordert sei.³⁰² Ihm fehle es am notwendigen Sachverstand.³⁰³ Daneben fehle es ihm auch an der notwendigen Legitimation, da der Gesetzgeber entscheiden müsse, wenn er etwa auch in sensiblen Bereichen wie dem Lohn eine bestimmte Festsetzung wolle.³⁰⁴

298 Nur beispielhaft: Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 466.

299 BVerwG 4.7.1956 – V C 199.55 – BVerwGE 4, 24, 36.

300 So wohl auch *Leinenweber*, Landesschlichtungsgesetze?, S. 17; ausdrücklich auch (für die freiwillige Schlichtung) *Däubler/Reim/Ahrendt*, TVG § 1 Rn. 1216.

301 Unter § 2 F. II. 2, S. 116.

302 *Otto*, Tarifvertrag, S. 793; auch schon *Löwisch*, RdA 1969, 129, 130; einschränkend *Oetker*, RdA 1995, 82, 97.

303 *Reuß*, AuR 1971, 353, 356.

304 *Bärmann*, AcP 154 [1955], 373, 386.

Oder aber man fragt noch plakativer, wie *Reuß*: „Soll – und kann – dann der Richter Wirtschafts- und Lohnpolitik machen?“³⁰⁵

Letztlich geht es um den Unterschied zwischen der Feststellung bestimmter Grenzen erlaubten Handelns einerseits, was dem Richter überantwortet ist, und der Festlegung der zweckmäßigen, sinnvollen Regelung innerhalb des zulässigen Rahmens. Zwar ist zuzugestehen, dass die Grenze zwischen Rechtskontrolle anhand der Generalklauseln und Inhaltskreation fließend ist und beides womöglich auch praktisch gleich „schwer“ wiegt. Hierbei geht es allerdings doch oft um „Randarbeitsbedingungen“, bei denen es womöglich ein dispositives Recht, von dem abgewichen wurde, als Maßstab gibt. Geht es allerdings um „den Preis der Arbeit“, also um Arbeitszeit, Entgelt oder Eingruppierung, so fehlt dem Gericht jeder Bewertungsmaßstab. Der gerechte Preis ist mit den Mitteln der ZPO oder des ArbGG nicht herauszufinden. Gerade weil es keine Findungsmethode gibt, ist im Grundgesetz entschieden, wer zur Festlegung berechtigt sein soll.

Ähnliche Erwägungen liegen letztlich auch § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB zu Grunde. Nur hinsichtlich des Abweichens von einem Normalzustand mutet man dem Richter eine Angemessenheitskontrolle zu. Geht es hingegen um die Hauptleistung, letztlich also den „gerechten Preis“, hat er sich mangels Kompetenz einer Angemessenheitskontrolle zu enthalten.³⁰⁶

e. Verantwortung des Staates

Schließlich werden der Staat und seine Organe selbst in die politische und wirtschaftliche Verantwortung für (vermeintlich schlechte) Tarifynhalte genommen, verbleibt es nicht bei einer Beanstandung, sondern setzte er die Tarifynhalte selbst.³⁰⁷ Gerade das Ansehen der Gerichte als neutrale Streitentscheidungsinstanz könnte so nachhaltig beschädigt werden. Zum anderen zeigen aber etwa die Erfahrungen aus der Weimarer Republik, dass bei wiederholter staatlicher Regelungsanmaßung die Tarifparteien ihre eigene Verantwortung zusehends zurücknehmen, weniger selbst um den Inhalt kämpfen als vielmehr ihre Einflussmöglichkeiten in die Politik oder die Justiz aktivieren, um Tarifynhalte zu beeinflussen.³⁰⁸

³⁰⁵ *Reuß*, ZfA 1970, 319, 336.

³⁰⁶ „Der Richter ist kein ‚Preiskommissar‘; er verfügt weder über die Sachkunde noch über die Informationen, die [...] erforderlich sind“: MüKoBGB/*Wurmnest*, § 307 Rn. 44.

³⁰⁷ So sehr deutlich *Söllner*, NZA, 1996, 897, 900; skeptisch auch ähnlich *Stütze*, Entgelthöhe, S. 491.

³⁰⁸ v. *Brauchitsch*, Staatliche Zwangsschlichtung, S. 174 ff.

3. Abgleich mit dem Befund

In zahlreichen Befundfällen wird gerade die Tarifkreation als kritikwürdige Tarifizensur bezeichnet. Mithin deckte ein derart definierter Begriff der Tarifizensur eine beträchtliche Zahl der Befundfälle ab.

So meint das LAG Düsseldorf, gerade eine „Ersetzung der Wertung der Tarifvertragsparteien durch diejenige des Gerichts [verstoße] gegen das Verbot der Tarifizensur.“³⁰⁹ *Löwisch/Rieble* meinen, bei der Tarifizensur „usurpierte der Staat den Tarifwillen“³¹⁰. *Fischinger* spricht vom „an die Stelle der Tarifparteien treten“³¹¹, *Wank* von der Ersetzung des „fehlenden Konsens [...] durch gerichtliche Entscheidung.“³¹² Für *Greiner* hingegen geht es darum, dass die Tarifizensur „die staatliche Vorstellung vom Wert der Arbeitsleistung an die Stelle der tarifautonomen Regelung setzt.“³¹³ *Stütze* weist mit Recht darauf hin, dass der Richter bei der (oft als Tarifizensur kritisierten) Billigkeitskontrolle „gestaltend tätig wird“,³¹⁴ Oder mit *Hensche* „Tarifizensur [...], bei deren Ausübung der Richter sein subjektives Ermessen an die Stelle des tarifpolitischen Aushandlungsprozesses und dessen Ergebnis setzen müsste.“³¹⁵ Deutlich formuliert auch *Giesen*: „Die Zwangsschlichtung entspricht im Ergebnis der staatlichen Festsetzung von Arbeitsbedingungen, kommt also einer Tarifizensur gleich.“³¹⁶ *Dieterich* spricht davon, dass „die Arbeitsgerichte [...] weder berechtigt noch in der Lage [...] arbeitsmarktpolitische Leitlinien zu entwickeln und damit die Einschätzung der Tarifvertragsparteien zu korrigieren.“³¹⁷

309 LAG Düsseldorf 19.5.2004 – 12 Sa 191/04 – juris, Rn. 59; ähnlich wohl auch BAG 30.8.2000 – 4 AZR 563/99 – NZA 2001, 613, 617, juris-Rn. 67 (unter § 1 B. I. 2. b, S. 32).

310 *Löwisch/Rieble*, Grundlagen Rn. 216, Rn. 201; *Löwisch*, Arbeitskampfrecht, 170.1. Rn. 77; MüArbR/*Löwisch/Rieble*, § 157 Rn. 50; „Substitution des Tarifwillens“: *Rieble*, Anmerkung zu BAG 4 AZR 129/96, S. 23.

311 *Fischinger*, Arbeitskämpfe, S. 164.

312 *Wank*, Geschäftsgrundlage S. 779, deutlich auch S. 787: „Mangels Rechtsetzungsbefugnis muß den Gerichten die Befugnis zur Anpassung selbst denn versagt bleiben, wenn sich der Gestaltungsspielraum auf Null reduziert“; ähnlich Meinel/Heyn/*Herms* § 4 TzBfG Rn. 33; oder aber *Kissel*, Arbeitskampfrecht, § 10 Rn. 52: „Korrektur“.

313 *Greiner*, Pluralität, S. 451; ähnlich Däubler/*Reim/Nebe*, TVG § 1 Rn. 148.

314 *Stütze*, Entgelthöhe, S. 47.

315 *Hensche*, AuR 2004, 443, 445.

316 *Giesen*, ZfA 2011, 1, 35.

317 *Dieterich*, RdA 2002, 1, 10.

II. Seitenblick: Vertragszensur

1. Vertragszensur als Ausnahme im Bürgerlichen Recht

Die Einschätzung, dass es sich bei der staatlichen Tarifregelungsanmaßung um einen besonders schwerwiegenden Eingriff in die kollektive Koalitionsfreiheit handelt, findet Unterstützung in parallelen Untersuchungen zum Bürgerlichen Recht. Auch hier erfolgt durch Urteil lediglich die Kassation, nur ausnahmsweise kommt es zu einer gerichtlichen Kreation.³¹⁸ Der Grund liegt auch hier in der schwerwiegenderen Einschränkung der Privatautonomie, genauer der Vertragsinhaltsfreiheit³¹⁹, die bei der Kassation Regelungsspielraum belässt, bei der Kreation diesen hingegen nimmt. Ganz deutlich formuliert dies etwa *Preis*: „Hiermit geht ein wesentlich stärkerer Eingriff in die Prinzipien der Vertragsfreiheit einher, als mit der eigentlichen Aufgabe des Richters verbunden ist, nämlich der Kontrolle eines Vertrages nach Recht und Gesetz. Um es zuzuspitzen: Freiheit und Verantwortung der Vertragsparteien werden stärker eingeschränkt, wenn sich der Richter an ihre Stelle setzt und als Dritter eine angemessene Regelung kreiert, als wenn er sich auf eine Rechtskontrolle [...] beschränkt und ggf. eine unangemessene Vertragsgestaltung als rechtswidrig verwirft.“³²⁰ Auch *Fastrich* betont, dass es bei der reinen Rechtskontrolle gerade „keiner richterlichen Gestaltung bedürfe“, sondern vielmehr nur einer gerichtlichen Feststellung.³²¹

2. Abgrenzung zur Freiwilligen Gerichtsbarkeit

Mehr Gestaltungsfreiheit genießt der Richter hingegen in zahlreichen Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit. Denn oft sieht das materielle Recht, etwa bei Fragen des Umgangsrechts, nur grobe Grenzen vor; in der genauen Gestaltung der konkreten Regelung im Einzelfall ist der Richter hingegen frei.³²² Ursprünglich ging eine Reihe von Autoren davon aus, dass gerade diese Gestaltungsfreiheit des Richters die Freiwillige Gerichtsbarkeit von den Zivilprozessen abgrenze. Hiervon geht man heutzutage zwar nicht mehr in dieser Absolutheit aus; trotzdem betonen viele Autoren weiterhin, dass sich die Freiwillige Gerichtsbarkeit eher durch Rechtsgestaltung und größeren gerichtlichen Spielraum³²³ auszeichne, Zivilprozess hingegen tendenziell durch Rechtserkenntnis und Kassation.³²⁴

318 Staudinger/*Rieble*, § 315 Rn. 47, 68; offener hingegen *Pilz*, Vertragsergänzung, S. 120 f; *Hager*, JZ 1994, 373, 380.

319 Etwa PWW/*Prütting*, Einleitung Rn. 18; MüKoBGB/*Busche*, vor § 145, Rn. 24.

320 *Preis*, Vertragsgestaltung, S. 196.

321 *Fastrich*, Inhaltskontrolle, S. 11.

322 MüKoBGB/*Hennemann*, § 1684 Rn. 21.

323 *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO § 11 Rn. 3 f; Die freiwillige Gerichtsbarkeit „hat im großen und ganzen folgende Aufgaben zum Gegenstand: 1.) die Rechts-

3. Gestaltungsklagen

Dieser Befund wird dadurch verdeutlicht, dass die Gestaltungsklage in der ZPO die Ausnahme³²⁵ und lediglich in den durch Gesetz angeordneten Fällen zulässig ist.³²⁶ Der Zivilrichter soll für gewöhnlich zur Leistung verurteilen oder – schon seltener – ein Rechtsverhältnis feststellen, nicht aber Rechtsverhältnisse gestalten. Die selten vorhandenen Gestaltungsklagen widerlegen diesen Befund nicht, sondern sind vielmehr Ausdruck des im Allgemeinen bestehenden Grundsatzes, dass der Richter gerade nicht gestalten dürfe. Darüber hinaus muss innerhalb der Gestaltungsklagen zwischen den seltenen echten und den zahlreichen unechten Gestaltungsklagen unterschieden werden.

Bei den unechten Gestaltungsklagen beschränkt sich nämlich die Rechtsfolge darauf, ein Rechtsverhältnis zu lösen. Die Rechtsfolge ist definiert, die Regelungsfreiheit des Richters entsprechend beschränkt.³²⁷ Die echte richterliche Gestaltung, also diejenigen Gestaltungsklagen die eine echte richterliche Inhaltssetzung vorsehen, sind durch die jüngsten Aktivitäten des Gesetzgebers noch seltener geworden. Nach Abschaffung der §§ 1587a Abs. 5³²⁸, 1667 Abs. 4 Satz 2³²⁹, 1779 Abs. 2 Satz 3³³⁰ BGB ist die richterliche Inhaltsschaffung im BGB nun die klare Ausnahme.³³¹ Nicht zu verwechseln sind hingegen Scheingestaltungsurteile, bei denen in Wahrheit

gestaltung [...] 3.) die Hilfe bei der Abwicklung von Rechtsverhältnissen, z.B. in der Auseinandersetzung [...] 4.) die Streitentscheidung im formloseren Verfahren“; *Prütting/Helms*, FamFG Einleitung Rn. 51: „am ehesten überzeugende Theorie, welche das Wesen [...] darin erachtet, der Gestaltung konkreter Privatrechtsverhältnisse durch Schaffung von Rechten und durch Mitwirkung zu ihrer Begründung.“; insgesamt ablehnend *Keidel*, FamFG § 1 Rn. 10 ff.

324 Darstellend etwa MüKoZPO/*Pabst*, § 1 FamFG: „Der Zweck der freiwilligen Gerichtsbarkeit sei Rechtsproduktion, der der streitigen Gerichtsbarkeit Rechtsschutz“, freilich selbst ablehnend.

325 *Böttcher*, Richterliche Vertragsgestaltung, S. 128: dies sehe man deutlich daran, dass sie noch nicht einmal angesprochen sei; vielmehr „wirken die vereinzelten Fälle richterlicher Gestaltung als Fremdkörper“, S. 129.

326 Schon ausdrücklich RG 3.2.1922 – II 640/21 – RGZ 103, 328, 333.

327 So unterscheidend auch *Böttcher*, Richterliche Vertragsgestaltung, S. 133.

328 Aufgehoben 31.8.2009.

329 Aufgehoben 30.6.1998.

330 Aufgehoben 30.6.1998.

331 Zusammenfassend *Stickelbrock*, Ermessen, S. 293; deutlich etwa zur Abschaffung der HausratVO *Jacobs*, NJW 2012, 3601, 3602.

doch ein Leistungsurteil begehrt wird, etwa § 745 Abs. 2 BGB³³², § 971 Abs. 1 Satz 3 BGB³³³ oder § 1024 BGB³³⁴.

Vorhanden sind zum einen noch die Fälle der echten, „sekundären“ Bestimmung durch Urteil in §§ 315 Abs. 3³³⁵, 660 Abs. 1 Satz 2³³⁶ sowie 2048 Satz. 3 BGB³³⁷. Ähnlich ist auch § 1246 Abs. 2 BGB; hier ist die Freiwillige Gerichtsbarkeit zuständig.³³⁸ Primär obliegt es bei diesen Normen aber den Parteien selbst, die billige Leistung zu bestimmen; nur wenn die primäre Bestimmung offenbar unbillig ist, ist der Richter zu „billigen“ Gestaltung berufen. Bei § 574a Abs. 2 Satz 1 BGB³³⁹ reicht hingegen bereits die die schlichte Nichteinigung.

Selten sind die Fälle der echten, „primären“ freien gerichtlichen Leistungsbestimmung. Diese ordnen § 343 Abs. 1 für den Fall der unverhältnismäßig hohen Vertragsstrafe und § 655 BGB für den Fall des unverhältnismäßig hohen Maklerlohnes³⁴⁰ an. Ohne, dass zunächst der Forderungsberechtigte aufgefordert werden müsste, darf der Schuldner unmittelbar das Gericht zur Herabsetzung der Vertragsstrafe auf einen angemessenen Betrag auffordern. Hier ist also vergleichsweise schnell die gerichtliche Gestaltungsbefugnis zu Lasten der Befugnis der Vertragsparteien eröffnet. Aus diesem Grund bezeichnet etwa *Rieble* § 343 BGB als „Fremdkörper im BGB“, aus der gerade nicht auf eine „generelle richterliche Vertragseingriffskompetenz“ geschlossen werden dürfe.³⁴¹ *Grunewald* argumentiert, die Ablehnung einer generellen Gestaltungsbefugnis des

-
- 332 Leistungsklage, bestimmter Antrag erforderlich: MüKoBGB/*Schmidt*, §§ 744, 745 Rn. 39.
 - 333 Umstritten ob das Gericht (hierfür *Soergel/Henssler*, § 971 BGB Rn. 5; *Staudinger/Gursky*, § 971 Rn. 2) oder nicht vielmehr der Finder das Ermessen ausüben soll; zumindest aber verlangen zahlreiche Autoren zumindest einen bezifferten Klageantrag (*Staudinger/Gursky*, § 971 Rn. 2; a.A. MüKoBGB/*Oechsler*, § 971 Rn. 5).
 - 334 Zusammentreffen mehrerer Nutzungsrechte; hierzu MüKoBGB/*Joost* § 1024 Rn. 3; ausdrücklich auch *Staudinger/Mayer*, § 1024 Rn. 7: es werde kein „Gestaltungsurteil begehrt wird, welches das Rechtsverhältnis zwischen den Berechtigten per se verändert, sondern ein Leistungsurteil.“
 - 335 Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen; hierzu *Staudinger/Rieble*, § 315 Rn. 268 ff; MüKoBGB/*Würdinger*, § 315 Rn. 42.
 - 336 Mitwirkung mehrerer nach Auslobung; hierzu *Staudinger/Bergmann*, § 660 Rn. 18; MüKoBGB/*Seiler*, § 660 Rn. 10.
 - 337 Teilungsanordnung des Erblassers; hierzu *Staudinger/Werner*, § 2048 Rn. 15; MüKoBGB/*Ann*, § 2048, Rn. 20.
 - 338 *Staudinger/Wiegand*, § 1246 Rn. 4; MüKoBGB/*Damrau*, § 1246 BGB Rn. 5.
 - 339 Fortsetzung des Mietverhältnisses nach Widerspruch; hierzu *Staudinger/Rolfs*, § 574a Rn. 10; MüKoBGB/*Häublein*, § 574a Rn. 9.
 - 340 MüKoBGB/*Roth*, § 655 Rn. 1.
 - 341 *Staudinger/Rieble*, § 343 Rn. 12; anders MüKoBGB/*Gottwald*, § 343 BGB Rn. 1.

Gerichts diene auch dem Schutz vor eigener Arbeitsüberlastung; daneben weist sie zurecht darauf hin, dass §§ 315, 343 BGB nur ganz begrenzte richterliche Gestaltungsmacht enthalten, nämlich die Reduktion in bestimmten Fällen, „mehr aber auch nicht.“³⁴² In diese Kategorie fallen genau genommen auch die Fälle der §§ 1382 Abs. 4, 1995 Abs. 3 BGB, bei denen allerdings die Freiwillige Gerichtsbarkeit zuständig ist.

Damit wird klar: der deutlich stärkere Eingriff in die Gestaltungsfreiheit, nämlich die richterliche Gestaltung ohne oder gegen den Willen der Parteien, ist die Ausnahme im BGB. Sie findet nur dort statt, wo der Gesetzgeber entweder auf Grund hochrangiger Rechtsgüter (etwa Schutz des vermeintlich schwächeren Mieters) oder aber des Scheiterns der autonomen Lösung (etwa § 2048 Satz 3 BGB) eine solche gravierende Einschränkung ausnahmsweise vorsehen durfte. Gerade die punktuelle Existenz bestätigt, dass es kein allgemeines richterliches Vertragsgestaltungsrecht gibt.³⁴³

III. Weitere Definitionselemente der Tarifzensur

Die Definition der Tarifzensur benötigt neben einem speziellen „Zugriffsobjekt“ Regelungsanmaßung³⁴⁴ weitere Elemente, um hinreichend trennscharf und damit zweckmäßig zu sein. Indes zeigt schon die eindeutige Befundlage³⁴⁵, dass es bei Tarifzensur nur um staatliches Handeln im Einzelfall geht und dass es unerheblich ist, ob dieses präventiv oder repressiv erfolgt.

1. Staatliches Handeln

Nur staatliches Handeln kann als Tarifzensur definiert werden. Zum einen wird in allen bis auf zwei Befundfälle nur solches Handeln als Tarifzensur bezeichnet. Aber auch die materiellrechtliche Betrachtung zwingt dazu, den Begriff der Tarifzensur entsprechend zu definieren.

Zum einen ist schon zweifelhaft, ob auch private Dritte, namentlich die von Löwisch/Rieble angesprochenen Gewerkschaften³⁴⁶ wie staatliche Organe an die kollektive Koalitionsfreiheit gebunden sind. Zwar enthält Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG die ausnahmsweise Anordnung der unmittelbaren

342 Grunewald, ZZP 101 [1988], 152, 157; auch schon Brüggenmann, *Judex statutor und judex investigator*, S. 76 f der scheiden möchte zwischen „gebundener, erkennender Gestaltung und freischöpferischer, ordnender Gestaltung“.

343 Das Regel-Ausnahmeverhältnis sieht auch Staudinger/Rieble, § 315 Rn. 23, 51.

344 Unter § 2 C. I, S. 81.

345 Unter § 1 D, S. 59.

346 Löwisch/Rieble, § 1 Rn. 182.

Wirkung auch im Privatrecht.³⁴⁷ Allerdings wird vertreten, dies betreffe nur die individuelle und gerade nicht die hier betroffene kollektive Koalitionsfreiheit.³⁴⁸ Zum anderen wird „ein ganz erheblicher Druck“³⁴⁹ gefordert, der im jeweiligen Einzelfall festzustellen wäre. Insofern erscheint nicht selbstverständlich, dass die Grundrechtsverpflichtung konkurrierender Gewerkschaften vergleichbar einer staatlichen Bindung ist.

Gewichtiger ist aber, dass private Dritte, auch konkurrierende Gewerkschaften, nicht in gleicher Weise einen Tarifvertrag ersetzen können. So ist zwar vorstellbar, dass etwa die IG-Metall über schuldrechtliche Vereinbarungen die Metall-Arbeitgeber dazu verpflichtet, nur diejenigen Verleihunternehmen zu beauftragen, die ihren Leiharbeitnehmern deutlich mehr zahlen, als es der dortige Leiharbeits-Tarifvertrag vorsieht. Womöglich kann man so auch dem fremden Tarifvertrag faktisch einen Großteil seiner intendierten Wirkung nehmen, so dass letztlich andere Tarifnormen zur Anwendung kommen als von den Verleihtarifpartnern ausgehandelt.

Trotzdem ist die Situation nicht mit einer staatlichen Regelungsanmaßung vergleichbar. Zum einen können private Dritte sich lediglich faktisch in fremde Tarifbeziehungen einmischen, nie aber auf den Tarifynhalt zugreifen. Im dargestellten Beispiel ist daneben zu beachten, dass die Funktion des Leiharbeitsarbeitsvertrags als *Mindestarbeitsbedingung* weiter bestehen bleibt; als *Höchsttarbeitsbedingung* dürfen Tarifverträge sowieso nicht konzipiert sein. Schließlich sieht die Rechtsordnung umfangreiche Instrumentarien vor, um auch vor faktischen Zugriffen auf die Tarifmacht durch private Dritte³⁵⁰ zu schützen. Für die Definition der Tarifizensur als funktionales Wertungskürzel³⁵¹ wäre es nicht zweckmäßig, auch diese nach anderen Maßstäben zu bemessenden Handlungen Privater mitzuerfassen.

Stattete man das TVG mit einer Öffnungsklausel für die Betriebspartner aus³⁵², so wäre grundrechtsbeeinträchtigende Maßnahme bereits das staatliche Gesetz und nicht erst das in der Folge auftretende Handeln des privatrechtlichen Betriebsrats.

347 v. Mangoldt/Klein/Starck/Kemper, Art. 9 Abs. 3 Rn. 184; v. Münch/Kunig/Löwer, Art. 9 Rn. 106.

348 Umfassend Höfling/Burkiczak, RdA 2004, 263, 266; deutlich auch v. Münch/Kunig/Löwer, Art. 9 Rn. 106; offengelassen Jarass/Pieroth, Art. 9 Rn. 47a mwN.

349 Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf/Kannengießer, Art. 9 Rn. 29.

350 Hierzu Serr, Privative Tariftreue.

351 Schon unter § 2 A. IV. 1, S. 65.

352 Schon unter § 1 C. II. 4. b, S. 57.

2. Im Einzelfall

Des Weiteren meint Tarifizensur nur die staatliche Regelungsanmaßung durch Einzelfallmaßnahmen, nicht hingegen in abstrakt-generellen Regeln.

Grund hierfür sind ebenfalls zunächst die Befundfälle. Die meisten Autoren – vor allem diejenigen, die Tarifizensur als staatliche Regelungsanmaßung begreifen – gehen von einer solchen Anmaßung gerade im Einzelfall aus.³⁵³ Einprägsam spricht etwa *Bulla* von der Beanstandung der konkreten „Handhabung der Tarifautonomie“³⁵⁴, die der Staat grundsätzlich weiterhin unangetastet lassen möchte. Es sind kaum Fälle denkbar, in denen der Staat sich eine konkrete Tarifregelung anmaßen wollte, dies aber in abstrakt-genereller Weise. Vielmehr will er sich gerade im konkreten Einzelfall an die Stelle der Tarifparteien setzen.

Etwas abweichend scheinen lediglich bestimmte Formen des Eingriffs in laufende Tarifverträge zu sein.³⁵⁵ Normiert hier der Gesetzgeber tatsächlich durch eine abstrakt-generelle Regel bestimmte Tarifyinhalte, so handelte es sich zwar um eine Tarifregelungsanmaßung, allerdings wäre uneindeutig, ob diese noch im Einzelfall geschehen sei. Zwar könnte man den konkreten staatlichen Handlungsanlass für die Beurteilung als Maßnahme „im Einzelfall“ ausreichen lassen; zwingend ist dies freilich nicht. Allerdings handelt es sich um ein reines Lehrbuchbeispiel und sollte deshalb nicht Anlass geben, von einer prägnanten Definition der relevanten Anwendungsfälle der Tarifizensur abzusehen. Bei diesen handelt es sich um Tarifregelungsanmaßungen im Einzelfall.

3. Präventiv oder repressiv

Schließlich kommt es nicht darauf an, ob die staatliche Tarifregelungsanmaßung im Einzelfall präventiv oder repressiv erfolgt. Innerhalb des Befundes überwiegen zwar die Fälle der nachträglichen Tarifregelungsanmaßung (also der Tarifiersetzung), allerdings kommen durchaus auch Fälle der präventiven Tarifregelungsanmaßung vor, etwa der Zwangsschlichtung oder – weitergehend – einer Art Tarif-Vertragshilfe.³⁵⁶

Eine Definition der Tarifizensur, die den Begriff auf einen Sachverhalt verengte, wäre unzweckmäßig, da sie wichtige Befundfälle nicht abdeckte. Da präventive und repressive Tarifregelungsanmaßungen letztlich rechtlich parallel zu bewerten sind, gibt es auch keine Notwendigkeit, zur Ermöglichung eines einheitlichen Wertungskürzels etwas auszuschneiden.

353 § 1 D, S. 59.

354 *Bulla*, Selbstverantwortung, S. 86; richtig auch *Stütze*, Entgelthöhe, S. 363.

355 Unter § 2 F. I. 3, S. 111.

356 Unter § 1 C. II. 2. a. bb, S. 49.

Auch das Zweckmäßigkeitskriterium „Sprache“ steht diesem Verständnis nicht entgegen. Zwar ergibt sich die terminologische Frage, ob das Definierte als „Zensur“ bezeichnet werden kann, weil man bei „Zensur“ zunächst an den Zensurbegriff des Art. 5 Abs. 1 Satz 3 GG als Schranken-Schranke denkt.³⁵⁷ Dieser normiert freilich gerade keine allgemeine Unkontrollierbarkeit von Meinungen, sondern will lediglich sicherstellen, dass die Rechtmäßigkeit nicht vorab polizeilich kontrolliert wird. Der Grundrechtsträger soll stets das Recht zur Äußerung haben, umgekehrt im Nachhinein die Konsequenzen seines Handelns tragen müssen. Zensur im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Satz 3 GG meint nur die Vorzensur.³⁵⁸ Deshalb sind *Thüsing*s Zweifel an der Zweckmäßigkeit des Tarifizensurbegriffs im Ansatz berechtigt.³⁵⁹ Andererseits ist der allgemeine Zensurbegriff sprachlich weiter als der Zensurbegriff des Art. 5 GG. So klärt etwa der Brockhaus auf, dass schon der publizistische Zensurbegriff nicht auf die Vorzensur beschränkt ist, sondern durchaus auch die Nachzensur meint, um dann darzustellen, dass Art. 5 GG in Deutschland lediglich die Vorzensur als Ausschnitt hieraus erfasst.³⁶⁰

Insofern ist Begriff der Zensur, selbst in seiner Beziehung auf die Publizistik, nicht so eng ausgestaltet, wie ihn Art. 5 Abs. 1 Satz 3 GG schützt. Deshalb kann Tarifizensur durchaus sowohl präventives als auch repressives staatliches Handeln meinen, ohne sprachlich unzweckmäßig zu werden.

D. Tarifizensur und unverhältnismäßige Rechtskontrolle

I. Unzweckmäßigkeit allein der Tarifizensur

Die Definition der Tarifizensur als staatliche Regelungsanmaßung alleine wäre indes nicht geeignet, die Befundfälle in ein geordnetes System zu bringen. Eine Definition ist nur dann zweckmäßig, wenn sie unter anderem eine hinreichende Abdeckung erzielt.³⁶¹ Dies ist die größte Schwäche der hier vertretenen engen Definition der Tarifizensur, da sie zu viele Befundfälle „nicht beantwortet“.

Deshalb ist sie nicht singulär zu betrachten, sondern vielmehr im Zusammenhang mit der „unverhältnismäßigen Rechtskontrolle“. Diese bezeichnet die Fälle, in denen ein staatliches Organ durch Kassation in unverhältnismäßiger Weise in die kollektive Koalitionsfreiheit eingreift. Wie dargestellt³⁶² geht es bei den Befundfällen um verschieden schwere staat-

³⁵⁷ *Jarass/Pieroth*, Art. 5 GG Rn. 63.

³⁵⁸ *BeckOKGG/Schemmer*, Art. 5 Rn. 114.

³⁵⁹ *Thüsing*, Tarifautonomie, S. 902.

³⁶⁰ Brockhaus, Band 30, S. 539 f.

³⁶¹ Schon unter § 2 A. IV. 3, S. 65.

³⁶² Unter § 2 C. I. 1, S. 81.

liche Eingriffe in die Freiheit der Tarifparteien. Neben den Fällen staatlicher Regelungsanmaßung geht es oft um die Fälle, bei denen der Autor eine Inhaltskontrolle von Tarifverträgen als rechtswidrig beurteilt. Dies ist zwar nur in wenigen Fällen tatsächlich der Fall³⁶³, allerdings stellen rechtswidrige Rechtskontrollen neben der Tarifregelungsanmaßung den zweitschwersten Eingriff in die kollektive Koalitionsfreiheit dar.

Wie ist nun die rechtmäßige von der rechtswidrigen Rechtskontrolle zu unterscheiden? Man kann sich nicht dadurch behelfen, dass man nach einem guten Stichwort für das Kontrollobjekt (etwa: Ermessen der Tarifparteien) sucht.³⁶⁴ Vielmehr lenkte so ein schlagwortartiges Vorgehen davon ab, dass auch für die kollektive Koalitionsfreiheit jede Sonderdogmatik gesondert zu begründen ist. Es erscheint deshalb zweckmäßiger, sich von tarif- und arbeitsrechtlichen Vorprägungen zu lösen und die Frage nach allgemeinen Kriterien zu beantworten.

Hierbei gilt: Nach den allgemeinen Regeln geht es in erster Linie um Verstöße gegen höherrangiges Recht, konkret um Verstöße gegen Art. 9 Abs. 3 GG der Tarifparteien. Dieser ist dann verletzt, wenn in den Schutzbereich eingegriffen wurde – was zumeist der Fall ist – und der staatliche Eingriff nicht gerechtfertigt ist. Rechtfertigen lassen sich Eingriffe in die kollektive Koalitionsfreiheit freilich mangels Gesetzesvorbehalts nur durch kollidierendes Verfassungsrecht.³⁶⁵ Schon hieran könnte die staatliche Kontrolle scheitern. Mehrheitlich wird das staatliche Organ allerdings ein entsprechendes Rechtsgut zu schützen beabsichtigen³⁶⁶, so dass es darauf ankommt, ob der Ausgleich zwischen beiden Rechtspositionen verhältnismäßig ist, mithin der Eingriff in die kollektive Koalitionsfreiheit geeignet, erforderlich und auch angemessen (also verhältnismäßig im engeren Sinne) ist. Hieran werden zumeist die Fälle scheitern, bei denen die Rechtskontrolle unrechtmäßig ist.

Im Kern geht es also um Fälle der *unverhältnismäßigen Rechtskontrolle*.

II. Deshalb: Kombinationssystem aus Tarifizensur und unverhältnismäßiger Rechtskontrolle

Tarifizensur und unverhältnismäßige Rechtskontrolle beschreiben zwei benachbarte Lebenssachverhalte, die im Hinblick auf die Eingriffsintensität in die kollektive Koalitionsfreiheit ähnlich gelagert sind.

Dabei ist die Tarifizensur selbst eng auszulegen und erfasst nur die Fälle staatlicher Regelungsanmaßung und eben nicht die Fälle, in denen staatli-

363 § 3 B. III. 2, S. 132.

364 Unter § 2 B. III. 4, S. 76.

365 § 3 C. III, S. 133.

366 Das konstatiert auch Rieble, Verfassungsfragen der Tarifeinheit, Rn. 185.

che Behörden Tarifhandeln lediglich kassieren. Die unverhältnismäßige Rechtskontrolle, die unter § 3 ausführlich untersucht werden wird, ist ebenfalls ein schwerwiegender Eingriff in die Rechte der Tarifparteien, der sich von der Tarifregelungsanmaßung darin unterscheidet, dass den Tarifparteien ein Handlungsspielraum verbleibt.

Die verhältnismäßige Rechtskontrolle von Tarifverträgen hingegen ist nicht Teil des hier dargestellten Beanstandungssystems, da sie rechtmäßig ist. Man mag sie rechtspolitisch kritisieren, allerdings verstößt das staatliche Organ durch sie gegen keine Grenzen, die ihm gesetzt sind.

III. Zweckmäßigkeit des Kombinationssystems

Das System aus Tarifizensur als staatlicher Regelungsanmaßung und der danebenstehenden unverhältnismäßigen Rechtskontrolle von Tarifhandeln ist am zweckmäßigsten und deshalb vorzugswürdig. Es kombiniert die Stärken der Tarifizensur in Abgrenzbarkeit, Rechtsfolgen und Sprache mit den Stärken der unverhältnismäßigen Rechtskontrolle in der Abdeckung.

1. Abgrenzbarkeit

Besser als den bisher vorgestellten Definitionsansätzen gelingt es dem System, die dahinterstehenden Rechtsfragen zu beleuchten. Es macht deutlich, dass die Tarifregelungsanmaßung ein getrennt zu betrachtender, besonders schwerwiegender Eingriff in die kollektive Koalitionsfreiheit ist. Gleichzeitig zeigt es auf, was die eigentlich dahinterstehende rechtliche Bedeutung ist, warum manche Autoren eine zu weitgehende Inhaltskontrolle von Tarifhandeln als Tarifizensur bewerten und ablehnen.

2. Einheitliche Rechtsfolgen

Deutlicher als andere Definitionsansätze erzielt das hier dargelegte System einheitliche Rechtsfolgen. Dies bedeutet nicht, dass etwa Tarifizensur stets rechtswidrig ist.³⁶⁷ Vielmehr geht es darum, dass einheitliche, verbindende Kriterien aufgezeigt werden können, die bei allen Fällen für die Beurteilung als rechtmäßig oder rechtswidrig maßgeblich sind.

Für die Fälle der Tarifizensur als staatlicher Tarifregelungsanmaßung ist maßgeblich, dass kein Handlungsspielraum für die Tarifparteien verbleibt. Für die Rechtmäßigkeit bedeutet dies, dass – weil die grundrechtliche Freiheit besonders stark beschränkt wird – nur ausnahmsweise besonders schwerwiegende Rechtsgüter von Verfassungsrang einen solchen Eingriff rechtfertigen können.³⁶⁸ Für die Rechtskontrolle bedeutet dies, dass sie

367 Schon unter § 2 A. IV. 2, S. 67.

368 Noch unter § 2 E. II, S. 99.

regelmäßig rechtmäßig ist. Denn staatliche Grenzen privaten Handelns sind regelmäßig zulässig, sofern sie nicht ausnahmsweise gegen höherrangiges Recht verstoßen.³⁶⁹

3. Abdeckung

Stärke des Systems aus Tarifizensur und unverhältnismäßiger Rechtskontrolle ist, dass sie bei großer Abgrenzbarkeit und Beibehaltung einheitlicher Rechtsfolgen trotzdem eine große Abdeckung der Befundfälle erreicht.

Analysiert man diese Befundfälle, kann man pointiert feststellen:

- Entweder die Autoren verwenden den Begriff lediglich als Schlagwort, um der eigenen Ansicht zu breitgefächerten Themen vermeintlich noch mehr Gewicht zu geben.
- Oder aber sie empfinden die gerichtliche Kontrolle von Tarifhandeln, meist anhand gewisser Normen (§§ 138, 242 BGB) oder anhand der Grundrechte als übertrieben einschränkend.
- Oder sie kritisieren eine staatliche Regelungsanmaßung, die über die reine Kassation hinausgeht und selbst eine Regelung schafft.

Eine Systematisierung sollte nicht den Anspruch verfolgen, jede noch so unbedachte Äußerung einbauen zu wollen. Für die Bewertung der Abdeckung sind deshalb die lediglich schlagwortartigen Äußerungen auszuscheiden. Die zweite Befundgruppe wird in der „unverhältnismäßigen Rechtskontrolle“ untersucht. Sie versucht zu beantworten, warum Autoren eine Kontrolle von Tarifhandeln als übertrieben einschränkend empfindet (s.o.). Die dritte Befundgruppe wird durch die eigentliche Tarifizensur erfasst. Mithin deckte das System aus Tarifizensur als staatlicher Tarifregelungsanmaßung und der unverhältnismäßigen Rechtskontrolle von Tarifhandeln den Befund weitgehend ab.

4. Sprache

Auch das Kriterium „Sprache“ wird durch das kombinierte System gut erfüllt. Sowohl die Definition als „Tarifregelungsanmaßung“ als auch der Begriff der „unverhältnismäßigen Rechtskontrolle“ sind leichtgängig, obwohl sie schon auf den ersten Blick eine wichtige Wertung transportieren. Gleichzeitig ist Tarifizensur regelmäßig rechtswidrig, so dass rechtliche Bewertung und sprachlicher Schein übereinstimmen.

369 Ausführlich in § 3, S. 122.

E. Rechtmäßigkeit der Tarifizensur

Ist die Tarifizensur, also staatliche Regelungsanmaßung, rechtmäßig? Ein Großteil der Befundfälle geht ohne weitergehende Untersuchung von ihrer Rechtswidrigkeit aus. Aber auch für die hier vertretene Definition war ein maßgebliches Kriterium, dass die einheitliche Rechtsfolge – regelmäßige Rechtswidrigkeit der Tarifizensur – erhalten bleibt.

Im Folgenden soll deshalb untersucht werden, ob Tarifizensur auch rechtmäßig sein kann. Erfolgt sie durch Verwaltung oder Gerichte, wäre an eine einfachrechtliche Zensurgrenze zu denken; eine solche existiert freilich nicht. Insofern geht es für alle Gewalten einheitlich darum, ob die Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG einer Tarifizensur entgegensteht. Dies wäre dann der Fall, wenn sie in den Schutzbereich eingreift, ohne dass dieser Eingriff gerechtfertigt werden könnte.

I. Eingriff in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG

Die staatliche Tarifregelungsanmaßung greift in den Schutzbereich der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG ein. Diese schützt über den Wortlaut hinaus nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht nur die Mitglieder sondern auch die Koalitionen selbst³⁷⁰ (kollektive Koalitionsfreiheit) und zwar in ihrem Bestand und in allen koalitionsspezifische Tätigkeiten.³⁷¹ Letztere beinhaltet die Tarifautonomie (Tarifvertragsfreiheit), die den Tarifparteien garantiert, unbeeinflusst vom Staat Tarifinhalte zu setzen.³⁷²

Setzt sich der Staat an die Stelle der Tarifparteien, so greift er in die Tarifautonomie ein. Während sich bei der unverhältnismäßigen Rechtskontrolle die Frage der Abgrenzung von Eingriff und Ausgestaltung stellen oder die Eingriffsqualität von inzident verwerfenden Urteilen zweifelhaft sein kann³⁷³, ist bei der staatlichen Regelungsanmaßung deutlich, dass der Staat den Tarifparteien das grundrechtlich geschützte Verhalten „ganz oder teilweise unmöglich macht“³⁷⁴ und damit ein Eingriff vorliegt.

370 BVerfG 18.11.1954 – 1 BvR 629/52 – BVerfGE 4, 96, 101 f sowie Leitsatz 1.

371 BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290, 367: „spezifisch koalitionsmäßige Betätigung“.

372 v. Mangoldt/Klein/Starck/Kemper, Art. 9 Abs. 3 GG Rn. 151; Dreier/Bauer, Art. 9 GG, Rn. 83; v. Münch/Kunig/Löwer, Art. 9 Rn. 74.

373 § 3 B. III. 1. c, S. 130.

374 Statt aller Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, Rn. 253.

II. Rechtfertigung

Art. 9 Abs. 3 GG ist ein vorbehaltlos gewährleistetes Grundrecht; Versuche die Schranken aus Art. 9 Abs. 2 GG³⁷⁵ oder anderen Grundrechten³⁷⁶ zu übertragen, haben sich nicht recht durchsetzen können. Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte können allerdings zum Schutz anderer Rechtsgüter von Verfassungsrang beschränkt werden.³⁷⁷

1. Kollidierendes Verfassungsrecht

Zunächst klingt das Erfordernis eines „kollidierenden Verfassungsrechts“ streng; in der Praxis gibt es freilich eine Reihe von Rechtsgütern, zu deren Schutz der Gesetzgeber in die kollektive Koalitionsfreiheit eingreifen darf.³⁷⁸

a. Kollidierende Grundrechte

Zunächst sind die kollidierenden Grundrechte anderer Grundrechtsträger zu nennen, die mit der kollektiven Koalitionsfreiheit in Ausgleich zu bringen sind.³⁷⁹ Bei den Tarifnormunterworfenen ist zunächst an die negative Koalitionsfreiheit, die Eigentums- und vor allem die Berufsfreiheit zu denken.³⁸⁰ Auf Seiten des betroffenen Arbeitgebers dürfte der Gesetzgeber auch zur Wahrung seiner Unternehmerfreiheit aktiv werden. Auch die Verwirklichung von Gleichheitsrechten ist womöglich ein legitimes Regelungsziel.

Daneben ist auch an Grundrechte außenstehender Dritter zu denken, namentlich beim Streik. Sind in zentralen Bereichen, etwa der Versorgung mit medizinischen oder Transportdienstleistungen, gewichtige Rechtsgüter, namentlich Leib und Leben oder auch das Mobilitätsbedürfnis³⁸¹ betroffen, darf der Staat grundsätzlich an eine Beschränkung der kollektiven Koalitionsfreiheit denken.

375 Zum Streitstand v. Mangoldt/Klein/Starck/*Kemper*, Art. 9 Abs. 3 GG, Rn. 195; Stern/*Dietlein*, Staatsrecht § 112 S. 2080 ff.

376 HGR III/*Papier*, § 64 Rn. 13 ff; umfassend darstellend auch *Greiner*, Pluralität, S. 66 f; anders aber etwa HStR VIII/*Scholz*, § 175 Rn. 138.

377 BVerfG 3.4.2001 – 1 BvL 32/97 – NZA 2001, 777, 778, juris-Rn. 48; v. Münch/Kunig/*Löwer*, Art. 9 Rn. 111; „verfassungsimmanente Schranken“: Dreier/*Bauer*, Art. 9 Rn. 94.

378 So konstatierend auch schon *Däubler*, TVG Einleitung Rn. 133; mit umfassenden Beispielen auch Sachs/*Höfling*, Art. 9 Rn. 133 ff.

379 Beispielhaft: BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212, 228.

380 Statt aller: Dreier/*Bauer*, Art. 9 Rn. 94.

381 So wohl auch *Franzen/Thüsing/Waldhoff*, Arbeitskampf, S. 38 f.

b. Bekämpfung der Arbeitslosigkeit

Auch der Versuch der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit ist nach dem BVerfG ein Rechtsgut von Verfassungsrang. „Der Gesetzgeber kann sich hierbei auf das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) berufen. Außerdem hilft er den einzelnen Arbeitslosen, sich durch Arbeit in ihrer Persönlichkeit zu entfalten und darüber Achtung und Selbstachtung zu erfahren. Insofern wird sein Ziel auch von Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG getragen“.³⁸²

c. Finanzielle Stabilität der Sozialversicherungen

Im engen Zusammenhang steht die Berechtigung des Gesetzgebers, „die finanzielle Stabilität der sozialen Sicherung“ zu verfolgen, da auch dies ein „Gemeinwohlbelang von hoher Bedeutung“ ist.³⁸³

d. Erreichung der Preisstabilität

Auch rein objektives Verfassungsrecht kann eine Beschränkung der Koalitionsfreiheit rechtfertigen.³⁸⁴ Zwar kann in der Tat nicht jede Nennung eines Topos im Grundgesetz bereits dazu führen, dass er zum Grundrechtseingriff berechtigte; auch ist zuzugeben, dass nicht von der Aufgabenzuweisung auf eine Eingriffsbefugnis geschlossen werden darf. Umgekehrt sind etwa Staatszielbestimmungen geeignet, Grundrechtseingriffe zu rechtfertigen.³⁸⁵

Insofern wäre daran zu denken, dass der Gesetzgeber entweder wegen Art. 88 Satz 2 GG³⁸⁶ das Ziel der Preisstabilität oder aber wegen Art. 109 Abs. 2 GG das Ziel der „Erhaltung der Haushaltsdisziplin“ und des „gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts“ verfolgen darf (und muss).³⁸⁷ Womöglich darf er auch das Einhalten neuartiger europäischer Absprachen über die beabsichtigte Entwicklung des Außenhandelsgleichgewichts berechtigterweise verfolgen.

382 BVerfG 27.4.1999 – 1 BvR 2203/93, 897/95 – BVerfGE 100, 271, 284; BVerfG 3.4.2001 – 1 BvL 32/97 – BVerfGE 103, 293, 306 ff.

383 BVerfG 3.4.2001 – 1 BvL 32/97 – BVerfGE 103, 293, 307.

384 Skeptisch zumindest v. Mangoldt/Klein/Stark/Kemper, Art. 9 Abs. 3 Rn. 118; Sachs/Höfling, Art. 9 Rn. 135 f; Stern/Dietlein, Staatsrecht § 112 S. 2085.

385 Zum Ganzen wie hier auch HGR III/Papier, § 64 Rn. 29.

386 Umstritten, ob dieser nur die Bundesbank oder alle staatliche Gewalt verpflichtet; zum Ganzen ausführlich v. Münch/Kunig/Kämmerer, Art. 88 Rn. 34 mit Nachweisen zur Gegenansicht.

387 Zur Charakterisierung als Staatszielbestimmung v. Münch/Kunig/Heintzen, Art. 109 Rn. 17; zustimmend zur früheren Rechtslage etwa Lohs, BB 1996, 1273; Butzer, RdA 1994, 375, 382; Schachtschneider, Lohnleitlinien, S. 514.

e. Sonstige Rechtsgüter

Daneben gibt es noch zahlreiche weitere Rechtsgüter von Verfassungsrang, deren Konflikt mit der Tarifautonomie weniger virulent erscheint. So wird der Gesetzgeber den Umweltschutz verfolgen³⁸⁸ oder das Berufsbeamtentum ausgestalten³⁸⁹ dürfen. Auch darf er die Autonomie der Kirchen schützen³⁹⁰ oder die Freiheit der Wissenschaft verfolgen³⁹¹.

2. Schranken-Schranke Verhältnismäßigkeit

Zumeist wird sich also ein Rechtsgut von Verfassungsrang finden lassen. Dann allerdings muss der Eingriff in die kollektive Koalitionsfreiheit verhältnismäßig sein. Denn auch bei der Kollision mit anderen Rechtsgütern darf der Ausgleich nur in verhältnismäßiger Weise erfolgen.³⁹² Die Beschränkung muss zum intendierten Schutz geeignet und erforderlich sein; daneben muss sie auch verhältnismäßig im engeren Sinne, also angemessen sein.

a. Geeignetheit

„Geeignetheit bedeutet, dass der Zustand, den der Staat durch das Mittel des Eingriffs schafft, und der Zustand, in dem der verfolgte Zweck als verwirklicht zu betrachten ist, in einem durch bewährte Hypothesen über die Wirklichkeit vermittelten Zusammenhang stehen. Dabei muss das Mittel den Zweck zwar nicht ganz erreichen, aber fördern.“³⁹³ Dieser denkbar weiten Definition folgend, wird die Tarifizensur regelmäßig ein geeignetes Mittel zum Schutz des Rechtsguts von Verfassungsrang sein. Die staatliche Zwangsschlichtung beendet den belastenden Arbeitskampf, der Eingriff in den Tarifvertrag die zu hohen Löhne etwa nach der Wiedervereinigung.

Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des BVerfG in dieser Frage eine Einschätzungsprärogative hat, ob die intendierte Maßnahme Erfolg verspricht.³⁹⁴ Ist eine zu fällende Prognoseentscheidung unsicher, so soll die unsichere Prognose des Gesetzgebers nicht durch eine ebenso unsichere Prognose der Gerichte ersetzt werden, weil im Zweifel

388 Wegen Art. 20a GG; hierzu HGR III/*Papier*, § 64 Rn. 29.

389 Zu beidem Dreier/*Bauer*, Art. 9 Rn. 94.

390 Etwa *Jarass/Pieroth*, Art. 9 Rn. 50.

391 Dreier/*Bauer*, Art. 9 Rn. 94.

392 Dreier/*Bauer*, Art. 9 Rn. 97.

393 Statt aller *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II, § 6 Rn. 293.

394 Etwa BVerfG 6.10.1987 – 1 BvR 1086, 148, 1623/82 – BVerfGE 77, 84, 106 f, juris-Rn. 75 ff; darstellend statt aller Maunz-Dürig/*Grzeszick*, Art. 20 VII, Rn. 122; *Neumann*, RdA 2007, 71, 74; zum Unterschied zwischen der vermeintlich bestehenden Prärogative der Tarifparteien und der anerkannten Prärogative des Gesetzgebers schon *Dieterich*, Grundrechtsbindung, S. 123 f.

der allein demokratisch legitimierte Gesetzgeber zum Entscheid der Unsicherheit berufen ist. Im Ergebnis führt dies dazu, dass eine Norm nur bei offensichtlicher Ungeeignetheit beanstandet wird.³⁹⁵ Diese Blöße wird sich der Gesetzgeber regelmäßig nicht geben.

b. Erforderlichkeit

Allerdings müsste der gewählte Ausgleich zwischen den Rechtsgütern auch der mildeste unter den gleich geeigneten Ausgleichsmöglichkeiten sein.³⁹⁶

Hieran wird es bei der Tarifizensur zumeist fehlen. Zwar hat der Gesetzgeber auch bei der Beurteilung der Erforderlichkeit eine Einschätzungsprärogative³⁹⁷; gerade „auf dem Gebiet der Arbeitsmarkt-, Sozial- und Wirtschaftsordnung“ soll er nach dem BVerfG sogar einen „besonders weitgehenden Einschätzungs- und Prognosevorrang“ haben.³⁹⁸ Allerdings gibt es mehrere Gründe, wegen derer eine Tarifizensur nicht erforderlich ist.

Zunächst ist zu betonen, dass der Gesetzgeber bei der Tarifregelungsmaßnahme die für die Tarifautonomie einschneidendste Maßnahme wählt. Denn anders als bei der bloßen Rechtskontrolle begnügt er sich hier nicht mit der Beanstandung einer konkreten Tarifnorm. Er selbst will einen konkreten Tarifinhalt festsetzen. Damit allerdings steigt auch die Belastung der Tarifparteien: untersagt bei der gewöhnlichen kassatorischen Kontrolle ein staatliches Organ eine bestimmte Tarifnorm, so bleiben noch zahlreiche Regelungsoptionen. Anders hingegen, wenn das staatliche Organ einen bestimmten Tarifinhalt vorgibt und damit aus den möglichen Regelungsoptionen eine herausgreift.

Natürlich sind auch einschneidende Maßnahmen nicht per se unerforderlich. Allerdings liegt bei ihnen die Frage *noch näher*, ob nicht auch das mildere Mittel das Ziel gleichermaßen gut erreichen kann. Das heißt für die Tarifizensur: wäre nicht eine Kassation der konkreten Rechtsnorm verbunden mit einer Neuverhandlungsmöglichkeit für die Tarifparteien ebenso geeignet, um das Rechtsgut zu schützen?³⁹⁹ Denn hier verbleibt den Tarifparteien substantieller Vereinbarungsraum, so dass der Eingriff milder ausfällt. Dies verengt die Erforderlichkeit einer Tarifizensur auf die Fälle, bei denen ausnahmsweise nur die sofortige Festlegung staatlicherseits das kollidierende Rechtsgut effektiv schützen kann. Hier geht

395 Deutlich: HGR III/Merten, § 68 Rn. 65.

396 Statt aller Pieroeth/Schlink, Staatsrecht II, § 6 Rn. 295.

397 Auch hier BVerfG 6.10.1987 – 1 BvR 1086, 148, 1623/82 – BVerfGE 77, 84, 106 f; Däubler, TVG Einleitung Rn. 134a.

398 BVerfG 3.4.2001 – 1 BvL 32/97 – BVerfGE 103, 293, 307.

399 Oder ein außerordentliches Kündigungsrecht vorzuschreiben: Rieble, Anmerkung zu BAG 4 AZR 129/96, S. 27.

es letztlich – zumindest zu „Friedenszeiten“ – wenn überhaupt um Missbrauchsabwehr.⁴⁰⁰

Daneben darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass Tarifizensur nur in solchen Materien erfolgen kann, die der Gesetzgeber grundsätzlich zur Gestaltung durch die Tarifparteien freigelassen bzw. bewusst freigegeben hat. Damit aber bringt er zum Ausdruck, dass er grundsätzlich die Tarifautonomie als geeignetes Instrument zur Erzielung angemessenen Schutzes betrachtet. Es stünde ihm ja jederzeit frei, die Materie selbst abschließend zu regeln oder aber konkrete „Bandbreiten“ für eine tarifliche Abweichungsbefugnis vorzuschreiben (beispielsweise § 7 ArbZG). Eine solche Regelung wäre nur rechtswidrig, wenn sie unverhältnismäßig wäre.⁴⁰¹ An sein „grundsätzliches Vertrauen auf die Tarifautonomie“ muss sich der Gesetzgeber binden lassen. Das bedeutet natürlich nicht, dass ihm für immer eine Rechtsänderung versperrt wäre⁴⁰² oder er deshalb nie im Einzelfall zur Tarifizensur greifen dürfte. Allerdings steigt der Begründungsaufwand, warum bei grundsätzlich bestehender unbegrenzter Regelungsbefugnis ein Tarifynhalt derart in Konflikt mit anderen Rechtsgütern von Verfassungsrang gerät, dass nicht bereits eine (rückwirkende) Beanstandung ausreichend ist, sondern er selbst im Einzelfall den Tarifynhalt setzen muss. Hier sind kaum Fälle denkbar. Noch gesteigerter ist der Begründungsaufwand, lässt er die Materie grundsätzlich weiterhin für (andere) Tarifparteien frei.⁴⁰³ Denn können derart schwerwiegende Bedrohungen für gewichtige Rechtsgüter entstehen, die dann nur umgehend im Einzelfall zu korrigieren sind, ist doch zu fragen, ob nicht eine eigene gesetzliche Regelung erforderlich wäre – und gleichzeitig für die Tarifparteien des mildere Mittel, da vorhersehbarer.

Schließlich erschüttert auch die historische Betrachtung die Erforderlichkeitsvermutung für eine staatliche Tarifregelungsanmaßung. Zwar gab es zu allen Zeiten in der Literatur starke Befürworter staatlicher Eingriffe, vor allem auch in die Lohnpolitik, die davon ausgingen, die Tarifparteien seien zur „vernünftigen Lohnfindung“⁴⁰⁴ nicht mehr in der Lage und erzeugten so schwerwiegende wirtschaftliche und gesellschaftliche Verwerfungen. Auffällig ist allerdings, dass die wirtschaftlichen Vorzeichen mehrfach wechselten. Während sich die Diskussion in den wirtschaftlich schlechten Zeiten nach der Wiedervereinigung 1990 um die Frage drehte, welche staatlichen Reaktionsmöglichkeiten bei „unverhältnismäßig“ (ho-

400 HStR VIII/Scholz, § 175 Rn. 47; v. Mangoldt/Klein/Starck/Kemper, Art. 9 Abs. 3 Rn. 148; offener wohl Otto, Tarifvertrag, S. 793 f.

401 § 3 C. III. 2, S. 133.

402 Unter § 3 C. III. 2, S. 133.

403 In diese Richtung auch v. Münch/Kunig/Löwer, Art. 9 Rn. 85.

404 Schon früh etwa Bulla, Selbstverantwortung, passim.

hen) Lohnsteigerungen⁴⁰⁵ bestehen, drehte sich in der ersten Hälfte des ersten Jahrzehnts angesichts eher geringer Lohnsteigerungsraten die Diskussion darum, wie der Staat mit nicht ausreichender Tariflohnsteigerung umgehen soll.⁴⁰⁶ Jeweils hat sich aber gezeigt, dass eine staatliche Intervention nicht erforderlich war und alle schwarzseherischen Szenarien nicht eingetreten sind. Tarifynhalte, die aus der kurzfristigen Perspektive als „schlechte Tarifpolitik“ bezeichnet wurden, werden aus der langfristigen Perspektive deutlich milder betrachtet. Und auch die jüngste Vergangenheit zeigt, dass die geringe Lohnsteigerung ihre Früchte getragen hat.

In vielen Fällen wird es der Tarifizensur an der Erforderlichkeit fehlen, weil die bloße Beanstandung mit der Freiheit zur Neuordnung vor dem Hintergrund der grundsätzlichen Entscheidung, dass in diesem Bereich gerade eine selbst ausgehandelte Norm wirken soll, die mildere ist.⁴⁰⁷ Umgekehrt wird es wenige Ausnahmefälle geben, bei denen eine staatliche Tarifregelungsanmaßung erforderlich ist.

c. Angemessenheit

Sollte ausnahmsweise eine Tarifizensur zum Schutz eines Rechtsguts von Verfassungsrang geeignet und erforderlich sein, so müsste sie auch verhältnismäßig im engeren Sinne, also angemessen sein.

Wegen der weitaus größeren Relevanz soll die Angemessenheit ausführlich im Rahmen der unverhältnismäßigen Rechtskontrolle dargestellt werden.⁴⁰⁸ Für die Angemessenheit der Tarifizensur reicht es darauf hinzuweisen, dass insbesondere maßgeblich ist, in welchem Maß auf das betroffene Grundrecht zugegriffen wird. Umgekehrt rechtfertigen das Gewicht und der Grad der Gefährdung des zu schützenden Rechtsguts jeweils steigende Eingriffsintensität in das betroffene Grundrecht.

Für die Tarifizensur als staatliche Tarifregelungsanmaßung gilt: wird durch den Staat ein bestimmter Tarifynhalt verbindlich vorgeschrieben, ist die Tarifautonomie der jeweiligen Tarifparteien bezüglich dieser Regelungsmaterie vollständig abgeschafft. Ein angemessener Ausgleich freilich würde erfordern, dass sich nicht das eine Gut von Verfassungsrang (vollständig) auf Kosten des anderen Guts von Verfassungsrang durchsetzt.⁴⁰⁹ Erforderlich wäre zumindest eine gewisse Rücksicht auf die Tarifautonomie, sei es durch Übergangsrecht oder Ausnahmen. Wenn schon nicht eine bloße Kassation als milderer Mittel ausreicht⁴¹⁰, dann wird das staat-

405 Lohs, BB 1996, 1273 ff.

406 Umfassend darstellend Stütze, Entgelthöhe, S. 392 ff.

407 Knebel, Koalitionsfreiheit und Gemeinwohl, S. 36 f.

408 Unter § 3 C. III. 2. c, S. 138.

409 So wohl auch Butzer, RdA 1994, 375, 382.

410 § 2 E. II. 2. b, S. 104.

liche Organ zumindest „punktgenau“ arbeiten müssen, also etwa nur für ganz bestimmte Berufsgruppen eines Tarifvertrages die neuen Gehälter im Wege der Zwangsschlichtung oktroyieren. Eine generelle Tarifizensur wird kaum je verhältnismäßig sein.

Zu Recht wird – sowohl vor dem Hintergrund der Tarifautonomie, aber auch etwa vor dem Hintergrund der Privatautonomie – die richterlicher Vertragshilfe grundsätzlich abgelehnt, weil sie die Privatautonomie in diesem Bereich beseitigt. Eine Ausnahme soll hier höchstens außerhalb „normaler gesellschaftlicher Bedingungen“⁴¹¹ gelten. Auch die Vertragshilfegesetzgebung in der Nachkriegszeit lässt sich nur angesichts der historischen Verwerfungen rechtfertigen. In „Friedenszeiten“ gilt dies freilich kaum.⁴¹²

3. Bestätigung durch Art. 11 EMRK

Das hier vertretene Ergebnis findet seine Bestätigung auch in der aktuellen Rechtsprechungsentwicklung des EGMR zu Art. 11 EMRK. Während früher „das Recht, Tarifverträge auszuhandeln und abzuschließen, kein wesentliches Element von Art. 11 EMRK“⁴¹³ sein sollte, hat der EGMR seine Rechtsprechung inzwischen geändert und geht vom Gegenteil aus. Einschränkungen des Art. 11 EMRK müssen mithin verhältnismäßig sein und das Recht nicht in seinem Wesensgehalt antasten.⁴¹⁴ Dies bedeutet, dass der EGMR „keine Einschränkungen [akzeptiert], die wesentliche Bestandteile der gewerkschaftlichen Freiheit beeinträchtigen, ohne die diese Freiheit inhaltsleer wäre.“⁴¹⁵ Zwar wurde in der deutschen Rechtswissenschaft diese Rechtsprechungsentwicklung in erster Linie in ihrer Bedeutung für das Streikrecht untersucht.⁴¹⁶ Indes wäre in meinen Augen ebenso fraglich, ob eine staatliche Tarifregelungsanmaßung nicht die Freiheit der Gewerkschaft letztlich inhaltsleer macht. Eine völkerrechtsfreundliche

411 *Preis*, Vertragsgestaltung, S. 195; auch schon *Löwisch*, RdA 1969, 129, 130; *Franzen/Thüsing/Waldhoff*, Arbeitskampf, S. 101 ff; *Stütze*, Entgelthöhe, S. 422 mit umfassenden Nachweisen; offener hingegen *Lohs*, Anpassungsklauseln, S. 40 ff.

412 *Böttcher*, Regelungsstreitigkeiten, S. 92; *Weber*, Koalitionsfreiheit, S. 41, 44 ff; *Preißler*, Zwangsschiedsspruch, S. 93; strenger *Hagedorn*, Tarifsozialpläne, S. 278; *Däubler/Reim/Ahrendt*, TVG § 1 Rn. 1236.

413 EGMR 12.11.2008 – 34503/97 – *Demir u. Baykara/Türkei*, NZA 2010, 1425, Rn. 153.

414 EGMR 12.11.2008 – 34503/97 – *Demir u. Baykara/Türkei*, NZA 2010, 1425, Leitsatz 3.

415 EGMR 12.11.2008 – 34503/97 – *Demir u. Baykara/Türkei*, NZA 2010, 1425, Rn. 144.

416 § 3 G. III. 3, S. 181.

Auslegung des nationalen Rechts⁴¹⁷ führte also ebenfalls dazu, Tarifizensur als regelmäßig rechtswidrig zu beurteilen.

III. Zwischenergebnis

Tarifizensur stellt stets einen Eingriff in die kollektive Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG dar. Grundsätzlich kann dieser durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt werden. Freilich müssen auch hier die Rechtsgüter in einen verhältnismäßigen Ausgleich gebracht werden. Die Tarifizensur als staatliche Tarifregelungsanmaßung wird zumeist schon nicht erforderlich sein, weil die staatliche Kassation mit einer Möglichkeit der Neuregelung regelmäßig das gleichgeeignete mildere Mittel ist. Ist die Kassation ausnahmsweise nicht gleichgeeignet, so erfordert die Angemessenheit, dass auch die kollektive Koalitionsfreiheit beim Ausgleich berücksichtigt wird. Ihre partielle Abschaffung durch staatliche Festsetzung zu Gunsten eines anderen Rechtsguts wird regelmäßig kein angemessener Ausgleich sein.

Es gibt deshalb unter gewöhnlichen Umständen kaum eine rechtmäßige Tarifizensur. Gerade diese einheitliche Rechtsfolge unterstreicht, dass die gewählte Definition zweckmäßig ist.⁴¹⁸ Sie umschreibt eine gleichförmig zu beantwortende Rechtsfrage.

F. Anwendungsfälle der Tarifizensur

I. Eindeutige Fälle von Tarifizensur

Für die so definierte Tarifizensur gibt es einige Anwendungsfälle, die aufzeigen, wie der Staat sich tarifliche Regelungsmacht anmaßt.

Die vergleichsweise geringe Anzahl der Anwendungsfälle spricht nicht gegen die hier vertretene Definition der Tarifizensur. Sie ist vielmehr Ausdruck des Erfolges der hinter dem Verbot der Tarifizensur stehenden Schutzidee. Denn gerade in vergangenen Jahrzehnten gab es weit mehr Beispiele echter gerichtlicher Gestaltung von Rechtsverhältnissen und Forderungen, diese Instrumente auch auf die Tarifparteien anzuwenden.

1. Richterliche Vertragshilfe

Heute ist die echte Gestaltung eines Rechtsverhältnisses durch den Richter die große Ausnahme im bürgerlichen Recht.⁴¹⁹ Seine Aufgabe ist in erster Linie die Erkenntnis in Leistungs- und Feststellungsurteil. Allerdings

⁴¹⁷ Hierzu statt aller Grote/Marauhn/Giegerich, EMRK/GG, Kap. 2 Rn. 45; für das kollektive Arbeitsrecht Däubler/Lörcher, Arbeitskampfrecht, § 10 Rn. 17 ff.

⁴¹⁸ Schon unter § 2 A. IV, S. 65.

⁴¹⁹ § 2 C. II. 1, S. 88.

gab es auch Zeiten, in denen er auch zur Schaffung von Regelungen anstelle der Parteien befugt sein sollte.

Deutlich wird dies insbesondere am heute kaum mehr bekannten Recht der Vertragshilfe. Der Zweite Weltkrieg, aber auch die Währungsreform 1948 führten in Deutschland zu wirtschaftlichen Turbulenzen und insbesondere dazu, dass viele Verträge nicht mehr erfüllt werden konnten, ohne dass dies auf ein – untechnisch – Verschulden der Vertragspartner zurückzuführen war. Der Gesetzgeber reagierte hierauf, indem er 1939 die Vertragshilfeverordnung⁴²⁰, in der Zeit zwischen 1945 und 1949 diverse landes- und zonenweite Vertragshilfesysteme und schließlich 1952 das Gesetz über die richterliche Vertragshilfe erließ. Der Richter sollte ermächtigt sein, Verträge aufzulösen, anzupassen oder zu stunden.⁴²¹ Nach Bewältigung der wirtschaftlichen Verwerfungen sank die praktische Relevanz der Vertragshilfe, zumal die Folgen der deutschen Wiedervereinigung spezialgesetzlich normiert wurden.⁴²²

Die Vertragshilfe hat zwar ihren Ursprung in der Zeit wirtschaftlichen Notstandes; die Idee, dass der Richter Privatrechtsverhältnisse gestalten soll, wurde aber auch für andere, „alltägliche“ Fälle normiert.⁴²³ Insbesondere im Familien- und Erbrecht sollte der Richter dort, wo eine gütliche Einigung zwischen den Parteien nicht erreichbar ist, letztlich selbst eine Einigung herbeiführen.⁴²⁴ Allerdings handelte es sich bei den Fällen der Vertragshilfe gerade nicht um ein allgemeines Rechtsprinzip, sondern vielmehr um einzelne, vom Gesetzgeber konkret benannte Anwendungsfälle.⁴²⁵ Prägnant war insbesondere die HausratVO⁴²⁶. Weil die „bürgerlichrechtlichen Grundsätze [...] zu oft unbilligen Ergebnissen führen“ würden, sollte der „im Fall der Scheidung häufig entstehende Streit über die Ehwohnung und den Hausrat durch rechtsgestaltenden Richterakt“ geschlichtet werden.⁴²⁷ Hatten sich die Ehegatten nicht freiwillig geeinigt, so konnte der Richter etwa nach § 5 HausratVO Mietverhältnisse gestal-

420 Schon damals deutlich beschrieben als: „‘ersetzt‘ die entsprechenden Vereinbarungen der Parteien“: *Böttcher*, Richterliche Rechtsgestaltung, S. 125.

421 Geschichte zitiert nach *Habscheid*, Freiwillige Gerichtsbarkeit 5. Auflage, § 41; ausführlich auch *Brüggemann*, *Judex statutor und judex investigator*, S. 211 ff; *Pickart-Henn*, FGG S. 442 ff.

422 MünchKomm-BGB/*Finkenauer*, § 313 Rn. 139 ff.

423 *Habscheid*, Freiwillige Gerichtsbarkeit 5. Auflage § 1 unter II) 9.

424 Ausführlich zu den Anwendungsfällen *Rieble*, Einigungsstelle, S. 94 ff.

425 *Uffmann*, Geltungserhaltende Reduktion, S. 262 mwN.

426 „Verordnung über die Behandlung der Ehwohnung und des Hausrats“, hierzu umfassend *Habscheid*, Freiwillige Gerichtsbarkeit, § 51 I) A); *Lent*, ZZP 66 [1953], 267, 279.

427 Beides aus *Habscheid*, Freiwillige Gerichtsbarkeit, § 51 I) A) 1.).

ten⁴²⁸ oder nach § 8 Abs. 1 HausratVO den Hausrat „gerecht und zweckmäßig“ verteilen.⁴²⁹

Auch wenn der euphemistische Begriff der Vertragshilfe andeutet, diese habe im „wohlverstandenen Interesse“ der Parteien zu erfolgen, geht es letztlich darum, die fehlende Einigung durch staatlichen Eingriff zu setzen.⁴³⁰ Zu Recht wurde deshalb hinterfragt, ob sie nicht vielmehr (getarnter) hoheitlicher Eingriff sei.⁴³¹ Oft ist darüber hinaus kein klarer Maßstab für die richterliche Vertragshilfe vorgeben; *Larenz* etwa sah deutlich: Vertragshilfe hingegen sei vielmehr „Gestaltung eines Rechtsverhältnisses nach Erwägungen allgemeiner ‚Billigkeit‘ und Zweckmäßigkeit.“⁴³²

Ihre Hochzeiten hatte die Vertragshilfe zwischen 1930 und 1960. In diese Zeit freilich fällt auch die Schaffung des Grundgesetzes mit seiner Garantie der kollektiven Koalitionsfreiheit. Auch wenn aus heutiger Sicht eine klare Absage an eine Tarifregelungsanmaßung als eher unbedeutsame Selbstverständlichkeit erscheint, so beinhaltete sie doch damals eine deutliche Absage an Vertragshilfebefugnisse. Umgekehrt gab es durchaus Literaturstimmen, die eine Vertragshilfe „zugunsten“ auch der Tarifparteien forderten, etwa wenn diese „ihr Unvermögen zeigen“.⁴³³ Aber auch in der jüngeren Vergangenheit wurde argumentiert, ein staatlicher Mindestlohn sei letztlich nur eine „Verfahrenshilfe“.⁴³⁴ Noch deutlicher wird dies freilich am nun folgenden Beispiel der staatlichen Zwangsschlichtung, die man als Unterfall der Vertragshilfe begreifen kann.⁴³⁵

2. Zwangsschlichtung

Ein Anwendungsfall der Tarifizensur ist die staatliche Zwangsschlichtung. Auch bei ihr setzt ein staatliches bzw. staatsnahes Organ an Stelle der Tarifparteien Tarifynhalte.

428 *Habscheid*, Freiwillige Gerichtsbarkeit, § 51 I) B) 4.).

429 *Habscheid*, Freiwillige Gerichtsbarkeit, § 51 I) C) 2.).

430 *Böttcher*, Richterliche Vertragsgestaltung, S. 125; „ausgesprochen rechtsgestaltender Natur“: *Bärmann*, AcP 154 [1955], 373, 389.

431 *Lent*, ZZP 66 [1953], 267, 279.

432 *Larenz*, Geschäftsgrundlage, S. 186; ebenso wieder *Preis*, Vertragsgestaltung, S. 195 f. für den Individualvertrag.

433 *Weber*, Koalitionsfreiheit, S. 47; ablehnend *Rieble*, Anmerkung zu BAG 4 AZR 129/96, S. 24.

434 *Bieback*, Mindestlöhne, S. 370.

435 *Paech*, Tarifautonomie, S. 140; auch *Futter*, Schlichtungswesen, S. 1. mwN; *Behning*, Schlichtung, S. 33; *Böttcher*, Richterliche Rechtsgestaltung, S. 130.

a. Zwangsschlichtung als staatliche Regulationsanmaßung

Es existieren unterschiedliche Formen der Schlichtung von Tarifkonflikten. Einmal können sie nach der Freiwilligkeit der Durchführung eines Schlichtungsverfahrens differenziert werden. Die mildeste Form, die freiwillig vereinbarte Schlichtung, ist von Art. 9 Abs. 3 GG geschützt und begegnet keinen Bedenken hinsichtlich einer Tarifizensur.⁴³⁶ Daneben gab es aber auch Schlichtungsobliegenheiten oder – weitergehend – staatlich angeordnete Schlichtungen.⁴³⁷ Auch kann nach der Funktion des Schlichters differenziert werden: entweder er fungiert nur als Mediator und gibt keinen Spruch ab. Oder aber er gibt einen unverbindlichen Schlichterspruch ab, der höchstens faktische Wirkung (etwa Resonanz der Öffentlichkeit) hat. Als dritte Möglichkeit kann er einen für die Parteien verbindlichen Spruch erlassen.⁴³⁸

Von Zwangsschlichtung wird dann gesprochen, „wenn seitens des Staates dergestalt in eine Gesamtstreitigkeit und ihre Schlichtung eingegriffen wird, *daß er* eine Gesamtvereinbarung gegen *den Willen* einer oder beider Parteien *oktroyiert*, insbes. einen sogenannten Zwangstarif schafft“⁴³⁹. Damit wird deutlich, dass es sich bei der Zwangsschlichtung um Tarifizensur handelt.

b. Tatsächliche Bedeutung der Zwangsschlichtung

Heute spielt die Zwangsschlichtung von Tarifkonflikten keine praktische Rolle, so dass man sie nicht für ein praxisrelevantes Beispiel der eng definierten Tarifizensur halten mag. Indes war vor Inkrafttreten des Grundgesetzes die Zwangsschlichtung weit verbreitet.

Das Schlichtungswesen der Weimarer Republik war wechselhaft, so dass eine umfassende Darstellung zu weit führen würde.⁴⁴⁰ Für die Tarifizensur ist vor allem maßgeblich, welche Möglichkeiten der Zwangsschlichtung es gab. Während diese zunächst nicht vorgesehen war, wurde im Zuge der Demobilmachung erstmals die Möglichkeit eines verbindlichen Schlichterspruchs geschaffen.⁴⁴¹ Auch in der ab 1923 geltenden erweiterten Ver-

436 Paech, Tarifautonomie, S. 27 ff; Futter, Schlichtungswesen, S. 21ff.

437 Paech, Tarifautonomie, S. 146.

438 Leinenweber, Landesschlichtungsgesetze?, S. 16 f.

439 Futter, Schlichtungswesen, S. 40a (Hervorhebung durch mich).

440 Umfassende Untersuchungen enthalten etwa Paech, Tarifautonomie, S. 27 ff; Futter, Schlichtungswesen, S. 21 ff; Bohle, Einheitliches Arbeitsrecht, S. 59 ff; von Brauchitsch, Staatliche Zwangsschlichtung, S. 39 ff.

441 Futter, Schlichtungswesen und Zwangstarif, S. 10 f; Bohle, Einheitliches Arbeitsrecht, S. 72; Behning, Schlichtung, S. 26: „grundlegenden Wandel“.

ordnung über das Schlichtungswesen⁴⁴² war zwar die Subsidiarität der staatlichen hinter einer tariflichen Schlichtung vorgesehen.⁴⁴³ Allerdings bestand die Möglichkeit, dass der Reichsarbeitsminister einen Spruch der Schlichtungsbehörde (diese waren die Landesschlichtungsausschüsse mit unparteiischem Vorsitzenden) auch dann für verbindlich erklären konnte, wenn ihn die Tarifparteien nicht annahmen.⁴⁴⁴ Während Details der Schlichtungsmodalitäten sich änderten, war die Zwangsschlichtung auch in den Folgevorschriften stets möglich. Nach dem 2. Weltkrieg legte das Alliierte Kontrollratsgesetz Nr. 35 fest, dass eine Schlichtung nur noch auf Antrag der Tarifparteien stattfindet.⁴⁴⁵ Einzelne Landesschlichtungsgesetze hingegen sahen durchaus wieder eine Schlichtung unter staatlichem Einfluss vor.⁴⁴⁶

Die tatsächliche Bedeutung der Schlichtung war enorm. Vor dem Hintergrund der staatlichen Einflussnahmemöglichkeit nahm zum einen die Anzahl der Streiks stark ab⁴⁴⁷; daneben sollen in manchen Branchen kaum mehr Tarifverträge ohne „staatlichen Einfluss zustandegekommen sein.“⁴⁴⁸ Nach den Statistiken der VDA etwa kamen 1929 nur noch 21,5 % der Tarifverträge frei zustande, immerhin 34,5 % auf Grund staatlicher Allgemeinverbindlicherklärung des Schlichterspruchs.⁴⁴⁹

Im aktuellen rechtswissenschaftlichen Diskurs geht man davon aus, dass die Zwangsschlichtung grundsätzlich verfassungswidrig ist.⁴⁵⁰ Allerdings wird beleuchtet, ob es nicht extreme Situationen (etwa den Notstand) gibt, in denen dies anders zu bewerten ist.⁴⁵¹ Indes war auch in der Literatur diese Ablehnung nicht immer so eindeutig. Noch 1965 haben sich Autoren für eine grundsätzliche Berechtigung des Staates zum Eingreifen⁴⁵², noch 1970 für verbindliche Schlichtersprüche⁴⁵³ ausgesprochen. Selbst 1994

442 Zur Gesetzgebungsgeschichte und den unterschiedlichen Wünschen der Tarifparteien ausführlich *Bohle*, Einheitliches Arbeitsrecht, S. 59 ff.

443 *Futter*, Schlichtungswesen, S. 13.

444 *Behning*, Schlichtung, S. 31 f auch zur Vereinbarkeit mit der WRV.

445 *Futter*, Schlichtungswesen, S. 18; zur Zeit nach 1945 auch *Behning*, Schlichtung, S. 72 ff.

446 *Futter*, Schlichtungswesen, S. 19; *von Brauchitsch*, AuR 1993, 137, 140.

447 *Isselhorst*, Die Schlichtungsnotverordnung, S. 42.

448 *von Brauchitsch*, AuR 1993, 137, 139; anders *Isselhorst*, Die Schlichtungsnotverordnung, S. 42 f: nur 3,9%, freilich die gewichtigeren Fälle.

449 Zitiert bei *von Brauchitsch*, Staatliche Zwangsschlichtung, S. 180.

450 So auch – obiter – BVerfG 6.5.1964 – 1 BvR 79/62 – BVerfGE 18, 18, 30.

451 *Behning*, Schlichtung, S. 141; *Leinenweber*, Landesschlichtungsgesetze?, S. 51 ff; *Franzen/Thüsing/Waldhoff*, Arbeitskampf, S. 18, 82.

452 Hierzu etwa *Paech*, Tarifautonomie, S. 147, freilich mit aus heutiger Sicht zweifelhafter Behandlung von Art. 9 Abs. 3 GG; ablehnend schon 1958 *Preißler*, Zwangsschiedsspruch, S. 87.

453 *Futter*, Schlichtungswesen, S. 60.

wurde die staatliche Zwangsschlichtung noch sehr positiv bewertet.⁴⁵⁴ All dies unterstreicht, dass der Verzicht auf die Zwangsschlichtung als staatliche Regelungsanmaßung keineswegs selbstverständlich war, sondern womöglich erst wichtige Errungenschaft von Art. 9 Abs. 3 GG.

3. Eingriff in laufende Tarifverträge

Um Tarifizensur kann es sich auch handeln, wenn der Staat in laufende Tarifverträge eingreift, weil er sich je nach konkreter Konstellation anmaßt, Tarifynhalte zu setzen.

a. Rechtmäßigkeit eines staatlichen Eingriffs allgemein

Tarifverträge haben Laufzeiten, während derer das Ergebnis nicht mehr in Frage gestellt werden kann. Umgekehrt können sich während dieser Laufzeit die Umstände ändern, insbesondere der Gesetzgeber das geltende Recht ändern wollen und damit in laufende Tarifverträge eingreifen.

Es ist umstritten, ob der Gesetzgeber zu Eingriffen in laufende Tarifverträge berechtigt ist.⁴⁵⁵ Die ablehnende Literatur argumentiert, dass die Tarifautonomie staatliche Eingriffe untersage⁴⁵⁶; Tarifynhalte dürften nicht staatlicherseits „oktroiert“ werden.⁴⁵⁷ Umgekehrt wird angeführt, dass bloß weil etwas in Tarifverträgen geregelt sei es nicht der staatlichen Regelungsmacht entzogen sein könne, zumindest wenn ein hinreichender Grund bestehe. Wollte man die staatliche Änderung verbieten, müsste die gegenwärtige Rechtslage lediglich in einen Tarifvertrag aufgenommen werden und wäre damit staatlicher Abänderbarkeit entzogen.⁴⁵⁸

b. Eingriffsmöglichkeiten

Der Staat hat verschiedene Möglichkeiten, in den Tarifvertrag einzugreifen. Zum einen könnte er per Gesetz ein Sonderkündigungsrecht in Tarifverträge „einpflanzen“.⁴⁵⁹ Zum anderen aber könnte er bisher tarifdispositives Recht verpflichtend machen und so den Tarifverträgen die Geltung rauben. Oder aber der Gesetzgeber erklärt schlicht durch Gesetz manche Tarifverträge für unwirksam.⁴⁶⁰

454 Behning, Schlichtung, S. 70; ablehnend Kreuz, Verhältnismäßigkeit, S. 24.

455 Darstellend hierzu Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf/Kannengießer, Art. 9 Rn. 24; auch Lohs, BB 1996, 1273, 1274.

456 Peiseler, NZA 1985, 238, 242; Plander, DB 1986, 2180 mwN.

457 Plander, DB 1986, 2180, 2184.

458 Butzer, RdA 1994, 375, 384; Lohs, BB 1996, 1273, 1274.

459 Zuleger, AuR 1992, 231, 232.

460 So das theoretische Beispiel von Zuleger, AuR 1992, 231, 232; Ansätze auch bei Lohs, Anpassungsklauseln, S. 44 ff.

In Hinblick auf die Tarifizensur muss differenziert werden. Schafft der Gesetzgeber nach Abschluss eines Tarifvertrages abweichendes, nicht-tarifdispositives Recht, so ersetzt er zwar den Tarifynhalt durch ein Gesetz. Allerdings ist die Situation nicht anders, als wenn der Gesetzgeber vorab festlegt, welche Rechtsgebiete nicht dispositiv sind. Hierzu ist der Gesetzgeber nach ganz überwiegender Ansicht befugt, sofern er einen entsprechenden Schutzzweck verfolgt. Es handelt sich in Wahrheit nicht um eine echte Tarifregelungsanmaßung, sondern vielmehr um ein rückwirkendes, allgemeines Gesetz. Es handelt sich nicht um Tarifizensur, weil es gerade nicht um einen Zugriff im Einzelfall geht.⁴⁶¹

Anders ist es, wenn der Gesetzgeber durch Gesetz Tarifhalte festlegt. Hier kommt es auf die formale Betrachtung an. Der Gesetzgeber könnte etwa in § 3 Abs. 4 TVG vorschreiben, Tarifverträge seien von nun an monatlich kündbar. Oder aber er schafft ein Gesetz, nach dem von nun an der XY-Tarifvertrag ergänzt werde um ein sofortiges Sonderkündigungsrecht.⁴⁶² Letzteres ist eine echte staatliche Tarifnormschaffung und damit Tarifizensur. Anders ist aber die Schaffung eines neuen gesetzlichen Kündigungsrechts zu bewerten. Auch wenn der Eingriff in die Tarifautonomie womöglich gleich wirkt, ist es keine Tarifizensur, weil der Staat keine Tarifhalte setzt sondern vielmehr staatliches Recht. Dies hat aber mit Tarifizensur nichts zu tun.

Der Unterschied ist allerdings nicht so weitreichend, wie er auf den ersten Blick erscheint. Denn über die Rechtmäßigkeit eines solchen, dem äußeren Anschein nach allgemeinen Gesetzes, das aber in Wahrheit die Einwirkung auf einen bestimmten Tarifvertrag bezweckt, ist mit der bloßen Einordnung noch nichts gesagt. Denn auch eine allgemeine Rechtskontrolle von Tarifverträgen wird zumindest auf ihre Verhältnismäßigkeit hin kontrolliert; auch für rückwirkende⁴⁶³ oder für Einzelfallgesetze enthält das Grundgesetz spezifische Anforderungen.⁴⁶⁴

4. Richterliche Tarifynpassung bei Wegfall der Geschäftsgrundlage

Um Tarifizensur geht es auch bei der Frage, ob das Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) auf Tarifverträge anwendbar ist⁴⁶⁵ und falls ja, ob das Gericht zur selbstständigen Anpassung berechtigt ist.

⁴⁶¹ § 2 C. III. 2, S. 93.

⁴⁶² Auch dieses fiktive Beispiel von *Zuleger*, AuR 1992, 231, 232.

⁴⁶³ Mit diesem Gedanken wohl auch *Butzer*, RdA 1994, 375, 385.

⁴⁶⁴ Ausführlich unter § 3, S. 122.

⁴⁶⁵ Däubler/*Deinert*, TVG § 4 Rn. 161; die Frage sei wohl nur akademischer Natur: Thüsing/Braun/*Seel*, Tarifrecht Kapitel 3, Rn. 226; umfassend *Hey*, ZfA 2002, 275.

Letzteres ist umstritten. Einerseits wird betont, dass die Gerichte das „freie Spiel der Kräfte“ im Tarifrecht nicht beeinflussen dürften, und deshalb eine auch „subsidiäre richterliche Gestaltungskompetenz“ ausscheiden müsse.⁴⁶⁶ Aufgabe des Gerichtes könne nur die Feststellung sein, dass etwa ein wichtiger Grund vorliege, nicht aber selbst die Anpassung vorzunehmen. Dies sei „Sache der Tarifvertragsparteien.“⁴⁶⁷ Umgekehrt gibt es durchaus Stimmen, die eine Anpassung erlauben wollen, da ein ansonsten zu gewährendes außerordentliches Kündigungsrecht noch viel stärker in die Rechte der jeweils anderen Tarifpartei eingriffe⁴⁶⁸. Das BAG hingegen lehnt eine richterliche Anpassung von Tarifverträgen bei veränderten tatsächlichen Umständen ab.⁴⁶⁹

Würde man entgegen der Ansicht des BAG und der überwiegenden Literatur eine Anpassungskompetenz des Arbeitsrichters annehmen, handelte es sich um Tarifizensur. Ein staatliches Organ würde sich nicht mit der Kassation der Vereinbarung begnügen, sondern sich anmaßen, selbst an Stelle der Tarifparteien Tarifynhalte schaffen. Zwar ist das finale Element staatlichen Handelns eher gering ausgeprägt, da es nicht um eine Ersetzung gegen den Willen der Tarifparteien geht sondern vielmehr um „wohlverstandene Hilfe“. Hierauf kann es aber wie dargelegt⁴⁷⁰ nicht ankommen, da die Belastung der Tarifparteien die gleiche ist, egal ob als finale staatliche Beschränkung oder „wohlverstandene Hilfe“ verstanden. Denn stets können sie nicht selbst eine neue Regelung vereinbaren, sondern müssten nun oktroyierte Tarifynhalte befolgen. Insofern ist die Belastung nur einer Partei nicht weniger sondern vielmehr anders eingreifend. Denn es verbleibt für beide Seiten beim „freien Spiel der Kräfte“⁴⁷¹ und damit der Möglichkeit, eine andere Anpassung auch zu erkämpfen.

5. Ergänzende Tarifauflegung durch das Gericht

Schließlich sind bestimmte Formen der Tarifauflegung Beispiele für die Tarifizensur als staatliche Tarifregelungsanmaßung. So setzt sich etwa bei der ergänzenden Tarifauflegung ein Gericht an Stelle der Tarifparteien.⁴⁷²

466 Däubler/*Deinert*, TVG § 4 Rn. 164; ablehnend auch Kempen/*Zachert/Stein*, § 4 TVG Rn. 148; mit umfassenden Nachweisen nach Wiedemann/*Wank*, § 4 TVG Rn. 75; ablehnend *Wank*, Geschäftsgrundlage, S. 787.

467 Wiedemann/*Wank*, § 4 TVG Rn. 75; ablehnend *Rieble*, Anmerkung zu BAG 4 AZR 129/96, S. 23.

468 Etwa *Otto*, Tarifvertrag, S. 794; *Belling/Hartmann*, ZfA 1997, 87, 103, *Maschmann*, Tarifautonomie, S. 453; *Hey*, ZfA 2002, 275, 290 ff.

469 Wohl BAG 10.2.1988 – 4 AZR 538/87 – juris, Leitsatz 4.

470 § 2 F. I. 1, S. 106.

471 Däubler/*Deinert*, TVG § 4 Rn. 164; ähnlich *Stütze*, Entgelthöhe, S. 494.

472 „kaschierte Vertragskontrolle“ schon *Preis*, Vertragsgestaltung, S. 153 (für den Individualvertrag).

Tarifinhalte bedürfen der Auslegung durch die Gerichte. Zwar ist umstritten, ob die Auslegung wie bei Verträgen oder wie bei Gesetzen zu erfolgen habe⁴⁷³, im Ergebnis besteht aber kein Streit darüber, dass zumindest die „gewöhnliche“ Auslegung auch bei Tarifverträgen zulässig ist. Im Hinblick auf Tarifizensur ist sie unproblematisch, da es bei der Auslegung nicht darum geht, die Regelung der Tarifparteien durch eine eigene zu ersetzen, sondern vielmehr den Regelungsinhalt der Tarifparteien herauszufinden.⁴⁷⁴

Dass gerade in Urteilsbesprechungen der Vorwurf der Tarifizensur enthalten ist, weil das Gericht eine falsche bzw. zu weite Auslegung gewählt hat, weist auf etwas anderes hin: selbstverständlich ist zwischen dem dogmatischen Prinzip und der falschen Anwendung durch Gerichte im Einzelfall zu unterscheiden. Denn oft steht die richterliche Interpretation von etwas im Verdacht, in Wahrheit die eigene Ansicht an die Stelle des in Wahrheit Vereinbarten setzen zu wollen. *Fastrich* etwa spricht (im Bürgerlichen Recht) zu Recht von einer „Zweckentfremdung“ der Auslegung durch die Gerichte.⁴⁷⁵ Der Übergang zwischen noch „wirklicher“ Auslegung als Herausarbeitung des Parteiwillens und „Scheinauslegung“ als Ersetzung des Parteiwillens ist fließend.⁴⁷⁶ Die Tarifauslegung ist mithin keine Tarifizensur; betreibt aber ein Gericht unter dem Deckmantel der Auslegung die Ersetzung durch eine eigene Regelung, ist der Vorwurf der Tarifizensur berechtigt.

Anders stellt sich dies bei der ergänzenden Tarifauslegung⁴⁷⁷ dar. Bei ihr geht es nicht um die Feststellung des Geregelterten, sondern vielmehr darum, Lücken in Tarifverträgen zu schließen. Ob Gerichte hierzu befugt sind, ist in der Literatur umstritten. Manche Stimmen sind eher ablehnend⁴⁷⁸, manche wollen zwischen endogenen und exogenen Lücken trennen⁴⁷⁹, wollen etwa zwischen bewusster und unbewusster Regelungslücke

473 Ausführlich zum Streitstand: Wiedemann/*Wank*, § 1 TVG Rn. 982 ff.

474 Zur zivilrechtlichen Vertragsauslegung *Larenz/Wolf*, BGB AT § 28 Rn. 3: „Ermittlung des Sinns mehrdeutiger Gedankenäußerungen“; *Brox/Walker*, BGB AT Rn. 124; mit umfassenden Nachweisen auch *Flume*, BGB AT II, § 16 Rn. 1 ff; *Bydlinski*, Methodenlehre; *Grunewald*, ZZP 101 [1981], 152, 158; zu Recht selbstbeschränkend deshalb LAG Düsseldorf – 12 Sa 191/04 – juris, Rn. 58.

475 *Fastrich*, Inhaltskontrolle, S. 22; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 695.

476 *Fastrich*, Inhaltskontrolle, S. 22; dem BAG zustimmend etwa *Däubler*, TVG Einleitung Rn. 524; positiv zurückhaltend LAG Hamm 16.9.2003 – 19 Sa 836/03 – juris, Rn. 52 ff.

477 Bzw. „Tariffortbildung“: Wiedemann/*Wank* TVG § 1 Rn. 981, 1035.

478 *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 1518 ff; zumindest zweifelnd *Thüsing/Braun/Wißmann*, Tarifrecht, 4. Kapitel, Rn. 164; *Zachert*, Auslegung, S. 592; *Plander*, DB 1985, 2180, 2182.

479 *Kempen/Zachert*, TVG Grundlagen, Rn. 405.

unterscheiden. Insbesondere der Schutz der Arbeitnehmer erfordere, dass die Gerichte es bei unbewussten Regelungslücken nicht zur „Null-Lösung“ kommen lassen dürften.⁴⁸⁰ Das BAG bejaht die Pflicht der Gerichte zur ergänzenden Tarifauslegung für diesen Fall; bei einer bewussten Regelungslücke handele es sich um einen (ungerechtfertigten) Eingriff in die Tarifautonomie.⁴⁸¹ Die kritischen Stimmen betonen, dass es hier um eine „unzulässige Tarifwillensbildung durch ein Gericht“⁴⁸² gehe, vor allem weil es stets mehr als nur eine denkbare Regelungsmöglichkeit gäbe.⁴⁸³

Die ergänzende Tarifauslegung ist ebenfalls Beispiel für Tarifizensur. Anders als bei der gewöhnlichen Auslegung geht es hier darum, eine Nichtregelung durch etwas ersetzen.⁴⁸⁴ Dass versucht wird, die Lücke nach „Sinn und Zweck des Tarifvertrages“ zu schließen⁴⁸⁵, ändert nichts daran, dass es sich um eine staatliche Regelungsanmaßung handelt.

II. Zweifelhafte Fälle von Tarifizensur

Neben die eindeutigen Anwendungsfälle treten solche, bei denen nicht deutlich ist, ob sie staatliche Tarifregelungsanmaßung beinhalten und damit Tarifizensur sind. Es sind die Fälle, bei denen sich das Gericht zwar formal mit einer bloßen Kassation begnügt, damit aber „einen Automatismus in Gang setzt“, der den Tarifynhalt verändert – womöglich ganz im

480 Däubler, TVG Einleitung Rn. 524.

481 Etwa BAG 29.4.2004 – 6 AZR 101/03 – NZA 2005, 57, 60, juris-Rn. 34; zu Recht weist das BAG darauf hin, dass eine „Gelegenheit zur Ergänzung“ kein milderer Mittel sei, da eine solche Verpflichtung der Tarifparteien (als Nichtparteien im Urteilsverfahren) „dem Parteiprozess fremd“ sei: BAG 14.12.1982 – 3 AZR 251/80 – BAGE 41, 163, 169 ff; juris-Rn. 22 ff; zustimmend wohl Kempen/Zachert, TVG Grundlagen Rn. 401 ff; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, S. 664.

482 Löwisch/Rieble, § 1 Rn. 854; Rieble, Anmerkung zu BAG 4 AZR 129/96, S. 23; JKO/Krause, § 1 Rn. 199 f; kritisch auch ErfK/Schmidt, Art. 3 GG Rn. 59 bei Korrekturen für die Zukunft, deshalb für befristete Aussetzung eines Verfahrens.

483 Löwisch/Rieble, § 1 Rn. 1522; auf die Relevanz der „mehreren Möglichkeiten“ hinweisend auch Kempen/Zachert, TVG Grundlagen, Rn. 405; Wiedemann/Thüsing, TVG Einleitung Rn. 247.

484 Deutlich sieht dies etwa für die Vertragsauslegung Flume, BGB AT II § 16, S. 322: „Die ergänzende Auslegung ist nicht Feststellung dessen, was die an dem Rechtsgeschäft Beteiligten tatsächlich gewollt haben. [...] Im allgemeinen wird heute, soweit [...] die Formel des ‚hypothetischen Parteiwillens‘ verwandt wird, diese mehr oder weniger objektiviert, indem gesagt wird, daß die [...] Beteiligten [...] die Regelung getroffen haben würden, die der Richter in ergänzender Auslegung feststellt.“

485 Däubler, TVG Einleitung, Rn. 523.

Sinne des formal kassierenden Gerichts. Handelt es sich auch hier um Tarifizensur?

1. Rückfallebene bei Kassation von Tarifnormen

Zum einen gibt es Fälle, in denen bei der Kassation der Tarifnorm eine Rückfallebene besteht, etwa bei tarifdispositivem Recht. Ist der abweichende Tarifvertrag rechtswidrig, so tritt der gesetzliche Normalzustand wieder ein. Regelmäßig betrifft dies nicht die durch Tarifvertrag bestimmten Hauptleistungspflichten wie den Lohn, da es hier an einer gesetzlichen Rückfallebene mangelt; mehr geht es um „Nebenbedingungen“, wie etwa den Urlaubsanspruch. Aber auch bei Tarifnormen, die einen Anspruch begründen wollen, führt die Kassation nicht nur zum Wegfall der Regelung als solcher, sondern vielmehr zu einem Zurückspringen auf die „Rückfallebene 0“ (also: kein Anspruch). Insofern könnte man argumentieren, dass jede Kassation auch eine Regelungsanmaßung, also Tarifizensur ist, da das Gericht – faktisch – nun die Geltung eines anderen Inhalts „anordnet“.

Bei genauer Betrachtung trägt eine solche Argumentation freilich nicht, vielmehr bestehen auch in diesen Fällen zwischen der bloßen Kassation und der Regelungsanmaßung beträchtliche Unterschiede. Zum einen entscheidet das Gericht formal genommen gar nicht über die Rückfallebene, stellt nichts fest und ordnet auch erst recht nichts an. Vielmehr enthält das Gesetz den Automatismus selbst: fällt eine abweichende Regel, tritt eo ipso die Rückfallebene ein. Auch schafft das Gericht hier keine abweichenden Tarifinhalte, da die „Rückfallebene“ keine tarifliche Regelung ist sondern vielmehr Gesetz.

Schließlich ist auch die Grundrechtsgefährdung der Tarifparteien eine andere, weil es nur eine mögliche Rechtsfolge der Beanstandung gibt. Ihr Eintritt ist Rechtsreflex und vom Gericht nicht beeinflussbar. Den Tarifparteien bleibt es unbenommen, jederzeit eine neue, vom tarifdispositiven Recht abweichende Regelung zu vereinbaren. Insofern bleibt der staatliche Eingriff in diesen Fällen auf das geringste Mittel beschränkt, während er bei der echten Tarifizensur darüber hinausgeht, da er mit Festlegung eines Inhaltes den Spielraum der Tarifparteien noch weiter beschneidet.⁴⁸⁶ Alleine das Vorhandensein einer Rückfallebene macht also aus einer gewöhnlichen kassatorischen Kontrolle noch keine Tarifizensur.

2. Kompromisscharakter des Tarifvertrages

Beanstandet das Gericht eine einzelne Tarifklausel als rechtswidrig, so stellt sich die Frage, ob mit deren Nichtigkeit der ganze Tarifvertrag nichtig wird. Nach richtiger Ansicht ist zumindest beim normativen Teil eines

486 § 2 E. II. 2. c, S. 104.

Tarifvertrages § 139 BGB nicht anwendbar. Begründet wird dies zum einen mit dem Rechtsnormcharakter, auf den diese bürgerlichrechtliche Vorschrift nicht passe⁴⁸⁷, zum anderen damit, dass dann den Arbeitnehmern der intendierte Schutz durch den Tarifvertrag vollständig entzogen wäre.⁴⁸⁸ Vielmehr komme es, so das BAG, darauf an, „ob der Tarifvertrag ohne die unwirksame Regelung noch eine sinnvolle und in sich geschlossene Regelung dargestellt.“⁴⁸⁹ Da dies zumeist der Fall ist, bleibt der Tarifvertrag regelmäßig bestehen.⁴⁹⁰

Auch hier könnte man die formale Kassation einer Tarifnorm für Tarifizensur halten, da der Gesamtkompromiss verschoben wird. Denn zumeist lasse sich die eine Partei nur auf eine bestimmte Regelung ein, weil sie von der anderen Partei eine andere Regelung erhalte. Beanstandete man nur eine von beiden Tarifnormen, so würde man den Kompromiss beeinflussen und damit einen anderen Inhalt an die Stelle des Vereinbarten setzen.

Trotzdem handelt es sich auch bei diesen Fällen nicht um Tarifizensur. Das Gericht beschließt formal nicht über den geänderten Inhalt, vielmehr ist auch dieser automatischer Reflex. Auch schafft das Gericht keine anderen Tarifinhalte, vielmehr enthält diese bereits das Gesetz, das nur wegen Wegfalls einer abweichenden Regelung wieder maßgeblich wird.⁴⁹¹ Letztlich ist *Löwisch/Rieble* zuzustimmen, die darauf hinweisen, dass es Sache der Tarifparteien sei, Vertragsvorsorge zu betreiben. Ihnen stehe es frei, entsprechende Konnexen auch im Vertragstext abzubilden, und so die Forderungen und Tarifinhalte auch rechtswirksam miteinander zu verknüpfen.⁴⁹² Insofern ist die Belastung der Tarifparteien hier eine andere, weil die Verschiebung des Kompromisses mildestes Mittel ist, um das hochrangige Ziel, keine rechtswidrigen Tarifinhalte zu dulden, durchzusetzen.

Würde ein Gericht entgegen der richtigen Ansicht des BAG im Rahmen des § 139 BGB wie im bürgerlichen Recht auf den „hypothetischen Parteiwillen“ abstellen, so handelte es sich indes um echte Tarifizensur. Da in „der Regel [...] das objektiv Vernünftige als Parteiwille angenommen“⁴⁹³ wird, maßt sich das Gericht tarifliche Befugnisse an, weil den Tarifparteien die Möglichkeit genommen würde, auch Unvernünftiges zu wollen.

487 *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 503.

488 *Däubler/Reim/Nebe*, TVG § 1 Rn. 186; dies sei auch gerade im Hinblick auf eine „Tarifizensur“ zwingend, so *Blanke*, PersR 2002, 227, 235.

489 BAG 9.5.2007 – 4 AZR 275/06 – NZA 2007, 1439 Rn. 37.

490 *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 503.

491 Unter § 2 F. II. 1, S. 116.

492 *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 506.

493 *Staudinger/Roth*, § 139 Rn. 75.

III. Keine Fälle von Tarifizensur

Tarifizensur ist lediglich die staatliche Tarifregelungsanmaßung im Einzelfall. Daneben werden über das System der unverhältnismäßigen Rechtskontrolle auch zu weitreichende staatliche Kontrollen erfasst. Allerdings können und sollen auch mit diesem zweigleisigen System nicht alle Befundfälle abgedeckt werden. Vielmehr sind mit ihnen beschriebene Sachverhalte von der Tarifizensur bzw. der unverhältnismäßigen Rechtskontrolle abzugrenzen.

1. Bewertungen von Tarifhandeln

Eine staatliche Bewertung von Tarifhandeln ist weder Tarifizensur noch unverhältnismäßige Rechtskontrolle. Bewertet ein Gericht im Rahmen der Untersuchung der Tariffähigkeit⁴⁹⁴ bereits abgeschlossene Tarifverträge als „Gefälligkeitstarifverträge“, so kann man das zwar für regelungsanmaßend halten, weil das Gericht meint besser zu wissen, ob man einen solchen Tarifvertrag sinnvollerweise abschließt. Tarifizensur meint allerdings lediglich den Fall, dass das staatliche Organ den eigenen Inhalt an die Stelle setzt. Dies geschieht bei einer reinen Bewertung nicht, die nichts an die Stelle des geringgeschätzten Tarifvertrages setzt.⁴⁹⁵

Dem steht nicht entgegen, dass eine auf einer solche Einschätzung aufbauende Aberkennung der Tariffähigkeit ihrerseits ein (schwerwiegender) Eingriff in Art. 9 Abs. 3 GG ist. Denn hier ist ein gesondert zu betrachtender Akt staatlicher Gewalt Anlass der Kritik. Die Bewertung des Tarifvertrages als solche greift vergleichsweise gering in die Rechte der Parteien ein. Deutlich wird dies an folgendem Beispiel: hätte das Arbeitsgericht anhand von zehn Tarifverträgen die Tariffähigkeit zu beurteilen, beurteilte es dabei drei Tarifverträge als Gefälligkeitstarifverträge, sähe die übrigen sieben Tarifverträge aber als ausreichend für die Annahme der Tariffähigkeit an – welches Eingriffsgewicht hätte diese Bewertung für sich alleine genommen?

2. Motivkontrolle

Auch eine Motivkontrolle des Tarifhandelns ist weder Tarifizensur noch unverhältnismäßige Rechtskontrolle. Man muss unterscheiden: wollen staatliche Organe etwa nach frauenfeindlichen Motiven forschen⁴⁹⁶, ohne dass der Tarifvertrag gegen konkrete Normen, wie das AGG, verstößt, so handelt es sich schlicht um eine unrechtmäßige Rechtskontrolle, da die Rechtsordnung eine darüberhinausgehende allgemeine Gesinnungsbean-

⁴⁹⁴ § 1 B. III. 2, S. 38.

⁴⁹⁵ Anders wohl *Löwisch/Rieble*, § 3 Rn. 635: „mittelbare Tarifizensur“.

⁴⁹⁶ § 1 C. II. 2. b. ee, S. 52.

standung weder im Strafrecht noch im bürgerlichen Recht kennt. Umgekehrt schadet es bei einem objektiven Verstoß des Tarifhandelns gegen höherrangiges Recht auch nicht, wenn das Gericht „sich seinerseits freut“, eine „Regelung aus vermeintlich frauenfeindlichen Motiven“ beanstanden zu können.⁴⁹⁷

Eine andere Frage ist, ob Tarifhandeln auch auf eine objektive Umgehung von geltendem Recht überprüft werden darf.⁴⁹⁸ Dies ist zu bejahen⁴⁹⁹, weil nicht ersichtlich ist, warum den Tarifparteien ein Sonderumgehungsschutz zukommen sollte. Ein Forschen nach den Motiven der Tarifparteien ist hierbei nicht erforderlich, da die Umgehung nach richtiger Ansicht rein objektiv bemessen wird.⁵⁰⁰ Freilich müssen deren enge Voraussetzungen auch im Einzelfall vorliegen.⁵⁰¹ Will ein Gericht trotzdem auf das subjektive Motiv abstellen für die Beurteilung der Parteien, so handelt es sich um eine unrechtmäßige Rechtskontrolle, da eine solche Beurteilung vom Gesetz nicht vorgesehen ist.

3. Kollisionskontrolle

Um Tarifizensur geht es auch nicht bei der gerichtlichen oder behördlichen Beurteilung der Wirksamkeit eines Tarifvertrages – etwa wegen der Frage, ob er durch einen anderen verdrängt wurde.⁵⁰² Selbst wenn hierbei festgestellt würde, dass ein anderer Tarifvertrag „besser passt“, so ersetzte das Gericht keinen Tarifinhalt durch einen eigenen, sondern gäbe einem konkurrierenden Tarifinhalt den Vorrang. Dies beschränkt – anders als bei der Tarifizensur – die staatliche Eingriffsmöglichkeit, da das Gericht nur aus zwei Varianten „aussuchen“ kann, nicht aber selbst etwas Drittes setzen könnte. Mithin geht es nicht um Tarifizensur im hier verstandenen Sinne.

4. Staatliches Anknüpfen an Tarifverträge

Auch staatliches Handeln, das an Tarifverträge anknüpft⁵⁰³, ist weder Tarifizensur noch unverhältnismäßige Rechtskontrolle. Dies gilt unabhängig davon, ob das staatliche Organ die tarifliche Einigung schlicht hinnimmt

497 Definitiv anders aber auch hier *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 909: es handele sich um Tarifizensur; im Ergebnis freilich wie hier.

498 Wiederum abzugrenzen von der Frage der Umgehung von Tarifnormen durch Tarifunterworfenen; hier statt aller *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 103.

499 Etwa *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 704.

500 Umfassend Staudinger/*Sack/Seibl*, § 134 BGB Rn. 145.

501 Staudinger/*Sack/Seibl*, § 134 BGB Rn. 144 ff.

502 *Schliemann*, Arbeitsgerichtliche Kontrolle, S. 579: „Kollisionskontrolle“ so wohl auch *Löwisch/Rieble*, § 4 Rn. 452.

503 § 1 B. V, S. 41.

und dann eigenes Verhalten daran anknüpft oder aber durch die Ankündigung einer Maßnahme für den Fall eines bestimmten Tarifynhalts versucht, Einfluss auf den Tarifynhalt zu nehmen (konditionierendes Anknüpfen).

a. Schlichtes Anknüpfen

Weder bei der Allgemeinverbindlicherklärung noch durch Vergaberecht setzt der Staat selbst Tarifynhalte fest – vielmehr knüpft er sein Verhalten an Tarifverträge an. Auch übt er hierbei keine Rechtskontrolle aus – die geschlossenen Tarifverträge bleiben unbeanstandet. Vielmehr übt der Staat eine andere Aufgabe in vielleicht beanstandenswerter Weise aus. Es handelt sich um gesondert zu bewertende Lebenssachverhalte.⁵⁰⁴ Dies bedeutet nicht, dass die Tarifparteien schutzlos wären. Vielmehr gibt es dort ein eigenes abgestimmtes Beanstandungsinstrument, das die Rechte auch nur mittelbar faktisch Betroffener zu schützen sucht.

b. Konditionierendes Anknüpfen

Auch wenn es weniger eindeutig ist, gilt Gleiches im Ergebnis für „konditionierendes Anknüpfen“, bei dem der Staat etwa durch Gewährung von Vorteilen ein bestimmtes Tarifergebnis belohnen möchte. Hierbei kann man an den Fall denken, bei denen das BMAS während laufender Tarifverhandlungen mit der Einführung eines Branchen-Mindestlohnes für den Fall „unzureichender“ Mindestentgelte droht⁵⁰⁵ oder aber an die staatliche Förderung im Altersteilzeitgesetz, die erkennbar bestimmte tarifliche Maximalgrenzen zu erreichen beabsichtigt.⁵⁰⁶

Auch bei diesem staatlichen Handeln geht es nicht um Tarifizensur. Das liegt zunächst formal daran, dass die Tarifparteien frei bleiben, andere Tarifynhalte zu vereinbaren. Weder setzt das staatliche Organ an Stelle der Tarifparteien Inhalte, noch wird der Tarifynhalt als solcher rechtswirksam beanstandet. Materiellrechtlich gilt das Ausgeführte⁵⁰⁷: auch für solche nur mittelbar faktischen Einflussnahmen gibt es andere abgestimmte Beanstandungsinstrumente. Am Beispiel der „Mindestlohdrohung“: wäre dieser im Einzelfall verfassungsrechtlich gerechtfertigt, so darf ihn das BMAS auch ankündigen. Lügen seine Voraussetzungen indes nicht vor, muss von den Tarifparteien erwartet werden, dem faktischen Druck zu widerstehen und Rechtsschutz bei Drohungsumsetzung zu suchen.

504 Anders wohl *Kempen/Zachert*, § 5 Rn. 19.

505 <http://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/ursula-von-der-leyen-keine-gesetzliche-regulierung-der-zeitarbeit/6890256.html> [12.3.2013].

506 Unter § 1 C. II. 1. a, S. 47.

507 Unter § 2 F. III. 4. a, S. 120.

5. Unsicherheiten im Prüfungsmaßstab

Auch die Frage, ob Unsicherheiten im anzuwendenden Prüfungsmaßstab im Hinblick auf die Grundrechte der Tarifparteien aufzulösen sind⁵⁰⁸, hat nichts mit Tarifizensur oder unverhältnismäßiger Rechtskontrolle zu tun. Vielmehr geht es – wenn überhaupt – um die grundrechtsfreundliche Auslegung des einfachen Rechts.

G. Ergebnisse zu § 2

Die Bedeutung des Begriffs „Tarifizensur“ steht nicht schon auf Grund der Befunderhebung in § 1 fest. Deshalb muss der Begriff in dieser Untersuchung definiert werden.

Weil die Tarifizensur weder gesetzlich normiert noch die Anwendungsfälle verwandt sind, eignet sich nur eine synthetische, genauer eine festsetzende Definition. Hierbei handelt es sich um einen begründeten Vorschlag, wie ein feststehender Begriff in Zukunft besetzt sein soll. Synthetische Definitionen sind stets subjektiv und nur auf ihre Zweckmäßigkeit hin zu untersuchen. Zweckmäßig ist die Definition der Tarifizensur in erster Linie dann, wenn sie hinreichend abgrenzbar ist, einheitliche Rechtsfolgen aufweist und die Abdeckung des Befundes groß ist.

Tarifizensur ist zu definieren als jedes staatliche Handeln, das sich im Einzelfall anmaßt, Tarifyhalte zu setzen oder zu ersetzen, sei es präventiv oder repressiv.

Die enge Definition von Tarifizensur als staatliche Tarifregelungsanmaßung im Einzelfall erweist sich hierbei als am zweckmäßigsten. Vor allem dass die so verstandene Tarifizensur regelmäßig rechtswidrig ist und deshalb die rechtliche Beurteilung mit der sprachlichen Überzeugungskraft des Begriffes zusammenfällt, gibt den Ausschlag. Allerdings gelingt es ihr alleine nicht, den Befund hinreichend abzudecken. Sie wirkt deshalb zusammen in einem System mit der „unverhältnismäßigen Rechtskontrolle“. Diese erfasst diejenigen Befundfälle, bei denen eine staatliche Kassation von Tarifhandeln Bedenken begegnet. Die damit zusammenhängenden Fragen werden im folgenden Kapitel (§ 3) noch ausführlich dargestellt werden.

Tarifizensur ist regelmäßig rechtswidrig. Selbst wenn das staatliche Organ ein Rechtsgut von Verfassungsrang zu schützen versucht, so ist der Eingriff in die kollektive Koalitionsfreiheit zumeist unverhältnismäßig. Selten wird eine vollständige Entmachtung der Tarifparteien erforderlich sein. Im Übrigen ist es regelmäßig unverhältnismäßig, wenn das eine Rechtsgut zu Gunsten des anderen Rechtsguts vollständig zurücktreten muss.

508 Etwa § 1 B. I. 2. b, S. 32.

§ 3 Unverhältnismäßige Rechtskontrolle

Tarifizensur als staatliche Tarifregelungsanmaßung kann nur in Verbindung mit der „unverhältnismäßigen Rechtskontrolle“ als Maßstab auch für die bloße Tarifbeanstandung ein zweckmäßiges System darstellen.⁵⁰⁹ Nachdem sich das zweite Kapitel ausführlich der Tarifizensur gewidmet hat, wird das dritte Kapitel die „unverhältnismäßige Rechtskontrolle“ von Tarifhandeln untersuchen.

A. Untersuchungsgegenstand

Warum bedarf es neben der Tarifizensur noch der Untersuchung der unverhältnismäßigen Rechtskontrolle? Viele Befundfälle (§ 1) bezeichnen mit „Tarifizensur“ nicht eine staatliche Tarifregelungsanmaßung, sondern vielmehr eine (gerichtliche) Beanstandung von Tarifhandeln, zumeist die Kassation von Tarifnormen. Diese Beanstandung wird vom Autor als rechtswidrig abgelehnt. Gründe für dessen ablehnende Haltung sind zum einen die Offenheit und Unbestimmtheit der Kontrollnorm, zum anderen aber auch die Möglichkeit, gerade auf die Hauptleistungspflichten zuzugreifen. Deshalb stehen zumeist nicht die „konkreten“ Normen, sondern die bürgerlichen Generalklauseln (§§ 138, 242 BGB), vor allem aber die Grundrechte als Kontrollmaßstab in der Kritik. Auch dass ein Streik auf die „Verhältnismäßigkeit“ kontrolliert wird, ruft den Vorwurf der unzulässigen „Tarifizensur“ hervor.

Gerichtlich behandelt wird in erster Linie der Zusammenhang zwischen Grundrechtskontrolle und „Tarifizensur“. Die ablehnende Haltung des BAG zur Kontrolle anhand von § 242 BGB⁵¹⁰ und die zweifelnde Haltung zur Kontrolle anhand von § 138 Abs. 1 BGB⁵¹¹ wurden hingegen nicht mit einer befürchteten Tarifizensur begründet. Dies bedeutet allerdings nicht, dass nicht auch die Generalklauseln im Hinblick auf eine „Tarifizensur“ untersucht werden müssen. Vor allem die größeren Untersuchungen von *Thüsing*⁵¹² und *Otto*⁵¹³ haben deutlich gemacht, dass beides in untrennbaren Zusammenhang steht. *Otto* hat den Fokus nochmal darauf gelenkt, dass gerade durch die Generalklauseln eine Tarifizensur – von ihm verstanden als „Kontrolle des Umfangs von tariflichen Forderungen und Tarifinhalten“⁵¹⁴ – durchgeführt werden kann.

509 Unter § 2 D. III, S. 95.

510 Ausführlich unter § 3 D. III. 1. a, S. 158.

511 Unter § 3 D. I. 1, S. 147.

512 *Thüsing*, Tarifautonomie.

513 *Otto*, Tarifizensur und Arbeitskampf.

514 *Otto*, Tarifizensur und Arbeitskampf, S. 685.

B. Kontrollsystem für Tarifhandeln

Welchen Kontrollmaßstäben unterliegt also tarifliches Handeln, insbesondere Tariffinhalte? Wann sind diese Kontrollmaßstäbe so weitreichend, dass sie einen ähnlich schwerwiegenden Eingriff in die kollektive Koalitionsfreiheit darstellen wie die Tarifizensur im hier vertretenen engen Sinne?

I. Befund

In Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, wie weit Tarifhandeln, vor allem Tariffinhalte, durch Gerichte kontrolliert werden dürfen. Auf der einen Seite scheint klar zu sein, dass schon wegen der Normenhierarchie Tarifverträge an vorrangiges Recht, also etwa Grundrechte, gebunden sind und entsprechend kontrolliert werden dürfen. Umgekehrt haben viele Autoren dort Bedenken, wo der Kontrollmaßstab immer unbestimmter wird und so dem Gericht Möglichkeit zu letztlich freier Tarifbeanstandung gibt. Mithin sind sich fast alle Autoren einig, dass es eine wie auch immer gearbete Grenze auch für die Rechtskontrolle geben muss.

1. Rechtsprechung

a. Grundsatz des BAG

Das BAG betont, dass sich Tarifhandeln, vor allem Tarifverträge, zwar grundsätzlich an höherrangigem Recht messen lassen müssen, es aber auch Grenzen für die gerichtliche Kontrolle gebe. Vor allem sollen die tariflichen Gestaltungsmöglichkeiten nicht dadurch eingeengt werden, dass ein Gericht eine Norm zwar für rechtmäßig befindet, aber meint, es ginge auch besser. So formuliert das BAG beispielsweise:

*„Tarifverträge sind von den Gerichten nur darauf zu überprüfen, ob sie gegen das Grundgesetz, gegen zwingendes Gesetzesrecht, gegen die guten Sitten oder gegen tragende Grundsätze des Arbeitsrechts verstoßen. Eine gerichtliche Billigkeitskontrolle [...] kommt bei Tarifverträgen nicht in Betracht.“*⁵¹⁵

Die Formulierung des BAG variiert im Detail, insbesondere fehlen etwa in neueren Entscheidungen der Verweis auf die „tragenden Grundsätze des Arbeitsrechts“⁵¹⁶ oder teilweise auf die Billigkeitskontrolle.⁵¹⁷

⁵¹⁵ BAG 14.12.1982 – 3 AZR 251/80 – BAGE 41, 163, 168, juris-Rn. 20.

⁵¹⁶ BAG 27.6.2005 – 3 AZR 255/05 – NZA 2006, 1285.

⁵¹⁷ BAG 4.9.1985 – 5 AZR 655/84 – NZA 1986, 225, 226, juris-Rn. 24; für eine Billigkeitskontrolle wohl BAG 10.10.1989 – 3 AZR 200/88 – NZA 1990, 564, 566, juris-Rn. 27.

b. Abweichungen vom Grundsatz

Der Kontrollmaßstab des BAG wirft bei genauerer Analyse Fragen auf. Zum einen ist nicht klar, was die „Billigkeitskontrolle“ meint, die das BAG nicht durchführen möchte. Meint dies nur die Billigkeitskontrolle im engeren Sinne (§ 315 BGB analog⁵¹⁸) oder auch die Kontrolle anhand von § 242 BGB? Oder ist der Begriff eher appellativ, rechtspolitisch gemeint?

Daneben wendet das BAG den Kontrollmaßstab selbst nicht konsequent an. Zunächst geht es um die Kontrolle anhand der Grundrechte der Mitglieder, die zweifelsohne Vorgaben „de[s] Grundgesetz[es]“⁵¹⁹ sind. Trotzdem betont das BAG, dass eine Kontrolle am Maßstab der allgemeinen Handlungsfreiheit und damit letztlich am Maßstab der Verhältnismäßigkeit nicht in Betracht komme. Denn: „Eine solche Prüfung liefe auf eine mit Art. 9 Abs. 3 GG nicht vereinbare ‚Tarifzensur‘ hinaus“⁵²⁰. Einige Untergerichte wollen daneben nicht am Maßstab des Art. 3 GG messen bzw. einen besonders großzügigen Kontrollmaßstab anlegen.⁵²¹ Schon hier ist die Rechtsprechung nicht konsistent.

Schließlich misst das BAG Tarifhandeln auch nicht anhand jedem „zwingenden Gesetzesrecht“⁵²², wie es eigentlich betont. Dies beginnt mit § 138 Abs. 1 BGB, dessen Anwendung das BAG (wegen der normativen Tarifwirkung⁵²³) skeptisch gegenübersteht. Allerdings sei die Sittenwidrigkeit nur Ausfluss elementarer Gerechtigkeitsanforderungen: „Tarifvertragliche Entgeltvereinbarungen müssen den in Art. 2 Abs. 1, Art. 20 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommenden elementaren Gerechtigkeitsanforderungen genügen.“ Diese Handhabung scheint wenig konsequent. Eine Prüfung anhand von § 242 BGB lehnt das BAG ab.⁵²⁴ Grund sei zum einen der normative Charakter, aber auch das fehlende Bedürfnis einer Anwendung, weil „davon auszugehen [ist], daß infolge der Stärke und Sachkunde der tarifvertragsschließenden Verbände ihre Regelungen den Interessen beider Seiten in der Regel gerecht werden“. Schließlich stellte „eine derartige Überprüfung [...] sich als ein unzulässiger Eingriff in die Tarifautonomie dar“. Mithin wird auch hier eine Norm des einfachen Rechts nicht angewendet.

518 So interpretierend *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 695.

519 BAG 14.12.1982 – 3 AZR 251/80 – BAGE 41, 163, 168, juris-Rn. 20.

520 BAG 12.12.2006 – 1 AZR 96/06 – NZA 2007, 453, 456, Rn. 25, freilich obiter.

521 Schon unter § 1 B. I. 1. a, S. 26 und § 2 B. III. 4, S. 76.

522 BAG 14.12.1982 – 3 AZR 251/80 – BAGE 41, 163, 168, juris-Rn. 20.

523 BAG 24.3.2004 – 5 AZR 303/03 – NZA 2004, 971, 973, Leitsatz 3 sowie juris - Rn. 43; für eine Kontrolle etwa *MüKoBGB/Armbrüster*, § 138 Rn. 9.

524 BAG 6.2.1985 – 4 AZR 275/83 – BAGE 48, 65, Leitsatz 4.

2. Rechtswissenschaft

Auch in der Rechtswissenschaft gibt es kein unumstrittenes Konzept, an welchen Maßstäben Tarifhandeln zu messen ist. Zumeist wird im Grundsatz zunächst der Rechtsprechung des BAG zugestimmt, um sie im Detail zu modifizieren. *Fischinger* etwa will gerade die „Billigkeits- und Zweckmäßigkeitskontrolle“⁵²⁵ durch Gerichte verbieten. Für *Otto* ist gerade die Untersuchung auf die „Sachgerechtigkeit, [...] Angemessenheit bzw. Billigkeit“⁵²⁶ ausgeschlossen. Andere Stimmen in der Literatur fragen, ob mit dem Kontrollmaßstab des BAG überhaupt eine Begrenzung erfolge, da zumindest sämtliche Rechtskontrolle weiter möglich sei.⁵²⁷ Vor allem werden auch in der Literatur die Grundrechtskontrolle und die Kontrolle anhand von Generalklauseln skeptisch beurteilt.

a. Grundrechtsbindung der Tarifparteien

Neben der Frage, ob und in welcher Form die Tarifparteien allgemein an die Grundrechte ihrer Mitglieder gebunden sind⁵²⁸, ist ebenfalls ungeklärt, ob wegen der Tarifaufonomie ein gemilderter Kontrollmaßstab angewendet werden muss. So führt für *Kempen* die Mitwirkungsmöglichkeit der Mitglieder dazu, dass lediglich der Wesensgehalt ihrer Grundrechte Maßstab einer Tarifkontrolle sein kann.⁵²⁹ *Wiedemann* betont, dass selbst bei Anerkennung einer Grundrechtsbindung diese in Ausgleich gebracht werden muss „mit der Gewährleistung der Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 GG und mit der Beleihung der Rechtsetzungsbefugnis in § 1 [TVG]“⁵³⁰. Für *Schick* ist gar Art. 9 Abs. 3 GG Ausgangspunkt für die Beurteilung: „Dieser gewährleistet mit der kollektiven Koalitionsfreiheit den Koalitionen auch ein Recht zur verbindlichen Normsetzung [...]“⁵³¹ Umgekehrt stellen *Löwisch/Rieble* die Grundrechte der Mitglieder in den Mittelpunkt, wollen eine „strenge Bindung des Tarifvertrages“ erreichen und thematisieren nur sehr knapp, ob nicht Art. 9 Abs. 3 GG seinerseits Berücksichtigung finden muss.⁵³²

b. Generalklauselkontrolle von Tarifinhalten

Auch die Kontrolle von Tarifhandeln an den Generalklauseln ist wegen der Auswirkungen auf die Tarifaufonomie umstritten. Sehr deutlich formulie-

⁵²⁵ *Fischinger*, Arbeitskämpfe, S. 164.

⁵²⁶ *Otto*, Tarifizensur und Arbeitskampf, S. 663.

⁵²⁷ *Richardi*, Richterrecht, S. 276.

⁵²⁸ Statt aller Däubler/*Schick*, TVG Einleitung Rn. 168 ff.

⁵²⁹ *Kempen/Zachert*, Grundlagen Rn. 211 ff, anders für die Grundrechte Dritter.

⁵³⁰ *Wiedemann*, Einleitung Rn. 196.

⁵³¹ Däubler/*Schick*, TVG Einleitung Rn. 213.

⁵³² *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 581ff.

ren etwa *Löwisch/Rieble*: „Jegliche Tarifkontrolle aufgrund zivilrechtlicher Generalklauseln (§§ 138, 242 BGB) belastet die Tarifautonomie stark, weil der Kontrollrichter über die Wertungsspielräume sein Verständnis von richtiger Tarifpolitik gegen dasjenige der Tarifparteien setzen kann; ebenso bei ergänzender Tarifauslegung. Das heißt zwar nicht, daß die Anwendung solcher Generalklauseln schlechthin ausschiede oder auf krasse Fälle begrenzt wäre [...] aber daß sie mit Augenmaß zu erfolgen und sich der Richter eigener tarifpolitischer Wertungen zu enthalten hat“.⁵³³ *Schiek* will § 138 Abs. 1 BGB zumindest zugunsten der Arbeitnehmer ohne weitere Problematisierung anwenden.⁵³⁴ *Gamillscheg* will anhand von § 138 Abs. 1 BGB prüfen, nicht aber anhand von § 242 BGB im Hinblick auf die besondere Sachkunde, das Machtgleichgewicht und zur Vermeidung von Tarifizensur.⁵³⁵

Erhellend ist, dass auch in der zivilrechtlichen Literatur betont wird, die Anwendung der Generalklauseln sei keine typische Gesetzesanwendung, sondern etwas Besonderes. *Armbrüster* etwa spricht davon, dass „die Privatautonomie [...] nicht nur durch Verbotsgesetze iS von § 134, sondern auch durch jene nicht positivierte Ordnung begrenzt [wird], die § 138 als „die guten Sitten bezeichnet“.⁵³⁶ Ähnliches gilt für § 242 BGB.⁵³⁷ Auch wenn formal Gesetz, so fungieren diese beiden Normen doch als Einfallstor für „außerrechtliche Prinzipien“⁵³⁸. Für *Sack/Fischinger* scheint es „nahezu einhellige Meinung“ zu sein, dass auf „Ethik, Moral und Sittlichkeit“ verwiesen wird.⁵³⁹ Nach *Looschelders* ermöglicht § 242 BGB „den notwendigen Einfluss von sozialemethischen Wertungen und Billigkeitserwägungen auf die Rechtsanwendung sicherzustellen“⁵⁴⁰; für *Schmidt-Kessel* ist § 242 BGB „ein Instrument zum Transport fremder Wertungen“⁵⁴¹.

II. Kritik

Die im Befund⁵⁴² dargestellten Erwägungen sind – unabhängig vom konkreten Ergebnis – aus mehreren Gründen methodisch oft nicht überzeugend.

533 *Löwisch/Rieble*, Grundlagen Rn. 149.

534 *Däubler/Schiek*, TVG Einleitung Rn. 323.

535 *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 695 f.

536 *MüKoBGB/Armbrüster*, § 138 Rn. 1; ähnlich *BaRo/Wendtland*, § 138 Rn. 1; *Erman/Palm/Arnold*, § 138 Rn. 1.

537 Wie hier auch *Medicus/Lorenz*, SR AT Rn. 131; „kein subsumptionsfähiger Rechtssatz“: *NK-BGB/Krebs*, § 242 Rn. 2.

538 *MüKoBGB/Roth/Schubert*, § 242 Rn. 2; *Heinrich*, Formale Freiheit, S. 369 ff.

539 *Staudinger/Sack/Fischinger*, § 138 BGB Rn. 19.

540 *Looschelders*, SR AT Rn. 59.

541 *PWW/Schmidt-Kessel*, § 242 BGB Rn. 12.

542 § 3 B. I, S. 123.

Zum einen überrascht, dass bestimmte Kontrollmaßstäbe pauschal für (un)anwendbar erklärt werden – liegen ihnen doch oft differenzierte Fallgruppen zu Grunde. So wird nivellierend untersucht, ob eine Kontrolle von Tarifverträgen anhand von § 138 BGB möglich sei, der allerdings unterschiedliche Schutzrichtungen hat. Ist § 138 BGB generell als Maßstab abzulehnen, etwa wegen der normativen Wirkung von Tarifverträgen? Oder geht es um den Schutz der Tarifautonomie? Dann muss unterschieden werden zwischen den Fallgruppen, die die Parteien und denen, die gerade unbeteiligte Dritte oder die Allgemeinheit schützen wollen.

Auch erschöpfen sich viele Begründungen, warum ein Kontrollmaßstab auf Tarifhandeln nicht angewendet werden soll, in einem abstrakten Schlagwort, ohne dessen Inhalt in der gewöhnlichen juristischen Prüfung zu verankern. So soll den Tarifparteien ein „Gestaltungsspielraum“ oder eine „Einschätzungsprärogative“ zukommen.⁵⁴³ Weder wird deutlich, wo diese dogmatisch verankert sind, noch was der konkrete Inhalt einer solchen Prärogative ist. Auch wird nicht klar, ob etwa die Ablehnung der „Zweckmäßigkeitskontrolle“⁵⁴⁴ von Tarifhandeln nur die Anwendung von §§ 305 ff BGB⁵⁴⁵ ablehnt – oder aber darüber hinaus gehend eine freirichterliche Kontrolle anhand eines ungeschriebenen Maßstabes. Gleiches gilt für die „Billigkeitskontrolle“.⁵⁴⁶

Daneben wird vorschnell mit abstrakten „Systemen“ argumentiert. So ist zu lesen, eine bestimmte Tarifkontrolle „verstoße gegen die Richtigkeitsgewähr von Tarifverträgen“.⁵⁴⁷ Indes erscheint zweifelhaft, dass die Richtigkeitsgewähr als solche einer Tarifkontrolle entgegensteht. Vielmehr geht es um einen ungerechtfertigten Eingriff in Art. 9 Abs. 3 GG. Sicherlich ist die Richtigkeitschance⁵⁴⁸ ein Motiv zur Schaffung von Art. 9 Abs. 3 GG gewesen und spielt deshalb eine Rolle für die Beurteilung von aus-

543 Unter § 2 B. III. 4, S. 76.

544 Etwa *Fischinger*, Arbeitskämpfe, S. 164; auch *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 697.

545 Statt aller *Staudinger/Coester*, § 307 Rn. 220.

546 *Schliemann*, Arbeitsgerichtliche Kontrolle, S. 579, 581; *Däubler/Reim/Nebe*, TVG § 1 Rn. 159; auch die „Angemessenheitskontrolle“, bei der *JKO/Krause*, § 1 Rn. 110 nicht die Norm benennt, deren Anwendung er ablehnt; zu Recht weist deshalb *Stütze*, Entgelthöhe, S. 442 f darauf hin, dass wenn nur eine Rechtsfortbildung Grundlage einer Kontrolle sein könnte.

547 *Olschewski*, Standorterhaltung, S. 263; ablehnend v. *Mangoldt/Klein/Starck/Kemper*, Art. 9 Abs. 3 Rn. 162: „Die Anerkennung von Verträgen durch die Rechtsordnung steht nicht unter dem Vorbehalt gleicher Stärker der Vertragsparteien. [...] Die Tarifvertragsfreiheit garantiert Freiheit, nicht Richtigkeit.“

548 Zum vorzugswürdigen Begriff etwa *Zachert*, Auslegung, S. 585 mwN; *Kempen/Zachert*, TVG Grundlagen Rn. 94; zu anderen Ansätzen umfassend *Heinrich*, Formale Freiheit, S. 174 ff; insgesamt ablehnend *Reuter*, ZfA 1995, 1, 87.

nahmsweisen Eingriffen⁵⁴⁹. Allerdings sind staatliche Eingriffe in Tarifverträge keineswegs nur bei partiellem Wegfall ihrer Richtigkeitsgewähr rechtmäßig. Die gleiche Kritik gilt für die Ablehnung eines Kontrollmaßstabes, weil er „gegen das Verbot der Tarifzensur verstößt“⁵⁵⁰. Wie aber die bisherige Untersuchung gezeigt hat, hatte der Begriff gerade keinen feststehenden Inhalt.

Schließlich lösen sich gerade die kürzeren Stellungnahmen oft zu schnell vom konkreten Normenbestand und greifen auf Art. 9 Abs. 3 GG zurück. So ist oft feststellend ohne weitere Ausführungen zu lesen, „eine solche Kontrolle verstoße gegen die Tarifaautonomie aus Art. 9 Abs. 3 GG“⁵⁵¹. Auch eine derartig vorschnelle Feststellung ist der Systembildung abträglich, da sie Sachverhalte nicht vergleichbar macht.⁵⁵² Im Text der Verfassung können viele Autoren die gewünschte Rechtsfolge – meist die Unrechtmäßigkeit einer bestimmten Tarifkontrolle – ablesen. Man fühlt sich an *Zöllner* erinnert, der bereits 1969 kritisiert hat, dass „die arbeitsrechtliche Wundertüte [...] Art. 9 Abs. 3 GG“⁵⁵³ des Öfteren herangezogen werde.

III. Eigener Ansatz zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Tarifkontrollmaßstäben

Vor dem Hintergrund von Befund und Kritik erscheint es zweckmäßig, zur Untersuchung der „unverhältnismäßigen Rechtskontrolle“ ein eigenes Prüfungsschema zu entwickeln, anhand dessen die Rechtmäßigkeit der Anwendung eines bestimmten Kontrollmaßstabes auf Tarifhandeln beurteilt werden kann. Ausgangspunkt hierfür ist die kollektive Koalitionsfreiheit der Tarifparteien. Diese garantiert auch die Freiheit ihrer koaliti-

549 In diese Richtung auch HStR VIII/*Scholz*, § 175 Rn. 48; wegen der „historischen Erfahrung“: Stern/Becker/*Rixen*, Art. 9 Rn. 28; auch *Neumann*, RdA 2007, 71, 75; inhaltlich kritisch Däubler/*Reim/Nebe*, TVG § 1 Rn. 149 ff; deutlich wird dies auch zu Art. 170 der Bayerischen Verfassung gesehen: es handele sich um eine „ordnungspolitische ‚Philosophie‘“: *Lindner/Möstl/Wolff*, Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 170 Rn. 2; „causa causans“: 46. DJT/*Herschel*, D. 11; der oft zitierte, in der Sache zweifelhafte Beitrag von *Schmidt-Rimpler* zur Richtigkeitsgewähr findet sich in AcP 147 [1941], S. 130.

550 *Ozimek*, Sparten, S. 109 ff, 115.

551 LAG Baden-Württemberg 6.7.1999 – 8 Sa 77/98 – BeckRS 1999, 30862851.

552 Die Untersuchung von *Oppermann*, Die Kontrolle von Tarifvertragsregelungen in ihrer Anwendung auf den Einzelfall [1997] verspricht zwar eine Untersuchung von „Existenz, Inhalt und Grenzen gerichtlicher Inhalts- und Billigkeitskontrolle tariflicher Vereinbarungen“ (S. 9), überzeugt mich indes weder hinsichtlich Stil, noch Dogmatik oder Verständlichkeit.

553 *Zöllner*, RdA 1969, 250, 254.

tionsmäßigen Betätigungen.⁵⁵⁴ Vom Schutzbereich ist das hier interessierende Tarifhandeln – das Setzen von Tarifynhalten und darauf gerichtete Streiks – unstrittig erfasst.

In diesen Schutzbereich kann durch und auf Grund staatlicher Gesetze eingegriffen werden. Dafür muss die Norm im jeweiligen Fall anwendbar sein, wofür oft detaillierte Untersuchungen notwendig sind. Ein gesondert zu betrachtender Aspekt der Anwendbarkeit ist, ob die Tarifautonomie selbst ein anderes, vorrangiges Schutzkonzept darstellt und deshalb die Normen von einer *lex specialis* verdrängt sind. Zuletzt stellt sich die Frage, ob eine solche Norm ihrerseits mit höherrangigem Recht vereinbar ist, insbesondere also, ob der Eingriff verhältnismäßig ist.⁵⁵⁵

Sofern nicht abweichend gekennzeichnet, wird bei Tarifverträgen nur der normative Teil behandelt; im schuldrechtlichen Teil stellen sich viele Probleme gar nicht oder anders. Insbesondere dürfte die gerichtliche Kontrolle bezüglich des normativen Teils praxisrelevanter sein.

1. Prüfungsschema

a. Tatbestandliche Anwendbarkeit

Die Norm, anhand derer das Tarifhandeln kontrolliert werden soll, muss tatbestandlich anwendbar sein. Hierbei ist sich auch mit Ansichten auseinanderzusetzen, die wegen der normativen Tarifwirkung die Anwendung bestimmter Generalklauseln ablehnen. Sofern man eine Norm grundsätzlich für anwendbar erachtet, sind die aus dem bürgerlichen Recht bekannten Fallgruppen auch im Arbeitsrecht differenziert anzuwenden.

b. Tarifautonomie als vorrangiges Schutzinstrument

In einem zweiten Schritt soll untersucht werden, ob eine an sich anwendbare Fallgruppe ausnahmsweise unanwendbar ist, weil die Tarifautonomie selbst ein vorrangiges Schutzkonzept ist. Zwar ist auch dies dogmatisch eine Frage der Anwendbarkeit, wegen ihres besonderen Begründungsaufwands soll die Frage allerdings gesondert dargestellt werden. Der Ansatz, dass die Tarifautonomie ein eigenes, vorrangiges Schutzkonzept ist, ist nicht neu. So lehnen *Löwisch/Rieble* die Sittenwidrigkeitskontrolle von Tarifverträgen anhand von § 138 Abs. 1 BGB ab, weil die Tarifautonomie selbst ein vorrangiges Schutzkonzept zur Erreichung angemessener

554 Hierzu unter § 2 E. I, S. 98.

555 Dieses Prüfungsschema ist an sich eine bekannte Banalität, die von einigen Autoren konsequent angewendet wird. Freilich dient die Untersuchung gerade der Betonung der Richtigkeit dieses grundlegenden Schemas – was angesichts der Vielzahl von verwirrenden Prüfprogrammen dringend notwendig erscheint. Kritisch konstatierend auch schon *Butzer*, RdA 1994, 375, 376.

Arbeitsbedingungen ist.⁵⁵⁶ *Dieterich* hält „die Tarifaufonomie selbst [für] eines der Instrumente, mit denen der Gesetzgeber seine Schutzpflicht erfüllt“.⁵⁵⁷ *Fastrich* hat untersucht, ob eine Inhaltskontrolle des Arbeitsvertrages entbehrlich sein kann, weil die „Instrumente des kollektiven Arbeitsrechts“, namentlich der Tarifvertrag, selbst ein entsprechendes (vorrangiges) Schutzkonzept darstellen.⁵⁵⁸ *Löwisch/Rieble* weisen darauf hin, dass sich der gleiche Gedanke auch in der ESC findet, die „in Art. 4 Abs. 2 auf Gesamtarbeitsverträge“ zur Erreichung von „gerechten Arbeitsbedingungen“, insbesondere [...] ‚gerechtes Arbeitsentgelt‘ (Art. 2, Art. 4)⁵⁵⁹ verweist.

Inwieweit die Tarifaufonomie im Einzelfall ein vorrangiges Schutzkonzept ist, kann nur durch die Auslegung des Schutzgutes der maßgeblichen Normen ermittelt werden. Hierbei sind zwei Fehler zu vermeiden, die bereits kritisiert wurden.⁵⁶⁰ Zum einen darf nicht pauschalisierend gearbeitet werden, so dass die Tarifaufonomie nicht jede Fallgruppe des § 138 Abs. 1 BGB als *lex specialis* verdrängt. Daneben darf nicht jeder gewünschte Inhalt in Art. 9 Abs. 3 GG projiziert werden. Zurückhaltung ist geboten, wenn nicht hinreichend durch Rechtsprechung und Rechtswissenschaft herausgearbeitet ist, dass die Tarifaufonomie wirklich dem Schutzgut dient.

c. Verstoß gegen höherrangiges Recht

Anwendbare Normen können die kollektive Koalitionsfreiheit grundsätzlich begrenzen. Dann stellt sich in einem letzten Schritt die Frage ihrer Verfassungskonformität; Maßstab ist Art. 9 Abs. 3 GG. Dessen Schutzbereich ist eröffnet, wenn koalitionsspezifische Tätigkeiten (gerichtlich) kontrolliert werden. Auch wenn eine gerichtliche Beurteilung regelmäßig nur inzident in einem Urteilsverfahren über das durch den Tarifvertrag beeinflusste Arbeitsverhältnis erfolgen wird⁵⁶¹, stellt dies nach dem modernen Eingriffsbegriff ebenfalls einen Eingriff dar.

Sowohl bei einfacher Rechtskontrolle, aber auch bei der Kontrolle anhand von Generalklauseln, den Grundrechten und dem arbeitskampfrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, handelt es sich nicht um „Ausgestaltungen“ von Art. 9 Abs. 3 GG, sondern um Eingriffe. Zum einen wird in der neueren Literatur zu Recht die Sinnhaftigkeit einer solchen Unterscheidung mangels klarer Abgrenzbarkeit und größeren Unterschieden in den

⁵⁵⁶ *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 525.

⁵⁵⁷ *Dieterich*, Grundrechtsbindung, S. 131.

⁵⁵⁸ *Fastrich*, Inhaltskontrolle, S. 193 ff; so wohl auch *Neumann*, RdA 2007, 71, 73.

⁵⁵⁹ Beide Zitate aus *Löwisch/Rieble*, Grundlagen Rn. 199.

⁵⁶⁰ Unter § 3 B. II, S. 126.

⁵⁶¹ Hierauf hat zu Recht schon *Söllner*, NZA 1996, 897, 904 f. hingewiesen.

Rechtsfolgen bezweifelt.⁵⁶² Zum anderen geht es bei der Ausgestaltung nur um die staatliche Bereitstellung derjenigen Instrumente, die zur Ausübung der Koalitionsfreiheit erforderlich sind⁵⁶³ oder um das Verhältnis der Tarifparteien zueinander.⁵⁶⁴ Bei der Schaffung von Grenzen für die Tarifinhaltsfreiheit handelt es sich allerdings vielmehr um Eingriffe in die prinzipiell hinreichend ausgestaltete Koalitionsfreiheit.

Schließlich müsste ein Eingriff verfassungsrechtlich zu rechtfertigen sein. Da Art. 9 Abs. 3 GG unter keinem ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt steht, kann ein Eingriff nur durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt werden. Abweichende Ansichten die etwa die Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG oder Art. 5 GG übertragen wollen⁵⁶⁵, werden heute kaum mehr vertreten. Selbst wenn sich ein Gut von Verfassungsrang finden lässt, muss der Eingriff noch verhältnismäßig, also geeignet, erforderlich und angemessen sein.

Ansonsten handelt es sich bei der Anwendung eines solchen Kontrollmaßstabes um eine *unverhältnismäßige Rechtskontrolle*. Ihr darf Tarifhandeln nicht unterworfen werden.

2. Begrenzter Darstellungszweck der Untersuchung

Anhand des dargestellten Systems soll im Folgenden untersucht werden, ob es bei der Kontrolle von Tarifhandeln anhand bestimmter, im Befund kritisierter, Kontrollmaßstäbe zu einer unverhältnismäßigen Rechtskontrolle von Tarifhandeln kommen kann.

Im Hinblick auf den begrenzten Ansatz der Untersuchung⁵⁶⁶ soll die Darstellung indes in zweierlei Hinsicht begrenzt werden.

a. Systematisierender Ansatz

Die Untersuchung will in erster Linie definieren, was Tarifizensur ist (unter § 2) und sie in den systematischen Kontext zu anderen Kontrollen von Tarifhandeln stellen. Insbesondere verfolgt sie nicht den Zweck, alle Einzelheiten etwa bei der Anwendung von §§ 138, 242 BGB oder der Grundrechtskontrolle von Tarifverträgen zu untersuchen. Wer die gängigen Kommentierungen hierzu aufschlägt, wird feststellen, dass jede ein

562 Deutlich etwa *Löwisch/Rieble*, Grundlagen Rn. 95 ff; statt aller ausführlich *Rieble*, Verfassungsfragen der Tarifeinheit, S. 76 ff; v. Münch/Kunig/Löwer, Art. 9 Rn. 75; offener hingegen *Greiner*, Pluralität, S. 106 ff.

563 v. Mangoldt/Klein/Starck/*Kemper*, Art. 9 Abs. 3 Rn. 108; Dreier/*Bauer*, Art. 9 Rn. 90 ff.

564 BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – NZA 1991,809, 811, juris-Rn. 45.

565 Unter § 2 E. II, S. 99.

566 Schon § 1 A, S. 23.

zelne dieser Fragen den Umfang einer Dissertation überschreiten würde.⁵⁶⁷ Ausführungen sind deshalb nur angezeigt, soweit sie für die Systematik der Tarifizensur notwendig sind.

b. Theoretischer Ansatz

Daneben liegt der Untersuchung ein theoretischer Ansatz zu Grunde. Es kann nur die „richtige Anwendung“ einer Norm durch ein Gericht bewertet werden. Daneben ist freilich eine absichtliche „Falschverwendung“ einer Norm durch ein Gericht möglich; *Fastrich* spricht hier zu Recht von einer „Zweckentfremdung“⁵⁶⁸. Auch *Söllner* hat darauf hingewiesen, dass manche Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes so im System nicht angelegt und damit exzessiv ist.⁵⁶⁹ Indes kann es bei der Systembildung nicht darum gehen, auch den möglichen Fehlgebrauch mitzuberücksichtigen; dies wäre vielmehr Aufgabe einer rechtsprechungsuntersuchenden Arbeit. Es soll bei der Darstellung eines theoretischen Systems bleiben, im Bewusstsein, dass in der Praxis (leider) die Grenzen verschwimmen.

C. Einfache Rechtskontrolle von Tarifhandeln

Zunächst ist zu untersuchen, ob es bei einer Kontrolle von Tarifhandeln an „gewöhnlichen Rechtsnormen“ zu einer unverhältnismäßigen Rechtskontrolle kommen kann. Unter „gewöhnlichen Rechtsnormen“ sollen alle einfachrechtlichen Normen verstanden werden, außer den bekannten Generalklauseln des BGB, die wegen ihrer Offenheit gesondert betrachtet werden.

I. Tatbestandliche Anwendbarkeit

Bei der Anwendbarkeit der einfachen Rechtskontrolle auf Tarifhandeln stellen sich zwei Fragen. Zum einen geht es darum, ob sich Tarifhandeln allgemein einer Rechtskontrolle stellen muss. Das BAG⁵⁷⁰ und der überwiegende Teil der Rechtswissenschaft⁵⁷¹ bejahen dies: dass die Tarifparteien nicht von der gewöhnlichen Kontrolle freigestellt seien, sei „eine Banalität“.⁵⁷²

⁵⁶⁷ Sich quasi exkulpierend auch schon *Säcker/Oetker*, Tarifautonomie, S. 1 ff.

⁵⁶⁸ *Fastrich*, Inhaltskontrolle, S. 22.

⁵⁶⁹ *Söllner*, NZA 1996, 897, 905.

⁵⁷⁰ Statt aller: BAG 12.3.1992 – 6 AZR 311/90 – NZA 1992, 938, 940, juris-Rn. 25.

⁵⁷¹ Schon *Richardi*, Richterrecht, S. 277; *Gamillscheg*, RdA 1968, 407, 409; *Kissel*, Arbeitskampfrecht, § 10 Rn. 51; *Fischinger*, Arbeitskämpfe, S. 164.

⁵⁷² *Schliemann*, Arbeitsgerichtliche Kontrolle, S. 592.

Daneben muss auch die konkrete Norm anwendbar sein. Angesichts der zahlreichen denkbaren Normen verbietet sich eine schematische Betrachtung. Grundsätzlich finden die meisten Normen aus dem BGB auch auf den normativen Teil von Tarifverträgen Anwendung. Umgekehrt sind manche Normen durch das TVG verdrängt, manche Normen mit Rücksicht auf den Doppelcharakter von Tarifverträgen⁵⁷³ nicht anwendbar, etwa die Vorschriften des BGB über die Rechtsfähigkeit oder Willensmängel.⁵⁷⁴ Auch ist oft umstritten, ob Recht tarifdispositiv ist.⁵⁷⁵

II. Tarifaufonomie als vorrangiges Schutzkonzept

Es ist nicht ersichtlich, dass die Tarifaufonomie *allgemein* vorrangiges Schutzkonzept gegenüber einer einfachen Rechtskontrolle sein könnte. Der Gesetzgeber verfolgt den Schutz ganz verschiedener Rechtsgüter, bei denen in den meisten Fällen kein Anhaltspunkt besteht, dass gerade Tarifnormen dieses Rechtsgut besser schützen würden.

Es geht wenn nur um Einzelfälle, bei denen ausnahmsweise Anlass für eine solche Vermutung besteht. In meinen Augen ist allerdings auch hier kein Fall ersichtlich. Dies gilt selbst für den staatlich festgesetzten Mindestlohn: natürlich ist grundsätzlich auch die Tarifaufonomie ein Instrument zur Erzielung angemessener Mindestentgelte.⁵⁷⁶ Allerdings gibt der Gesetzgeber durch die Schaffung spezieller Mindestlöhne zu erkennen, dass er im jeweiligen Bereich Tarifverträge gerade nicht als geeignetes Mittel zur Zielerreichung betrachtet. Womöglich wird sich die Entscheidung des Gesetzgebers als unverhältnismäßiger Ausgleich beider Rechtspositionen darstellen.⁵⁷⁷ Dies ändert trotzdem nichts daran, dass auf Grund der Entscheidung des Gesetzgebers die Tarifaufonomie kein vorrangiges Schutzkonzept im Sinne des hier vertretenen Prüfprogrammes ist.

III. Verstoß gegen höherrangiges Recht

Schließlich müsste diese Rechtsnorm wiederum mit höherrangigem Recht vereinbar sein. Maßgeblicher Kontrollmaßstab ist in erster Linie die Koalitionsfreiheit der Tarifparteien aus Art. 9 Abs. 3 GG. Aber auch das Verbot von Einzelfallgesetzen oder aber das Rechtsstaatsprinzip, das rückwirkenden Gesetzen Grenzen zieht, sind Kontrollmaßstab.

573 Zur „Chimäre zwischen Gesetz und Vertrag“ Thüsing/Braun, 1. Kapitel Rn. 58.

574 Ausführlich Thüsing/Braun, 1. Kapitel Rn. 60.

575 Ausführlich Säcker/Oetker, Tarifaufonomie, S. 172 ff.

576 In diese Richtung etwa BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86, 1 BvF 1/87, 1 BvF 2/87, 1 BvF 3/87, 1 BvF 4/87, 1 BvR 1421/86 – NZA 1995, 754, 756, juris-Rn. 109.

577 Unter § 3 C. III. 2. c. aa, S. 139.

In dieser systematisierenden Untersuchung kann nicht losgelöst vom konkreten Einzelfall gezeigt werden, wann eine Rechtsnorm unverhältnismäßig in die kollektive Koalitionsfreiheit eingreift. Es geht vielmehr darum, abstrakt Kontrollinstrumente aufzuzeigen, an denen Rechtsnormen zu messen sind. Gleichzeitig soll gezeigt werden, dass es keiner tarifrechtlichen Sonderdogmatik bedarf, sondern vielmehr allgemeine Kontrollinstrumente hinreichenden Schutz auch der kollektiven Koalitionsfreiheit gewährleisten.

1. Eingriff in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG

Zunächst könnte die Rechtsnorm bzw. ihre Anwendung in die kollektive Koalitionsfreiheit eingreifen, ohne dass dies gerechtfertigt wäre. Ein Eingriff in den Schutzbereich liegt regelmäßig vor.⁵⁷⁸ Dieser Eingriff müsste zu rechtfertigen sein. Art. 9 Abs. 3 GG ist vorbehaltlos gewährleistet.⁵⁷⁹ Vorbehaltlose Grundrechte können nur zum Schutz eines kollidierenden Rechtsguts von Verfassungsrang beschränkt werden.⁵⁸⁰ Angesichts der Vielfalt der Rechtsgüter wird dies regelmäßig der Fall sein.⁵⁸¹ Umgekehrt kann sich eine Rechtskontrolle anhand von einfachem Recht schon deshalb als unrechtmäßige (und damit im hier bewusst verkürzenden Sprachgebrauch als unverhältnismäßige) Rechtskontrolle darstellen.

2. Schranken-Schranke: Verhältnismäßigkeit

Auch wenn der Gesetzgeber ein Rechtsgut von Verfassungsrang schützen will, muss er bei einem Eingriff die „Schranken-Schranken“ beachten. Die gewichtigste ist die Grenze der Verhältnismäßigkeit: nur geeignete, erforderliche und angemessene Eingriffe werden ihr gerecht.⁵⁸²

a. Geeignetheit

Die Norm muss zum Schutz des Rechtsguts von Verfassungsrang geeignet sein. Hieran wird es regelmäßig nicht fehlen, zumal der Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des BVerfG eine Einschätzungsprärogative hat.⁵⁸³ Im Ergebnis wird eine Norm nur bei offensichtlicher Ungeeignetheit beanstandet werden.

⁵⁷⁸ § 2 E. I, S. 98.

⁵⁷⁹ § 2 E. II, S. 99.

⁵⁸⁰ Statt aller HGR III/*Papier*, § 64 Rn. 87.

⁵⁸¹ Unter § 2 E. II, 1, S. 99.

⁵⁸² Ausdrücklich v. Mangoldt/Klein/Starck/*P.M. Huber*, Art. 19 Abs. 2 GG, Rn. 178: bei der Koalitionsfreiheit gibt es nur zwei Schranken-Schranken, nämlich die Verhältnismäßigkeit und den Wesensgehalt.

⁵⁸³ Unter § 2 E. II, 2. a, S. 101.

b. Erforderlichkeit

Die Norm müsste daneben für den Schutz des Rechtsguts von Verfassungsrang erforderlich, also das mildeste gleichgeeignete Mittel sein. Auch auf Ebene der Erforderlichkeit steht dem Gesetzgeber nach dem BVerfG eine Einschätzungsprärogative zu⁵⁸⁴, so dass nicht schon jeder Zweifel zum Mangel an der Erforderlichkeit führt, sondern eine Beanstandung nur in offensichtlichen Fällen stattfindet.

In den meisten Fällen wird eine Norm deshalb nicht an der mangelnden Erforderlichkeit scheitern. Hier liegt der deutlichste Unterschied zwischen der Tarifizensur als staatlicher Tarifregelungsanmaßung und der unverhältnismäßigen Rechtskontrolle. Während erstere regelmäßig selbst unter Beachtung einer Einschätzungsprärogative nicht erforderlich ist, da eine Kassation zumeist das mildere, gleich geeignete Mittel ist⁵⁸⁵, ist letztere regelmäßig erforderlich.

Anders verhält es sich bei Rechtsnormen, die sehr weit und deshalb unbestimmt sind. Bei ihnen könnte man an einen Verstoß gegen Art. 19 Abs. 1 GG denken, der im Ergebnis allerdings nicht vorliegt.⁵⁸⁶ In der Sache geht es vielmehr um die fehlende Erforderlichkeit. Denn je weiter der Gesetzgeber sich von seinem „Schutzanlass“ entfernt, weitere Sachverhalte „im Vorbeigehen“ miterfasst, desto eher begründet er Zweifel an der Erforderlichkeit der Norm. Erforderlichkeit als Zwang zum mildesten gleichgeeigneten Eingriff heißt eben auch, mit dem juristischen Skalpell und nicht mit dem Fleischklopfer zu arbeiten.

aa. Billigkeitsverpflichtung

Stellte der Gesetzgeber das Tarifhandeln unter eine allgemeine Eingriffsklausel, wie „Tarifverträge sind rechtswidrig, wenn sie unbillig sind“, handelte es sich formal um Rechtskontrolle. Im Rahmen der Rechtfertigung müsste man fragen, welches Rechtsgut von Verfassungsrang der Gesetzgeber durch eine derart unbestimmte Norm schützen wollte. Sodann stellt sich die Frage, ob es milderes, gleichgeeignetes Mittel wäre, eine konkrete, zielgerichtete Norm zu erlassen. Je allgemeiner eine Rechtsnorm, desto weniger wahrscheinlich ist, dass der Gesetzgeber konkret ein Verfassungsgut schützen will und dass es für dessen Schutz auch erforderlich ist.⁵⁸⁷ Daran änderte in derart offensichtlichen Fällen auch eine Einschät-

584 Statt aller Maunz-Dürig/Grzeszick, Art. 20 VII, Rn. 122.

585 § 2 E. II. 2. b, S. 102.

586 Unter § 3 C. III. 3, S. 143.

587 In diese Richtung auch Löwisch/Rieble, § 1 Rn. 520: auch eine Generalklauselkontrolle sei mit der Tarifautonomie vereinbar, sofern sie nur „hinreichend justiziabel“ ist, also dem Richter nicht freie Hand bei der Tarifkorrektur lässt;

zungsprärogative des Gesetzgebers nichts, da die fehlende Erforderlichkeit offensichtlich ist.

bb. Beschäftigungsförderungspflicht

Ebenso ist der Gesetzesvorschlag der FDP zu bewerten, der den Tarifparteien aufgeben wollte, „Beschäftigungsförderung und –erhaltung zu beachten.“ Zwar wäre auch eine solche Vorgabe im TVG Rechtsnorm, anhand derer ein Tarifvertrag zu kontrollieren wäre. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit wird die Beschäftigungsförderung vor dem Hintergrund des Sozialstaatsprinzips ein Verfassungsgut sein, dessen Schutz der Gesetzgeber verfolgen darf. Allerdings ist auch hier die Erforderlichkeit zweifelhaft.⁵⁸⁸ Denn milder, als den Tarifparteien aufzugeben, „im Nebel zu stochern“ und nach beschäftigungsfördernden Tarifverträgen zu streben wäre es doch, dass der dazu berufene Staat selbst festlegt, welche konkreten Handlungsanforderungen er stellt. Ähnlich auch die Literatur: gerade die Unkalkulierbarkeit und damit Unzumutbarkeit einer solchen Norm für die Koalitionen treiben *Dieterich* dazu, hierin eine „Tarifzensur“ zu sehen.⁵⁸⁹

cc. Staatliche Tarifgenehmigung

Je nach Konstruktion kann auch ein staatliches Tarifgenehmigungserfordernis eine unverhältnismäßige weil nicht erforderliche Rechtskontrolle sein. Um Tarifzensur handelt es sich hierbei indes nicht, da die Genehmigungsbehörde selbst keine Tarifynhalte setzt – sondern vielmehr Tarifynhalten ihre Geltung versagt. Indes kann eine solche Rechtskontrolle unerforderlich sein, wenn sie, wie etwa einige der früheren Länder-TVG zu weit und bestimmt ist.⁵⁹⁰ So sah § 3 Nr. 2 des Badischen TVG⁵⁹¹ ein Ablehnungsrecht sowohl bei Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot vor, daneben aber auch, falls der „Inhalt des Tarifvertrages wichtige Interessen des Gemeinwohls auf dem Gebiet der Lohn- und Preispolitik gefährdet.“ Während die erste Variante zur Wahrung gewichtiger Rechtsgüter wohl erforderlich wäre, fehlt es an der Erforderlichkeit eines letztlich freien Tarifgenehmigungs- und Ablehnungsrechts bei Gefährdung des Gemeinwohls. Insoweit müsste die Norm konkreter gefasst werden.

skeptisch zu einer „umfassenden Kontrollbefugnis“ auch *Jordan*, Entgeltdiskriminierung, S. 83.

⁵⁸⁸ Zweifelnd auch *Dieterich*, RdA 2002, 1, 10, 14.

⁵⁸⁹ *Dieterich*, RdA 2002, 1, 17.

⁵⁹⁰ Schon unter § 1 C. II. 3. a, S. 56.

⁵⁹¹ Badisches Landesgesetz vom 23.11.1948, Badisches GVBl 1948 Nr. 42, S. 215 ff.

Anders ist das inzwischen entfallene Genehmigungserfordernis nach § 3 Abs. 2 BetrVG a.F. zu beurteilen.⁵⁹² Dessen Tatbestandsvoraussetzungen sind trotz Abstellens auf ausfüllungsbedürfte Rechtsbegriffe letztlich konkreter und können vor allem mit den bekannten Auslegungsmethoden aus dem Gesetzeszusammenhang entwickelt werden.

dd. Tarifdispositives Recht

Zweifel an der Erforderlichkeit wirft auch jene Ansicht auf, die Tarifverträge, die von tarifdispositivem Recht abweichen, dahingehend untersuchen möchte, ob sie den Gerechtigkeitsgedanken des Gesetzes bzw. dessen Ordnungsgrundsätze hinreichend abgebildet haben.⁵⁹³

Zunächst ist auch hier fraglich, ob eine solche „Abweichungsschranke“ für Tarifverträge erforderlich ist. Wenn der Gesetzgeber selbst ein Normallevel vorschreibt, gleichzeitig die Abweichung gestattet, dann sollte man erwarten, dass er die „Bandbreite“ der zulässigen Abweichung selbst festlegt. So ist es etwa in § 7 ArbZG geschehen. Für die Tarifparteien ist stets milderes Mittel, dass die Begrenzung ihres Handelns konkret festgelegt wird: sie müssen nicht spekulieren. Dass es für den Gesetzgeber womöglich un bequem ist, Farbe bekennen und konkrete Grenzen der Abweichung festzulegen zu müssen, führt allein nicht dazu, dass eine offene Generalklausel stets das geeignetere Mittel wäre. Selbst eine staatliche Genehmigungspflicht einer solchen Abweichung wäre milder, da sie die Tarifparteien und die Normunterworfenen vom Damoklesschwert der rückwirkenden Unwirksamkeit der Abweichung vom tarifdispositiven Recht befreite.⁵⁹⁴ Offener als hier sehen dies *Löwisch/Rieble*, die hinnehmen wollen, dass das „tarifdispositive Recht [...] den Tarifvertrag auf gesetzliche ‚Prinzipien‘ verpflichten“ kann.⁵⁹⁵

Daneben ist zweifelhaft, ob man eine „Abweichungsschranke“ für Tarifverträge aus tarifdispositivem Recht herauslesen kann, ohne dass es hierfür konkrete Anhaltspunkte gibt. Denn selbst wenn man dem Gesetzgeber das Recht zugestünde, eine solch unbestimmte Abweichungsschranke vorzusehen, so muss sie wegen der starken Auswirkung auf die Tarifautonomie zumindest ausdrücklich vorgesehen werden. Letztlich besteht auch kein

592 Statt aller ausführlich *Richardi*, BetrVG 7. Auflage, § 3 Rn. 48 ff; zur jetzigen Rechtslage noch unter § 3 C. III. 2. b. dd, S. 137.

593 Ausführlich, auch zum ideengeschichtlichen Hintergrund *Säcker/Oetker* S. 234; aus neuer Zeit etwa wieder *Riechert*, NZA 2013, 303, 304, der dies gerade nicht als „Tarifzensur“ begreifen möchte.

594 Zu den weitreichenden sozialrechtlichen und strafrechtlichen Folgen schon *Rieble/Vielmeier*, ZIP 2011, 789.

595 *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 940; wohl auch *Wiedemann*, TVG Einleitung Rn. 388.

Anlass, da die Grundrechte der Tarifunterworfenen, die auch die Tarifparteien binden⁵⁹⁶, einen hinreichend justiziablen Mindestschutz bieten.⁵⁹⁷

Nicht rein deutschrechtlich zu beantworten ist, ob Tarifverträge im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung nur dann zu Ungunsten der Leiharbeiter von den wesentlichen Arbeitsbedingungen beim Entleiher abweichen dürfen, wenn sie den „Gesamtschutz der Leiharbeiter“ beachten.⁵⁹⁸ Anlass für diese Ansicht ist Art. 5 Abs. 3 der Leiharbeitsrichtlinie⁵⁹⁹, der eine solche Vorgabe impliziert. In § 5 wird indes zu untersuchen sein, ob auch im europäischen Recht die Erforderlichkeit verlangt, dass der Gesetzgeber selbst Abweichungsgrenzen benennt und keine konturlose Beanstandungsnorm schafft.

Unproblematisch ist indes, dass § 3 BetrVG für die Schaffung abweichender Betriebsstrukturen durch Tarifvertrag als Grenze vorschreibt, dass diese etwa „einer sachgerechten Wahrnehmung der Interessen der Arbeitnehmer dient.“ Zwar ist auch dieser Kontrollmaßstab relativ weit, doch deutlich konturierter als eine reine „Billigkeitskontrolle“⁶⁰⁰; dass Rechtsbegriffe durch Auslegung mit Leben zu füllen sind, ist nicht ungewöhnlich. Die Regelung der Betriebsverfassung liegt eher am Rande der üblichen tariflichen Regelungsgegenstände (hierzu sogleich) und gleichzeitig erfordern gewichtige Rechtsgüter (etwa der anderen Arbeitnehmer⁶⁰¹) eine gerichtliche Kontrolle als Ersatz für das frühere Genehmigungserfordernis. Mithin handelt es sich um eine echte Rechtskontrolle⁶⁰², die die Gerichte vorzunehmen haben.⁶⁰³

c. Angemessenheit

Gerade „offenen“ Rechtsnormen kann es schon an der Erforderlichkeit mangeln; im Übrigen wird diese angesichts der weiten Einschätzungsprerogative des Gesetzgebers regelmäßig gegeben sein. In diesen Fällen geht

596 § 3 E, S. 165.

597 Deshalb zu Recht ablehnend als „Tarifzensur“: *Otto*, Tarifzensur und Arbeitskampf, S. 671.

598 *Schüren/Hamann*, AÜG § 9 Rn. 171; umfassend *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 941.

599 Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit.

600 Einschränkung der hingegen GK-BetrVG/*Franzen*, § 3 Rn. 7.

601 Hier auf zu Recht auch hinweisend nun BAG 13.3.2013 – 7 ABR 70/11 – juris, Rn. 42; kritisch insoweit etwa *Richardi*, § 4 BetrVG Rn. 37.

602 Nicht etwa um eine Tarifzensur, da die Gerichte es auch bei einer Beanstandung belassen und nicht etwa selbst die Betriebsstrukturen festlegen; anders aber DKK/*Trümmer*, § 3 Rn. 216; wie hier auch BAG 13.3.2013 – 7 ABR 70/11 – juris, Rn. 32.

603 *Richardi*, § 4 BetrVG Rn. 95; GK-BetrVG/*Franzen*, § 3 Rn. 8; enger DKK/*Trümmer*, § 3 Rn. 216: nur bei groben Fehlern.

es darum, ob die Rechtskontrolle auch verhältnismäßig im engeren Sinne ist. Auch hier verbietet sich jede pauschalisierende Betrachtung.⁶⁰⁴ Ebenso wenig kann eine abstrakte Rangordnung von Verfassungswerten aufgestellt werden.⁶⁰⁵ Vielmehr ist Aufgabe, im Einzelfall praktische Konkordanz zwischen ihnen herzustellen.⁶⁰⁶ Während manche Untersuchungen es deshalb bei der Feststellung des Einzelfallbezuges belassen⁶⁰⁷, versuchen andere zumindest eine ansatzweise Systematisierung⁶⁰⁸. Um hierzu einen Beitrag zu leisten, sollen einige Bewertungskriterien dargestellt werden, die bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit von Eingriffen in die Koalitionsfreiheit relevant werden können. Diese sind weder abschließend zu verstehen noch starr im Sinne einer klaren Abgrenzbarkeit.

Folgt man dem Ansatz von *Jarass*⁶⁰⁹, so sind zunächst „die Auswirkungen des Eingriffs auf die Rechtsgüter des Betroffenen zu erheben“ unter Berücksichtigung von „Art und Schwere der Beeinträchtigung“. In einem zweiten Schritt geht es um das zu schützende Rechtsgut, namentlich dessen „Rang“ und „Intensität seiner Gefährdung“. In einem dritten Schritt will *Jarass* zwischen beiden abwägen und hierbei verlangen, dass „die verfolgten Zwecke umso gewichtiger sein müssen, je mehr in das fragliche Rechtsgut eingegriffen wird.“ Die zweite und dritte Stufe der Prüfung können nicht weiter betrachtet werden, da es hierbei auf das konkret verfolgte Rechtsgut ankommt. Die erste Stufe hingegen verdient weitere Betrachtung.

aa. Grad der Beeinträchtigung der Tarifautonomie

Auch eine Rechtskontrolle kann die Tarifautonomie schwerwiegend beeinträchtigen. Zwar wird diese Beeinträchtigung milder ausfallen als bei der Tarifizensur, bei der den Tarifparteien kein Handlungsspielraum mehr verbleibt.⁶¹⁰ Aber auch bei der Rechtskontrolle kann sich die Beeinträchtigung verdichten.

Hierbei geht es um zwei verschiedene Fallgruppen. Zum einen wiegt die Beeinträchtigung der Tarifautonomie schwerer, wenn der Staat im Bereich des „klassisch tariflichen Hausgutes“ Rechtsnormen setzt, als wenn er dies in „Nebenmaterien“ tut.⁶¹¹ Will der Gesetzgeber zum Schutz der Arbeit-

604 Konstatierend auch HGR III/*Bethge*, § 72 Rn. 76; HGR III/*Papier*, § 64 Rn. 20.

605 HGR III/*Bethge*, § 72 Rn. 82.

606 HGR III/*Papier*, § 64 Rn. 17.

607 Etwa Maunz-Dürig/*Grzeszick*, Art. 20 VII, Rn. 117 ff.

608 *Jarass/Pieroth*, Art. 20 Rn. 86a.

609 *Jarass/Pieroth*, Art. 20 Rn. 86a.

610 Unter § 2 C. I. 2. b, S. 83.

611 So auch schon BVerfG 24.4.1996 – 1 BvR 712/86 – BVerfGE 94, 268, 284, 287, juris-Rn. 103, 114; Begriff auch schon bei *Dieterich*, Tarifautonomie, S. 30;

nehmer technische Details der betrieblichen Altersvorsorge der sächsischen Gebäudereiniger verbindlich festlegen, ist dies womöglich eher rechtmäßig, als wenn er Mindestlöhne für die bayerische Metallindustrie festlegen will. Gleiches gilt dort, wo die Tarifautonomie gerade eine bestimmte „Sondererlaubnis“ für die Tarifparteien schaffen will, etwa das Streikrecht oder den Vorrang vor dem Kartellrecht⁶¹². Die Abgrenzung des „Hausguts“ von anderen Materien ist sicher nicht trennscharf möglich. Ein denkbarer Ansatz ist, ob die Materie von den Tarifparteien „üblicherweise geregelt“ wird.⁶¹³ Womöglich könnte man auch – wie in der ähnlichen Situation der Reichweite der Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG – die Regelungsmaterien weitgehend freilassen, „die nach der historischen Entwicklung das Erscheinungsbild der Selbstverwaltung prägen“.⁶¹⁴ Zu eng wird man hier allerdings nicht auslegen dürfen, da die Verhältnismäßigkeitsprüfung sonst gleichlaufend wäre mit der Wesensgehaltsgarantie.⁶¹⁵ Letztlich ist eine eindeutige Zuordnung nicht notwendig, da auch in Nebenmaterien nicht jeder Eingriff unbeanstandet bleibt. Richtig gehandhabt geht es vielmehr darum, bei Beeinträchtigungen des „Hausguts“ gesteigerte Anforderungen an den mit der Rechtskontrolle verfolgten Zweck zu stellen. Auch hier verbietet sich jede schwarz-weiß-Betrachtung.⁶¹⁶

Daneben geht es um die Fälle, in denen zwar nicht das „Hausgut“ der Tarifparteien beschränkt wird, allerdings die Anzahl der staatlichen Vorga-

Stütze, Entgelthöhe, S. 366; v. Münch/Kunig/Löwer, Art. 9 Rn. 79: „im eigentlichen Kern der Tarifautonomie – dem Preis für die Arbeit – sind legitimatorisch hinreichend gewichtige Gründe zur gesetzlichen Intervention aus herkömmlicher Sicht kaum denkbar.“; wohl auch *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 942; ausführlich Maunz-Dürig/Scholz, Art. 9 Rn. 261 ff.

612 Hierzu ausführlich *Serr*, Privative Tariftreue; *Kocher*, AuR 2008, 13, 15.

613 Differenzierend auch schon BVerfG 27.4.1999 – 1 BvR 2203/93, 897/95 – NZA 1999, 992, 994, juris-Rn. 62 ff; wieder BVerfG 3.4.2001 – 1 BvL 32/97 – NZA 2001, 777, 779, juris-Rn. 54 ff; *Neumann*, RdA 2007, 71, 72; in diese Richtung auch *JKO/Krause*, § 1 Rn. 91; ähnlich *Jarass/Pieroth*, Art. 9 Rn. 51; v. Münch/Kunig/Löwer, Art. 9 Rn. 78 f: „im eigentlichen Kern der Tarifautonomie – dem Preis für die Arbeit – sind legitimatorisch hinreichend gewichtige Gründe [...] kaum denkbar.“; umfassende Gedanken auch bei *Maschmann*, Tarifautonomie, S. 267 ff.

614 Etwa *Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen*, Öffentliches Recht in Bayern, S. 94; skeptisch wohl v. Mangoldt/Klein/Starck/*Kemper*, Art. 9 Rn. 155.

615 § 3 C. III. 3, S. 144.

616 Weshalb auch ein Drei-Stufen-Modell, wie *Stütze*, Entgelthöhe, S. 365 ff vertritt zu starr ist. Umfassend und richtig *Umbach/Clemens/Gneiting*, Art. 9 III GG Rn. 143 ff; im Übrigen scheint auch das BVerfG (BVerfG 24.4.1996 – 1 BvR 712/86 – BVerfGE 94, 268, 284 ff) dies nicht so schemenhaft zu sehen; auch noch unter § 3 B. III, S. 126.

ben derart ansteigt, dass den Tarifparteien kaum mehr substantieller Vereinbarungsspielraum bleibt.⁶¹⁷ Je enger dieser Spielraum schon ist, desto höhere Begründungsanforderungen sind an eine weitere zwingende Norm zu stellen. Hier soll es nicht um das Zugestehen einer abstrakten Normsetzungsprärogative gehen, deren Existenz in der Tat sehr fraglich ist.⁶¹⁸ Vielmehr ist – mit *Scholz*⁶¹⁹ – zu fordern, dass im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung verstärkt die grundgesetzliche Entscheidung für die maßgebliche Existenz privatautonomer Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen berücksichtigt wird. Über das Ergebnis scheint Einigkeit zu bestehen, denn auch wenn es zumeist nicht tiefgreifend begründet wird, wollen die meisten Autoren dem Staat nicht gestatten, die Tarifparteien flächendeckend durch zwingendes staatliches Recht aus der Normsetzung zu verdrängen.⁶²⁰

Hinter beiden Erwägungen steckt der Gedanke der Wesensgehaltsgarantie der Grundrechte, die in Art. 19 Abs. 2 GG ihre speziell geregelte äußerste Grenze gefunden hat, aber auch schon im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen ist.⁶²¹ Denn die Vorgabe, beide Werte von Verfassungsrang in praktische Konkordanz zu bringen, wird regelmäßig dann verfehlt, wenn ein Wert vollständig zurücktreten muss – oder aber dergestalt, dass von seinem eigentlichen Zweck kaum mehr etwas bleibt. Dies ist dann der Fall, wenn entweder allgemein der Spielraum der Tarifparteien derart verengt wird, dass kaum mehr Regelungsspielraum verbleibt – oder aber bereits im Einzelfall, wenn eine wesentliche Einzelmaterie abschließend geregelt wird. Beides ist nicht per se unverhältnismäßig, allerdings muss der verfolgte Zweck hier sehr gewichtig sein.

bb. Einzelfallgesetze

Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne beschränkt sich nicht nur auf den Grad der Beeinträchtigung der maßgeblichen Rechtsgüter; vielmehr gibt es weitere ausschlaggebende Gesichtspunkte.

617 In diese Richtung auch ausführlich *Löwisch/Rieble*, Grundlagen Rn. 178 ff sowie § 1 Rn. 942 f; *MüArbR/Löwisch/Rieble*, § 157 Rn. 36; *Däubler*, TVG Einleitung Rn. 137; v. Mangoldt/Klein/Starck/*Kemper*, Art. 9 Rn. 153.

618 Zu Recht ablehnend hierzu etwa Maunz-Dürig/*Scholz*, Art 9 Rn. 271 mwN; Stern/*Dietlein*, Staatsrecht § 112 S. 2004 ff.

619 HStR VIII/*Scholz*, § 175 Rn. 43; ebenso *Butzer*, RdA 1994, 375, 379, 383; ausdrücklich auch zu Art. 170 Bayerischen Verfassung: *Lindner/Möstl/Wolff*, Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 170 Rn. 12.

620 Etwa JKO/*Krause*, § 1 Rn. 95; ebenso ausführlich v. Mangoldt/Klein/Starck/*Kemper*, Art. 9 Abs. 3 Rn. 152; auch schon wohl 46.DJT/*Herschel*, D. 31.

621 § 3 C. III. 4, S. 144.

Hat etwa eine Norm den Charakter eines Einzelfallgesetzes, sind gesteigerte Anforderungen an ihre Verhältnismäßigkeit zu stellen. Damit kann über bekannte Instrumente auch die Rechtmäßigkeit des (fiktiven) Gesetzes bemessen werden, mit dem der Gesetzgeber konkret einen bestimmten missliebigen Tarifvertrag ausschalten möchte. Eine tarifrechtliche Sonderdogmatik – etwa unter dem Stichwort „Tarifzensur“ – ist nicht erforderlich.

Ein solches in die Tarifaufonomie eingreifendes „Einzelfallgesetz“ wäre hingegen nicht an Art. 19 Abs. 1 GG zu messen. Das BVerfG hat bereits 1968 – kritisiert von der Verfassungsrechtswissenschaft⁶²² – entschieden⁶²³, dass die Norm nur für Grundrechte mit einem spezifischen Gesetzesvorbehalt gilt, zu denen Art. 9 Abs. 3 GG nicht zählt. Trotzdem besteht Einigkeit, dass das Grundgesetz auch außerhalb des eng verstandenen Anwendungsbereichs von Art. 19 Abs. 1 GG Schutz vor Einzelfallgesetzen gewährleistet. Die Autoren, die Art. 19 Abs. 1 GG nur als Unterfall des allgemeinen Gleichheitssatzes sehen⁶²⁴, sind der Ansicht, einem solchen in Grundrechte eingreifenden Gesetz fehle es entweder schon an der Verhältnismäßigkeit oder aber es verstoße gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG.⁶²⁵ *Degenhardt* ist daneben der Ansicht, ein nicht allgemeines Gesetz könne gerade nicht zur Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen herangezogen werden. Art. 19 Abs. 1 GG sei lediglich ein konkretes Beispiel dieses allgemein aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Schutzgedankens.⁶²⁶

Letztlich ermöglicht eine Berücksichtigung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit eine flexible Handhabung: ein in die Tarifaufonomie eingreifendes Einzelfallgesetz wäre nicht automatisch verfassungswidrig. Allerdings muss man höchste Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit stellen und so dem Gesetzgeber ein solches Gesetz nur in Sondersituationen gestatten.

cc. Rückwirkende Gesetze

Ein weiterer Aspekt ist, ob eine Rechtsnorm rückwirkend in Tarifverträge eingreift. Manche Autoren betrachten diesen Aspekt als eigene Schranken-Schranke⁶²⁷, während die vorzugswürdige Ansicht – unter Verweis auf das

622 Sehr deutlich etwa v. Mangoldt/Klein/Starck/*P.M.Huber*, Art. 19 Abs. 1 GG, Rn. 42ff. mwN; Maunz-Dürig/*Remmert*, Art 19 Abs. 1 Rn. 30.

623 BVerfG 18.12.1968 – 1 BvR 638/64, 1 BvR 673/64, 1 BvR 200/56, 1 BvR 238/56, 1 BvR 249/56 – BVerfGE 24, 367, 396, juris-Rn. 101.

624 Ausführlich v. Mangoldt/Klein/Starck/*P.M.Huber*, Art. 19 Abs. 1 GG, Rn. 16 ff.

625 Mit weiteren Nachweisen *Krausnick*, JuS 2007, 991, 994.

626 *Degenhardt*, AfP 2006, 103, 106.

627 HGR III/*Kunig*, § 69 Rn. 17 ff.

BVerfG⁶²⁸ – auch die Rückwirkung als Unteraspekt der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne versteht.⁶²⁹ Letztlich kommt es hierauf nicht an. Die Rechtsordnung stellt zumindest hinreichende Instrumente zur Verfügung, um die Rechtmäßigkeit eines Gesetzes zu bewerten, mit denen der Gesetzgeber rückwirkend in Tarifverträge eingreift. Auch hier bedarf es also keiner Sonderdogmatik unter dem Stichwort „Tarifzensur“.

Ob eine Rechtsnorm an der im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigenden Rückwirkung scheitert, lässt sich nicht abstrakt, sondern nur im Einzelfall beurteilen. Wie bekannt unterscheidet das BVerfG zwischen der echten und unechten Rückwirkung (bzw. Rückbewirkung von Rechtsfolgen und tatbestandliche Rückanknüpfung).⁶³⁰ Während erstere regelmäßig unzulässig ist, außer das Vertrauen war nicht schützenswert, ist letztere regelmäßig zulässig, außer die Abwägung zwischen Vertrauen des Normunterworfenen und öffentlichen Interesse an Änderung fällt ausnahmsweise zu Gunsten des Normunterworfenen aus.⁶³¹

3. Schranken-Schranken Wesentlichkeitslehre

Schaffte der Gesetzgeber zum Schutz eines Rechtsguts von Verfassungsrang eine äußerst unbestimmte Generalklausel, um so den Arbeitsgerichten eine freie Beanstandung von Tarifhandeln zu ermöglichen, könnte man an einen Verstoß gegen die Wesentlichkeitslehre des BVerfG denken. Nach dieser müssen bei Grundrechtseingriffen zumindest die wesentlichen Entscheidungen durch den Gesetzgeber getroffen werden und dürfen nicht an Verwaltung oder Rechtsprechung delegiert werden.⁶³² Dies bedeutet letztlich auch, dass ein solches Gesetz hinreichend bestimmt sein muss.⁶³³

Allerdings soll die Wesentlichkeitslehre nach der äußerst umstrittenen Rechtsprechung des BVerfG nicht bei zivilrechtlichen Konflikten von

628 Etwa BVerfG 7.7.2010 – 2 BvL 14/02, 2 BvL 2/04, 2 BvL 13/05 – NJW 2010, 3629, Rn. 58.

629 *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II, Rn. 305; *Hufen*, Grundrechte, S. 120; andeutend für den Eingriff in laufende Tarifverträge *Butzer*, RdA 1994, 375, 384 f, der ebenfalls ein tarifrechtliches Sonderregime explizit ablehnt; *Wiedemann*, TVG Einleitung Rn. 111 ff; wie hier mit umfassender Kritik an der dogmatischen Verankerung anderer Ansichten *Maschmann*, Tarifautonomie, S. 276 ff; 294 ff.

630 Ausführlich v. Mangoldt/Klein/Starck/Sommermann, Art. 20 Abs. 3 GG, Rn. 294.

631 v. Mangoldt/Klein/Starck/Sommermann, Art. 20 Abs. 3 GG, Rn. 296.

632 Statt aller *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II, Rn. 276 ff.

633 *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II, Rn. 278; offener v. Münch/Kunig/Schnapp, Art. 20 Rn. 39.

gleichgeordneten Grundrechtsträgern gelten⁶³⁴, so dass sie für die Rechtskontrolle von Tarifverträgen keine Schranken-Schranke darstellen kann. Man mag zu Recht kritisieren, dass auch hier eine arbeitsrechtliche „Sonderdogmatik“⁶³⁵ beschritten wird, die nicht zu einem geringeren Schutz, nur aber zu einem Schutz an anderer Stelle mit Verlust dogmatischer Vergleichbarkeit führt. Letztlich dürfte diese Schlacht allerdings geschlagen sein, so dass für diese Untersuchung schlicht davon auszugehen ist.

Indes bedeutet der Verzicht auf diese Schranken-Schranken nicht zwingend geringere Kontrollintensität. Denn wie dargelegt⁶³⁶ ruft eine zu geringe Regelungsdichte schon Zweifel an der Erforderlichkeit hervor.⁶³⁷

4. Schranken-Schranken Wesensgehalt

Art. 19 Abs. 2 GG normiert als (äußerste) Schranken-Schranke, dass in keinem Fall der Wesensgehalt eines Grundrechts angetastet werden darf. Ob die Vorschrift auch für vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte wie die Koalitionsfreiheit gilt, ist umstritten⁶³⁸, wird aber von der wohl überwiegende Ansicht wegen des Wortlautes bejaht.⁶³⁹ Einzelheiten der Wesensgehaltsgarantie sind ebenfalls umstritten und können hier nicht geklärt werden. Insbesondere ist fraglich, ob der Wesensgehalt generell oder individuell, absolut oder relativ bestimmt wird.⁶⁴⁰ Letztlich geht es aber nur um äußerste Grenzen, so dass sie nur in Einzelfällen relevant wird. Diese müssten dergestalt gelagert sein, dass das zu schützende Rechtsgut derart wichtig ist, dass selbst schwerwiegendste Eingriffe in die Tarifautonomie noch verhältnismäßig sind.⁶⁴¹ Dann würde Art. 19 Abs. 2 GG trotzdem eine äußerste Grenze normieren.

634 BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212, 226, juris-Rn. 40; *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II, Rn. 279; kritisch u.a. *Fischer*, RdA 2009, 287 ff.

635 Wörtlich *Dreier/Bauer*, Art. 9 Rn. 95; ablehnend *Sachs/Höfling*, Art. 9 Rn. 128b; kritisch aus jüngerer Zeit *Franzen/Thüsing/Waldhoff*, Arbeitskampf, S. 44 ff für das Arbeitskampfrecht; wie hier hinnehmend *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrechts, S. 145; dem BVerfG zustimmend hingegen *Stern/Dietlein*, Staatsrecht § 112 S. 2068 ff.

636 Unter § 3 C.III. 2. b, S. 135.

637 So auch ausdrücklich *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II, Rn. 325.

638 Ablehnend etwa *Jarass/Pieroth*, Art. 19 Rn. 8; *Butzer*, RdA 1994, 375, 384.

639 *Dreier/Dreier*, Art. 19 II Rn. 9; v. Mangoldt/Klein/Starck/*P.M.Huber*, Art. 19 Abs. 2 GG, Rn. 178; HGR III/*Leisner-Egensperger*, § 70 Rn. 43; HStR VIII/*Scholz*, § 175 Rn. 89; *Scholz*, SAE 1996, 320, 321.

640 Ausführlich zum Streitstand: HGR III/*Leisner-Egensperger*, § 70 Rn. 22; v. Mangoldt/Klein/Starck/*P.M.Huber*, Art. 19 Abs. 2 GG, Rn. 136 ff; *Jarass/Pieroth*, Art. 19 Rn. 9; einschränkend *Butzer*, RdA 1994, 375, 384.

641 Unter § 3 C. III. 2. c. aa, S. 139.

Es überrascht angesichts dieser geringen Praxisrelevanz, dass die verfassungsrechtliche Literatur den Zusammenhang zwischen Tarifautonomie und Art. 19 Abs. 2 GG speziell beleuchtet und versucht, diese äußerste Grenze zu bestimmen. *P.M.Huber* konstatiert eher zurückhaltend: „So erscheinen letztlich die Freiheit der Koalitionsbildung und ‚ihre Verhandlungsfähigkeit [...] bei Tarifauseinandersetzungen‘ als das unter dem Blickwinkel von Art. 19 Abs. 2 unerlässliche Schutzgutminimum der Koalitionsfreiheit.“⁶⁴² Weitergehend argumentiert *Leisner-Egensperger*: „Er könnte gerade beim Koalitionsgrundrecht fruchtbar gemacht werden, indem sowohl Grundstrukturen freier Koalitionsbildung als auch und insbesondere innerste Bereiche der Koalitionsbetätigung geschützt würden. Dabei wird dann allerdings die schwierige Frage auftauchen, wie weit gesetzlich ein Lohnstopp verordnet werden darf, oder auch ein Preisstopp, der notwendig zu einem Lohnstopp führt.“⁶⁴³ Insofern wird deutlich, dass gerade für die Fälle, in denen bisher ein staatlicher Eingriff zumindest in (wirtschaftlichen) Extremfällen als verhältnismäßig betrachtet wurde, die Wesensgehaltsgarantie ein zusätzlich zu berücksichtigender Kontrollmaßstab ist.

5. Einfluss von Art. 11 EMRK oder Art. 6 ESC

Auch europarechtliche Einflüsse erfordern kein abweichendes Ergebnis. Grundsätzlich könnte eine konventionsrechtskonforme Auslegung (unabhängig davon, dass Art. 11 EMRK nur als einfaches Bundesrecht wirkt⁶⁴⁴, Art. 6 ESC jede unmittelbare Wirkung fehlt⁶⁴⁵) dazu führen, dass ein zu geringes nationales Schutzniveau anzupassen wäre.

Allerdings wird zu Art. 11 EMRK lediglich erwogen, dass das nationale Streikrecht hinter der Konvention zurückbleibt; ebenso erscheint eine echte Tarifizensur vor ihrem Hintergrund fraglich.⁶⁴⁶ Dass die Konvention allerdings Schranken der Tarifinhaltsfreiheit engere Grenzen zöge als Art. 9 Abs. 3 GG, ist nicht ersichtlich und wird auch nicht vertreten.⁶⁴⁷ Mithin soll eine intensivere Auseinandersetzung mit Art. 11 EMRK ledig-

642 v. Mangoldt/Klein/Starck/*P.M.Huber*, Art. 19 Abs. 2 GG, Rn. 178.

643 HGR III/*Leisner-Egensperger*, § 70 Rn. 81.

644 BVerfG 4.5.2011 – 2 BvR 2333/08, 2 BvR 2365/09, 2 BvR 571/10, 2 BvR 740/10, 2 BvR 1152/10 – BVerfGE 128, 326, Ls. 2; *Meyer-Ladewig*, EMRK Art. 1 Rn. 4.

645 Ausführlich darstellend, wenn auch selbst anderer Ansicht: *Czycholl/Frieling*, ZESAR 2011, 322, 323 f.

646 Unter § 2 E. II. 3, S. 105.

647 Vielmehr ausdrücklich: „aus Art. 11 EMRK [ergeben sich] keine strengeren Maßstäbe für gesetzgeberisches Handeln [...] als sie im Zusammenhang mit Art. 9 Abs. 3 GG gelten“: *Waas*, AuR 2011, 93, 98.

lich im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprinzips als Grenze des Streikrechts untersucht werden.⁶⁴⁸

Hinsichtlich Art. 6 ESC wird durch den Europäischen Ausschuss für Soziale Rechte überprüft, ob die Lage in Deutschland hinter den Gewährleistungen zurückbleibt. Bezüglich der Tarifinhaltsfreiheit wird nichts beanstandet, so dass keine intensiveren Untersuchungen angezeigt sind.⁶⁴⁹

IV. Zwischenergebnis

Für das System von Tarifizensur und unverhältnismäßiger Rechtskontrolle bedeutet dies: die Kontrolle von Tarifverträgen anhand der allgemeinen Gesetze kann durchaus eine unverhältnismäßige Rechtskontrolle darstellen. Zum einen kann das Schutzgut nicht von Verfassungsrang sein, oder aber die Abwägung ist selbst bei Beachtung gesetzgeberischer Prärogativen unverhältnismäßig. Insbesondere zu weite oder zu unbestimmte neue Normen ohne tiefere Systematik werden regelmäßig zum Rechtsgüterschutz nicht erforderlich sein. Daneben wird es oft milderes Mittel sein, dass der Gesetzgeber selbst konkretisiert, welches Ergebnis er für richtig hält.

D. Tarifkontrolle durch Generalklauseln

Daneben ist zu untersuchen, ob es durch die Kontrolle von Tarifhandeln anhand von Generalklauseln zu einer „unverhältnismäßigen Rechtskontrolle“ kommen kann. Wie der Befund zeigt, werden auch die Generalklauseln verdächtigt, die Tarifparteien unverhältnismäßig einzuschränken. Je offener die Norm, desto weniger können sich die Tarifparteien danach ausrichten und desto freier ist der Richter in der Beanstandung. Mit Recht werden deshalb auch im bürgerlichen Recht die Generalklauseln in ihrer Wirkung auf die Privatautonomie gesondert beobachtet.⁶⁵⁰

Umgekehrt unterscheiden sich die bekannten Generalklauseln von speziellen (zumeist fiktiven) „Tarifvertragsgeneralklauseln“. Denn wo letztere vor allem auf Tarifverträge zielen, gelten die bürgerlichen Generalklauseln für alle Verkehrsteilnehmer gleich – und oft sogar auch außerhalb des bürgerlichen Rechts. Für sie gibt es inzwischen eine umfassende Kasuistik. Diese erfordert es, nicht pauschal eine Anwendung als Kontrollmaßstab für Tarifhandeln als unverhältnismäßig abzulehnen, sondern vielmehr konkret anhand der einzelnen Fallgruppen zu untersuchen.⁶⁵¹

⁶⁴⁸ Unter § 3 G. III. 3, S. 163.

⁶⁴⁹ *Buschmann/Lörcher*, Übersetzung ins Deutsche von Council of Europe – European Social Charter, December 2010, AuR 2011, 107, 111.

⁶⁵⁰ Unter § 3 B. I. 2. b, S. 125.

⁶⁵¹ Unter § 3 B. II, S. 126.

I. § 138 Abs. 1 BGB

Erste bedeutsame Generalklausel ist das Verbot sittenwidriger Rechtsgeschäfte, § 138 Abs. 1 BGB. Sind Tarifverträge am „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkender“ zu messen?

1. Tatbestandliche Anwendbarkeit

a. Rechtsgeschäft und Normcharakter

Es ist in Rechtsprechung und Literatur im Hinblick auf den Normcharakter umstritten, ob § 138 Abs. 1 BGB *grundsätzlich* ein Kontrollmaßstab für den normativen Teil von Tarifverträgen sein kann. Während das BAG früher die Anwendbarkeit verneint hat⁶⁵², lässt es nun die Frage offen, ist aber obiter skeptisch, da Tarifverträge keine Rechtsgeschäfte sondern Rechtsnormen seien.⁶⁵³ Umgekehrt seien Tarifverträge aber an die „elementare[n] Gerechtigkeitsanforderungen aus den Art. 2 Abs. 1, Art. 20 Abs. 1 GG“⁶⁵⁴ gebunden, so dass hierüber die gleichen Ergebnisse zu erzielen seien. Die Literatur ist gespalten: während manche Autoren eine Anwendung allgemein ablehnen⁶⁵⁵, gehen die namhaften Kommentare zum TVG – wenn auch ohne ausdrückliche Beleuchtung des normativen Charakters – von der Anwendbarkeit aus.⁶⁵⁶

Im Ergebnis ist dem BAG nicht zu folgen. Für die Skepsis spricht noch, dass bei § 138 Abs. 1 BGB tendenziell bereits der verwerfliche Inhalt, bei § 138 Abs. 2 BGB tendenziell darüberhinausgehend das verwerfliche Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts das Sittenwidrigkeitsverdikt hervorruft. Wenn es aber verstärkt auf den Inhalt ankommt, steht weniger das rechtsgeschäftliche Zustandekommen als vielmehr die normative Wirkung

652 BAG 25.3.1981 – 4 AZR 1012/78 – juris, Rn. 41; darstellend zur Rechtsprechungsentwicklung Call, NJ 2010, 89, 95.

653 BAG 24.3.2004 – 5 AZR 303/03 – NZA 2004, 971, 973, juris-Rn. 43.

654 BAG 24.3.2004 – 5 AZR 303/03 – NZA 2004, 971, 973, juris-Rn. 44; umfassend darstellend Nassibi, Lohndumping, S. 121 ff.

655 Etwa Thüsing/Braun, 1. Kapitel Rn. 60; Palandt/Ellenberger, § 138 Rn. 11.

656 Löwisch/Rieble, § 1 Rn. 521; Däubler/Schick, TVG Einleitung Rn. 321; Kempen/Zachert, Grundlagen Rn. 269; daneben ausdrücklich für eine Anwendbarkeit MüKoBGB/Armbrüster, § 138 Rn. 9, der dies insbesondere damit begründet, dass es anders als bei Gesetzen gerade kein Tarifnormenkontrollverfahren gibt; NK-BGB/Looschelders, § 138 Rn. 147; Otto, Tarifzensur und Arbeitskampf, S. 675 ff; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, S. 695, der gleichzeitig eine Kontrolle am Maßstab von § 242 BGB ablehnt; ausführlicher hingegen Franke, Lohnwucher, S. 234 f.; letztlich wohl auch LAG Berlin 29.1.2003 – 4 Sa 1456/02 – juris, Rn. 36.

von Tarifverträgen im Vordergrund, was eine abweichende Behandlung rechtfertigte.⁶⁵⁷

Umgekehrt sprechen die besseren Argumente für eine grundsätzliche Anwendbarkeit. Das Erfordernis des Rechtsgeschäfts in § 138 BGB beinhaltet keine bewusste Ausgrenzung privat gesetzter Normen, da das bürgerliche Recht diese Rechtsfigur nicht kennt und deshalb keine Behandlung erforderlich ist. So ist die Norm etwa auch im Öffentlichen Recht anwendbar, obwohl es auch hier nicht um Rechtsgeschäfte im engeren Sinne geht.⁶⁵⁸ Umgekehrt wendet das BAG auch zahlreiche andere Normen des BGB-AT auf den normativen Teil von Tarifverträgen an (etwa § 125 BGB⁶⁵⁹), obwohl sie auf das Rechtsgeschäft abstellen. Vielmehr ist durch Auslegung zu überprüfen, ob im Einzelfall eine unterschiedliche Behandlung angezeigt ist. Dies ist weder bei § 125 BGB noch bei § 138 Abs. 1 BGB *grundsätzlich* der Fall, da das BAG die gleichen Rechtsfolgen aus einer Bindung an Art. 2 Abs. 1, Art. 20 Abs. 1 GG herleiten möchte. Wenn geht es nur darum, ob bei einzelnen Fallgruppen eine abweichende Beurteilung angezeigt ist.

Auch führt eine Anwendung von § 138 Abs. 1 BGB zu einem einheitlichen Kontrollmaßstab für normativen und schuldrechtlichen Teil, da letzterer sich der Kontrolle anhand von § 138 Abs. 1 BGB stellen muss.⁶⁶⁰

Das Vorgehen des BAG ist auch wenig pragmatisch. Um Freiheitssicherung geht es nicht, da die gleiche Kontrolle über Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 1 GG durchgeführt werden soll. Umgekehrt steigt die Rechtsunsicherheit für die Tarifparteien. Zwar besteht auch zu § 138 Abs. 1 BGB keine einheitliche und unumstrittene Systematik, gleichwohl sind hier die einzelnen Bewertungselemente gut durchdrungen und in ein System gefasst. Sie sind deshalb vorhersehbarer als eine Prüfung anhand der sehr offenen Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 1 GG. Daneben müsste sich die Normanwendung durch das BAG dem Vergleich mit anderen Bundesgerichten stellen, Abweichungen müssten intensiver begründet werden. Auch dies sichert letztlich die Freiheit der Tarifparteien.⁶⁶¹

657 Anders aber Staudinger/Sack/Fischinger, § 138 Rn. 11; Däubler/Schick, TVG Einleitung Rn. 321; ebenso Rieble, Anmerkung zu BAG 4 AZR 129/96, S. 20; Stütze, Entgelthöhe, S. 478.

658 Kopp/Ramsauer, § 44 VwVfG Rn. 47 ff.

659 Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts wegen Formmangels; hierher entnimmt das BAG auch die Nichtigkeitsfolge, BAG 21.3.1973 – 4 AZR 225/72 – BAGE 25, 114, 121 f, juris-Rn. 32.

660 So auch, weil die Übergänge zwischen normativen und schuldrechtlichen Teil oft fließend seien Staudinger/Sack/Fischinger, § 138 Rn. 11.

661 Ähnlich Stütze, Entgelthöhe, S. 478.

b. Tarifvertrag als Mindestarbeitsbedingung

Daneben darf im Rahmen der tatbestandlichen Anwendbarkeit der Sittenverstoß nicht vorschnell im Tarifvertrag selbst entdeckt werden. Tarifverträge normieren die Rechtsbeziehungen der Arbeitsvertragsvertragsparteien gerade nicht umfassend, sondern wirken punktuell etwa auf Arbeitszeit oder das Arbeitsentgelt ein. Das Arbeitsverhältnis als solches kann weiterhin Objekt einer Sittenwidrigkeitskontrolle sein, weil es den Arbeitsvertragsparteien wegen des Günstigkeitsprinzips unbenommen bleibt, zu Gunsten des Arbeitnehmers abweichende Vereinbarungen zu treffen, § 4 Abs. 3 TVG. Zu Recht sehen deshalb etwa *Löwisch/Rieble* bei einem vermeintlich sittenwidrigen Tarifentgelt den Vorwurf weniger beim Tarifvertrag als vielmehr beim Arbeitsvertrag, der seinerseits das Tarifentgelt nicht aufstockt.⁶⁶²

c. Fallgruppen der Sittenwidrigkeit

§ 138 Abs. 1 BGB erklärt ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, für nichtig. Da die Norm verschiedene Schutzrichtungen hat, ist in der Rechtswissenschaft eine Einteilung der beweglichen Wertungselemente⁶⁶³ in drei „Fallgruppen“ verbreitet: zum einen die Sittenwidrigkeit zwischen den Parteien, zum anderen die Sittenwidrigkeit gegenüber Dritten und der Allgemeinheit, zuletzt den Schutz von nicht kommerzialisierbaren Gütern.⁶⁶⁴ Im Folgenden sollen die „Fallgruppen“ daraufhin untersucht werden, ob sie auf Tarifhandeln tatbestandlich anwendbar sind. Denn nur in diesem Fall ist zu untersuchen, ob es wegen Art. 9 Abs. 3 GG einer Korrektur bedarf.

aa. Sittenwidrigkeit zwischen den Parteien

Erste „Fallgruppe“ ist die Sittenwidrigkeit gegenüber der anderen Vertragspartei. In dieser setzt eine Vertragspartei zu ihren Gunsten und zu Lasten der anderen Vertragspartei einen Vertragsinhalt durch. Objektiv zeichnet sie sich durch ein auffälliges Missverhältnis von Leistung und

662 *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 525 f; anders *Däubler/Schick*, TVG Einleitung Rn. 323.

663 Umfassend dazu, dass es sich hierbei um ein „bewegliches System“ und nicht um feststehende „Fallgruppen“ handelt: *MüKoBGB/Armbrüster*, § 138 Rn. 29 ff.

664 Die Kategorien orientieren sich an der Systematik von *Staudinger/Sack/Fischinger*, § 138 BGB und *Palandt/Ellenberger*, § 138 BGB; dreiteilend *NK-BGB/Looschelders*, § 138 Rn. 101; *Soergel/Hefermehl*, § 138 Rn. 70 ff; einem abweichenden System folgend *MüKoBGB/Armbrüster*, § 138 Rn. 33 ff; stichwortbezogen *Erman/Palm/Arnold*, § 138 Rn. 65 ff; *PWW/Ahrens*, § 138 Rn. 67 ff.

Gegenleistung aus.⁶⁶⁵ „Subjektiv“ gelingt die Durchsetzung auf Grund einer spezifischen Schwächesituation.

An der tatbestandlichen Anwendbarkeit kann man mit Recht zweifeln, weil schon die Rollenbeziehungen unklar und untypisch sind. Stellt man auf das Rechtsverhältnis zwischen den Tarifparteien ab, das aber vom normativen Teil des Tarifvertrages selten erfasst wird? Sind die Tarifnormunterworfenen dann Dritte – oder vielmehr doch „Parteien“, weil die vermeintlich sittenwidrigen Inhalte letztlich in diesem Rechtsverhältnis wirken? Dann wären „Dritte“ nur Außenseiterarbeitnehmer und „ganz andere Dritte“. Die meisten Autoren gehen über diese Frage hinweg. Das LAG Berlin etwa will die objektiven Wertungselemente dem beeinflussten Arbeitsverhältnis⁶⁶⁶, die subjektiven Momente (Schwäche beim Vertragschluss) aus dem Verhältnis der vertragsschließenden Tarifparteien entnehmen.⁶⁶⁷ Dieses Ergebnis kann man vertreten, da die dargestellten „Fallgruppen“ nicht abschließend sondern als Wertungselemente zu verstehen sind, die man auf die vom Normalfall abweichende „Dreiecksbeziehung“ entsprechend anwenden kann. Umgekehrt kann man genauso vertreten, das scharfe Schwert der Sittenwidrigkeit sei erst dann berechtigt, wenn subjektive und objektive Bewertungselemente im gleichen Rechtsverhältnis zusammentreffen.

Indes kommt es auf den Streitentscheid in dieser Frage nicht an, da die Tarifautonomie zumeist vorrangiges Schutzkonzept ist.⁶⁶⁸ Insofern soll trotz Bedenken zunächst dem Ansatz des LAG Berlin gefolgt werden, dass das durch den Tarifvertrag beeinflusste Arbeitsverhältnis maßgeblich für die Bemessung der objektiven Wertungselemente ist. Sind die Wertungselemente zumindest dann tatbestandlich anwendbar?

Wichtiger Fall der Sittenwidrigkeit zwischen den Parteien sind die wucherähnlichen Verträge, die dann relevant werden, wenn die beim Wucher verlangten strengen Maßstäbe im subjektiven Tatbestand nicht erfüllt sind.⁶⁶⁹ Bei wucherähnlichen Geschäften wird objektiv ein grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, subjektiv Schwäche der einen und verwerfliche Gesinnung der anderen Partei verlangt. Hier spielen letztlich die meisten (theoretischen) Beispielsfälle von vermeintlich sittenwidrigen Tariffinhalten. Ist etwa ein Haustarifvertrag sittenwidrig, weil er weniger als 2/3 des Entgelts des Flächentarifvertrages enthält? Kann ein fiktiver „Großkanzleianwälte“-Tarifvertrag sittenwidrig sein,

665 MüKoBGB/*Armbrüster*, § 138 Rn. 27.

666 LAG Berlin 29.1.2003 – 4 Sa 1456/02 – juris, Rn. 35 f; so auch *Nassibi*, Lohnumping, S. 127 f; *Franke*, Lohnwucher, S. 238.

667 LAG Berlin 29.1.2003 – 4 Sa 1456/02 – juris, Rn. 36.

668 § 3 D. I. 2, S. 155.

669 *Staudinger/Sack/Fischinger*, § 138 BGB Rn. 267 ff.

weil er das durchschnittliche Entgelt von angestellten Anwälten um mehr als 100% übersteigt?

Bei der Diskussion werden oft verschiedene Fragen vermengt: zum einen gibt es ein Bemessungsproblem hinsichtlich des objektiven (wahren) Wertes. Auch kann man wegen der Tarifautonomie jede staatliche Kontrolle des „Hausguts“ Preis der Arbeit ablehnen. Bevor man sich diesen Fragen allerdings widmen kann, muss zunächst das „Objekt“ der Sittenwidrigkeitskontrolle bestimmt werden. Denn: ist der durch Tarifvertrag bestimmte Arbeitslohn „zu niedrig“, ist der Sittenwidrigkeitsvorwurf dem Individualarbeitsverhältnis zu machen, da es den Arbeitsvertragsparteien freistünde, günstigere Vereinbarungen zu treffen⁶⁷⁰. Anders ist es aber beim Vorwurf zu hoher Tarifröhne. Dieser kann nicht am Arbeitsverhältnis festgemacht werden, da ein Abweichen zu Ungunsten der Arbeitnehmer gerade nicht möglich ist. Insofern geht es weder bei „besonders schlechten Tarifentgelten“ noch bei existenzbedrohenden tariflichen Vertragsstrafen für Arbeitnehmer um sittenwidrige Tarifverträge, sondern um sittenwidrige Arbeitsverhältnisse.

Nur bei Tarifynhalten, die zu Lasten der Arbeitgeber in einem groben Missverhältnis stehen, kann man den objektiven Tatbestand gerade durch den Tarifvertrag verwirklicht sehen. Schwierig ist natürlich die Bemessung des „objektiven Werts“, wenn gerade die Sittenwidrigkeit des Tarifvertrages in Rede steht, den das BAG als Maßstab für Individualvereinbarungen heranziehen möchte.⁶⁷¹ Indes ist das Bemessungsproblem nicht auf das Tarifentgelt beschränkt, sondern allen Fällen des § 138 Abs. 1 BGB immanent.⁶⁷² Mithin erfordert ja gerade der Tatbestand ein „besonders auffälliges Missverhältnis“. Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass es Tarifynhalte, vor allem Entgelte gibt, bei denen das Missverhältnis „einem Kundigen, gegebenenfalls nach Aufklärung des Sachverhalts, ohne weiteres ins Auge springt“. ⁶⁷³ Freilich bräuchte es auch hier noch subjektiv verwerfliche Gesinnung – die Rechtsprechung und Literatur indes zumeist vermuten.⁶⁷⁴ Selbst dann ist allerdings zu untersuchen, ob die Tarifautonomie vorrangiges Schutzkonzept ist.⁶⁷⁵ Mithin ist diese „Fallgruppe“ der Sittenwidrigkeit gegenüber dem Geschäftspartner nur in wenigen Fällen auf Tarifynhalte tatbestandlich anwendbar.

670 Zweifelhaft deshalb *Stütze*, Entgelthöhe, S. 480 f; weitergehend unter § 3 D. I. 1. b, S. 149.

671 BAG 24.3.2004 – 5 AZR 303/03 – NZA 2004, 971, juris-Leitsatz 2.

672 Staudinger/*Sack/Fischinger*, § 138 BGB Rn. 270.

673 BAG 22.4.2009 – 5 AZR 436/08 – NZA 2009, 837, 838, Rn. 16.

674 Ausführlich MüKoBGB/*Armbrüster*, § 138 Rn. 116 f; *Stütze*, Entgelthöhe, S. 485.

675 § 3 D. I. 2, S. 155.

Auch die übrigen „Fallgruppen“ der Sittenwidrigkeit gegenüber dem Geschäftspartner scheinen kaum tatbestandlich anwendbar auf Tarifynhalte. So könnten etwa bestimmte Wettbewerbs- und Kundenschutzklauseln sittenwidrig sein, die die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit der anderen Partei stark einschränken. Für Tarifynhalte ist diese Fallgruppe kaum relevant, da §§ 74 ff HGB die Materie für das Arbeitsrecht tarifyfest normieren.⁶⁷⁶ Vereinbaren die Tarifparteien günstigere Regeln sind diese nicht sittenwidrig, gehen sie darüber hinaus, verstoßen sie gegen einfaches Recht, was ebenfalls zur Nichtigkeit der Klausel führt.⁶⁷⁷ Rein tatsächlich weniger relevant für Tarifynhalte erscheinen die Ausnutzung einer besonderen Vertrauensstellung, die Vereinbarung eines tarifylichen Schneeballsystems oder die Mithaftung von Nahbereichspersonen für Kredite. Selbst wenn ein Tarifvertrag dies zur Bedingung etwa eines Arbeitgeberdarlehens machte, müsste wegen des Günstigkeitsprinzips der Sittenwidrigkeitsvorwurf dem Arbeitsverhältnis gemacht werden, das trotzdem an einer solchen Mithaftung festhält. Auch Knebelungsverträge (also Fälle der wirtschaftlichen Fremdbestimmung⁶⁷⁸) in Tarifverträgen sind kaum denkbar. Zu Gunsten der Arbeitnehmer hülfe das Günstigkeitsprinzip, so dass der Vorwurf im Arbeitsverhältnis festzumachen wäre. Zu Gunsten des Arbeitgebers will das BAG hingegen keinen Schutz vor knebelnden, etwa weil dauerhaft das Kündigungsrecht ausschließenden Verträgen gewähren.⁶⁷⁹

bb. Sittenwidrigkeit gegenüber Dritten / Allgemeinheit

Daneben können Rechtsgeschäfte auch wegen ihrer Auswirkungen auf Dritte und die Allgemeinheit sittenwidrig sein. Hier geht es um Fälle, in denen bestehende Rechte Dritter gefährdet oder „auf die Beeinträchtigung künftiger Rechtspositionen von Dritten“ gezielt wird.⁶⁸⁰ Nach dem hier dargestellten Ansatz sind Dritte nicht die Normunterworfenen, sondern lediglich Personen außerhalb der „Tarifydreiecksbeziehung“.⁶⁸¹

Fälle der Sittenwidrigkeit gegenüber Dritten sind etwa die Übersicherung zu Lasten anderer Gläubiger (z.B. Globalsicherungen)⁶⁸² oder der Missbrauch der Vertretungsmacht durch Kollusion.⁶⁸³ Solche Sachverhalte werden regelmäßig nicht im normativen Teil von Tarifverträgen geregelt, da sie keine Inhalte im Sinne von § 1 Abs. 1 TVG sind; eine tatbestandliche Anwendbarkeit ist unwahrscheinlich. Relevanter erscheint schon die Ver-

⁶⁷⁶ Staudinger/Sack/Fischinger, § 138 BGB Rn. 353 ff.

⁶⁷⁷ Unter § 3 B. III. 2, S. 131.

⁶⁷⁸ Staudinger/Sack/Fischinger, § 138 BGB Rn. 302.

⁶⁷⁹ BAG 25.3.2004 – 2 AZR 153/03 – BB 2004, 2303.

⁶⁸⁰ MüKoBGB/Armbrüster, § 138 Rn. 96.

⁶⁸¹ Unter § 3 D. I. 1. c. aa, S. 149.

⁶⁸² MüKoBGB/Armbrüster, § 138 Rn. 98; Staudinger/Sack/Fischinger, § 138 Rn. 438.

⁶⁸³ Staudinger/Sack/Fischinger, § 138 BGB Rn. 444 ff.

leitung zum fremden Vertragsbruch⁶⁸⁴. Es ist durchaus denkbar, dass ein Tarifvertrag jedem Arbeitnehmer eine Abwerbprämie bei Vermittlung anderer Arbeitnehmer zuspricht, auch wenn dabei zum fremden Vertragsbruch verleitet werden muss.⁶⁸⁵ In solchen Fällen müsste auch dem Tarifvertrag selbst der Sittenwidrigkeitsvorwurf gemacht werden, da wegen § 4 Abs. 3 TVG im Individualvertrag keine Abweichung zu Ungunsten des (durch den Prämienanspruch begünstigten) Arbeitnehmers möglich ist. Insoweit wäre § 138 Abs. 1 BGB tatbestandlich anwendbar.

Daneben geht es um Schädigungen der Allgemeinheit, die auch in Tarifverträgen grundsätzlich möglich sind. Mit *Löwisch/Rieble*⁶⁸⁶ könnte man etwa an den Fall denken, bei dem die Tarifparteien die nach Manteltarifvertrag erworbene Kündbarkeit mit Zustimmung der jeweiligen Arbeitnehmer aufheben, damit diese ebenfalls von Arbeitslosigkeit bedroht sind und Anspruch auf Kurzarbeitergeld haben. Zwar hat das BSG diese Praxis gebilligt⁶⁸⁷, die Vorinstanz LSG Baden-Württemberg eine Sittenwidrigkeit explizit verneint.⁶⁸⁸ Indes ist diese Offenheit gegenüber zivilrechtlichen Gestaltungen keineswegs zwingend. Für die Systematisierung ist jedenfalls nicht ersichtlich, warum in Tarifverträgen allgemeinschädliches Handeln eher erlaubt sein soll als in übrigen Verträgen. § 138 Abs. 1 BGB ist insofern durchaus Kontrollmaßstab für Tariffinhalte.

Schließlich bezweckt § 138 Abs. 1 BGB auch die „Absicherung anerkannter Ordnungen“⁶⁸⁹, oder enger gefasst die „Absicherung der Rechtsordnung“⁶⁹⁰. Dass Tarifverträge in Konflikt mit anerkanntem Landesrecht geraten, erscheint unwahrscheinlich. Relevanter ist die „Absicherung der Rechtsordnung“, da sie das „berühmte Einfallstor“ für die Grundrechte im Zivilrecht ist. Hier gibt es tatsächlich praktische Anwendungsfälle, wie der Befund gezeigt hat.⁶⁹¹ In der Sache geht es dabei aber um die Bindung des Tarifinhalts an die Grundrechte als solche. Dies wird noch gesondert zu untersuchen sein.⁶⁹²

684 Staudinger/*Sack/Fischinger*, § 138 BGB Rn. 426 ff; freilich hat der Tatbestand hohe Anforderungen, da nicht jedes missbilligte Verhalten sittenwidrig ist.

685 Ausführlich zur Abwerbung von Arbeitnehmern Staudinger/*Sack/Fischinger*, § 138 BGB Rn. 470.

686 *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 908, freilich ist dies für sie eine Frage der Bindung der Tarifparteien an das Sozialstaatsprinzip; umfassend *Rieble*, Tarifliche Gestaltung, passim [i.E. 2013].

687 BSG 29.1.2008 – B 7/7a AL 20/06 R – juris.

688 LSG Baden-Württemberg 13.7.2005 – L 5 AL 5233/03 – juris, Rn. 41.

689 So recht weit MüKoBGB/*Armbrüster*, § 138 Rn. 40 ff.

690 Palandt/*Ellenberger*, § 138 Rn. 42.

691 § 1 B. I. 1, S. 25.

692 Unter § 3 F, S. 168.

Viele Anwendungsfälle scheinen in dieser Fallgruppe nicht zu relevant zu werden.⁶⁹³ Umgekehrt besteht kein Grund, die Anwendung auf Tarifhandeln grundsätzlich auszuschließen: Art. 9 Abs. 3 GG will keine besondere Privilegierung der Schädigung Dritter durch Tarifvertrag erreichen.

cc. Nicht kommerzialisierbare Güter

Letzte Fallgruppe ist der Schutz von „nicht kommerzialisierbaren Gütern“.⁶⁹⁴ Das Sittenwidrigkeitsverdict erfolgt hier daraus, dass bestimmte Rechtsgüter nicht durch die „Zuwendung materieller Vorteile“ unsachlich beeinflusst werden sollen.⁶⁹⁵ Neben den (weitgehend) überholten Fällen aus dem sexuellen Bereich⁶⁹⁶ geht es um Ämter- und Titelhandel, oder auch Schmiergeldabreden, sofern diese nicht strafbar und deshalb nach § 134 BGB nichtig sind.⁶⁹⁷ Es erscheint zwar unwahrscheinlich aber nicht ausgeschlossen, dass sich Tarifverträge auf dieses Terrain begeben. Warum soll es nicht tarifliche „Entgeltzusagen für die Vermittlung von Patienten“⁶⁹⁸ geben, die ebenso verwerflich kommerzialisierend sind wie individualrechtliche Vereinbarungen?

Miterfasst und relevanter für die Normierung in einem Tarifvertrag sind die „Rechtsgeschäfte über höchstpersönliche Güter“.⁶⁹⁹ Der Arbeitnehmer soll weder über seinen Glauben noch etwa über seinen Familienstand oder Kinderwunsch in oder wegen des Arbeitsvertrags disponieren. Hierbei kann man etwa an Zölibatsklauseln, Konfessionswechselverbote und, vielleicht praxisrelevanter, Ethikrichtlinien⁷⁰⁰ denken. Diese Inhalte wurden bisher eher im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit den Grundrechten der Arbeitnehmer untersucht; in der Tat wird man so womöglich das gleiche Ergebnis erzielen können. Mir scheint indes methodisch richtiger, zunächst auf den einfachrechtlichen § 138 Abs. 1 BGB abzustellen.

Im Ergebnis besteht kein Grund, Tarifverträge von dieser Fallgruppe grundsätzlich freizustellen: Art. 9 Abs. 3 GG will kein Sonderkommerzialisierungsrecht für Tarifparteien normieren.

-
- 693 Hierunter weiter etwa auch die Gemeinwohldiskussion fassend *Stütze*, Entgelthöhe, S. 529 ff.
 - 694 Umfassend *Staudinger/Sack/Fischinger*, § 138 BGB Rn. 622 ff; etwas weiter *Soergel/Hefermehl*, § 138 Rn. 206, der „von besonderen Bereichen“ spricht.
 - 695 *MüKoBGB/Armbrüster*, § 138 Rn. 39.
 - 696 *MüKoBGB/Armbrüster*, § 138 Rn. 55 ff.
 - 697 *MüKoBGB/Armbrüster*, § 138 Rn. 128.
 - 698 OLG Hamm 22.4.1984 – 2 U 172/83 – NJW 1985, 679; heute wohl zweifelhaft.
 - 699 *Staudinger/Sack/Fischinger*, § 138 BGB Rn. 627 ff.
 - 700 Hierzu schon LAG Düsseldorf 14.11.2005 – 10 TaBV 46/05 – juris, Rn. 140, abstellend auf Art. 1, 2 GG.

2. Tarifaufonomie als vorrangiges Schutzkonzept

Es gibt nur wenig Fallgestaltungen, in denen ein Konflikt zwischen Tarifhandeln und Sittengesetz tatbestandlich möglich erscheint. In erster Linie geht es um Sittenwidrigkeit gegenüber der anderen Partei, wobei nur bei einer Überlastung der Arbeitgeberseite der Sittenwidrigkeitsvorwurf am Tarifvertrag selbst, bei Überlastung der Arbeitnehmerseite hingegen wegen des Günstigkeitsprinzips am Arbeitsverhältnis festgemacht werden muss. Aber auch Fälle der Dritt- oder Allgemeinheitsschädigung oder des Zugriffs auf nichtkommerzialisierbare Güter sind grundsätzlich denkbar.

Fällt ein Tarifinhalt unter den Tatbestand, ist zu untersuchen, ob die Tarifaufonomie im Einzelfall das vorrangige Schutzkonzept ist. Hierbei muss differenziert werden: Soweit es um den Schutz der Tarifnormunterworfenen (als „andere Vertragspartei“) geht, ist dies der Fall. Diese Fallgruppe verlangt eine besondere Schwächesituation, in der die eine Partei zu Lasten der anderen Partei einseitige Vertragsinhalte durchsetzen kann. Nur in diesen seltenen Fällen ist ein staatlicher Eingriff in die Privataufonomie gerechtfertigt.⁷⁰¹ Zwar unterstellt man im Individualarbeitsverhältnis eine Schwäche des Arbeitnehmers. Allerdings ist die Antwort der Rechtsordnung hierauf letztlich die Tarifaufonomie. Sie soll durch Kollektivierung die individuelle Schwäche überwinden, um so die Richtigkeitschance auf ein für die Rechtsordnung noch erträgliches Maß zu heben.⁷⁰² Wird ein Tarifvertrag zwischen zwei tariffähigen Tarifparteien geschlossen oder erkämpft, ist davon auszugehen, dass keine Schwächesituation vorliegt. Solange der Gesetzgeber nicht anderes anordnet, ist wegen dieser systematischen Auslegung § 138 Abs. 1 BGB unanwendbar. Mithin erweist sich insoweit die Tarifaufonomie als vorrangiges Schutzkonzept, das die Kontrolle von Tarifverträgen an § 138 Abs. 1 BGB ausschließt.⁷⁰³

Ob die erhöhte Richtigkeitschance von Tarifverträgen im Einzelfall wegen Störungen auf tariflicher Ebene entfallen kann, spielt erst an dieser Stelle eine Rolle. Nur wenn man wegen der Tarifaufonomie die Nichtanwendung eines an sich anwendbaren Kontrollmaßstabes fordert, kann man bezweifeln, dass die abstrakte Richtigkeitschance des Tarifvertrages ausreicht und vielmehr eine konkrete Richtigkeitschance einfordern. Dies vertieft zu untersuchen ist nicht Aufgabe dieses Werkes. Summarisch betrachtet erscheint eine konsequente Anwendung der Anforderungen an die Tariffähigkeit vorhersehbarer und damit verhältnismäßiger.⁷⁰⁴

701 Ganz deutlich wird dies etwa beim wucherähnlichen Geschäft: Staudinger/*Sack/Fischinger*, § 138 BGB Rn. 276.

702 Ausdrücklich ein Instrument „zur Stärkung des Verhandlungsgleichgewichts“ neben anderen *Larenz/Wolf*, BGB AT § 42 Rn. 12, 21 f.

703 Anders aber etwa *Stütze*, Entgelthöhe, S. 478.

704 Im konkreten Beispiel anders, statt aller *Nassibi*, Lohndumping, S. 128 ff.

Die Tarifautonomie ist indes kein gegenüber § 138 Abs. 1 BGB vorrangiges Schutzkonzept für die Fallgruppen, die die Interessen Dritter oder der Allgemeinheit schützen wollen. Es gibt keine Vermutung, dass Tarifverträge auch für den Konflikt mit Dritten eine angemessene Lösung darstellen. Vielmehr besteht hier die Gefahr, dass die Tarifparteien – womöglich kollusiv – eine Lösung zu Lasten anderer finden. Ein solcher Tarifvertrag muss wie jedes „normale“ Rechtsgeschäft auf seine Sittenwidrigkeit kontrolliert werden, zumindest wenn der Arbeitsvertrag wegen der zwingenden Wirkung des Tarifvertrages ungeeigneter Anknüpfungspunkt ist.

3. Verstoß gegen höherrangiges Recht

Ist § 138 Abs. 1 BGB schon tatbestandlich nicht anwendbar oder stellt die Tarifautonomie ein spezielles Schutzkonzept dar, ist § 138 Abs. 1 BGB kein Kontrollmaßstab für Tarifynhalte. Im Übrigen setzt § 138 Abs. 1 BGB Tarifhandeln ebenso Grenzen wie sonstigen Rechtsgeschäften.

Der hierin liegende Eingriff in die kollektive Koalitionsfreiheit müsste zu rechtfertigen sein. Da die Sittenwidrigkeit nur auf besonders schutzbedürftige Interessen Dritter oder der Allgemeinheit abstellt, wird es regelmäßig ein anderes Rechtsgut von Verfassungsrang geben, das § 138 Abs. 1 BGB im Einzelfall zu schützen sucht. Die Nichtigerklärung eines kollidierenden Tarifynhaltes wird zumeist auch geeignet und erforderlich sein, so dass es letztlich auf die Verhältnismäßigkeit des Ausgleichs zwischen den widerstreitenden Rechtspositionen ankommt.

Hierbei verbietet sich jede typisierende Betrachtung. Zu beachten ist allerdings, dass die Sittenwidrigkeit als punktuelle Schranke mit Nichtigkeitsfolge den Tarifparteien einen großen Spielraum für anderweitige Gestaltungen lässt. Auch trifft die Sittenwidrigkeitsschranke die Privatautonomie ebenso stark, ohne dass ersichtlich ist, warum es ein stärkeres Drittbeeinträchtigungsrecht für Tarifhandeln geben soll. Die abzuwägende Rechtsposition wird zumeist von einigem Gewicht und daneben schwerwiegend beeinträchtigt sein, da schon die Tatbestände eine hinreichende Schwere vorsehen. Auch wird zu berücksichtigen sein, ob eine Tarifnorm im „klassischen Hausgut“ der Tarifparteien, also etwa der Lohnsetzung, oder ein weiter entfernter Tarifynhalt beanstandet wird.⁷⁰⁵

4. Zwischenergebnis

Die generalisierende Aussage, Tarifverträge seien nicht an § 138 Abs. 1 BGB zu messen, trifft nicht zu. Hingegen erfüllen nur wenige Tarifynhalte den Tatbestand der Sittenwidrigkeit. In diesen Fällen ist regelmäßig die Tarifautonomie das vorrangige Schutzkonzept für das Schwächemoment,

705 Unter § 3 C. III. 2. c. aa, S. 139.

das das Sittenwidrigkeitsverdikt mitauslöst. In den verbleibenden Fällen muss die Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB höherrangigem Recht genügen, insbesondere verhältnismäßig sein. Da nur gewichtige Interessen überhaupt den Tatbestand der Sittenwidrigkeit auslösen, wird der Ausgleich, der nur punktuell Tarifynhalte kassiert, regelmäßig verhältnismäßig sein.

Für das System von Tarifizensur und unverhältnismäßiger Rechtskontrolle bedeutet dies: die Kontrolle von Tarifverträgen anhand von § 138 Abs. 1 BGB wird – bei richtiger Anwendung – nur sehr selten eine für die Tarifparteien unverhältnismäßige Rechtskontrolle darstellen.

II. § 138 Abs. 2 BGB

Neben der Sittenwidrigkeit erklärt § 138 Abs. 2 BGB auch wucherische Geschäfte für nichtig, wobei der Vorwurf ausnahmsweise derart schwer wiegt, dass auch die Erfüllungsgeschäfte von der Nichtigkeit miterfasst werden.

1. Tatbestandliche Anwendbarkeit

§ 138 Abs. 2 BGB erfordert nach seinem Wortlaut zum einen ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung sowie bestimmte, genau aufgezählte Mängel beim Vertragspartner. Zwar gibt es gerade beim Wert der Arbeit Probleme, den „wahren Wert“ (und womöglich auch den Mangel beim Vertragspartner) zu bestimmen, freilich ändert dies nichts an der grundsätzlichen Tatbestandserfüllung. Mithin wendet das BAG § 138 Abs. 2 BGB auf den individualvertraglichen Lohnwucher an.⁷⁰⁶

2. Tarifaufonomie als vorrangiges Schutzkonzept

Allerdings ist die Tarifaufonomie auch hier vorrangiges Schutzkonzept. Wie bei bestimmten Fallgruppen des Abs. 1 ist ein Defekt Voraussetzung, nämlich die Zwangslage auf der einen und die Ausnutzung auf der anderen Seite.⁷⁰⁷ Zwar kann eine solche Zwangslage, wie das BAG zu Recht annimmt, auch im Arbeitsverhältnis vorkommen – nur ist die Antwort des (Grund-)Gesetzgebers hierauf die Tarifaufonomie zur Erhöhung der Richtigkeitschance. Wollte er hiervon im Einzelfall abweichen, so bedürfte es entsprechender Indizien.⁷⁰⁸ Daran mangelt es im Verhältnis zu § 138 Abs. 2 BGB. Insoweit sei auf die Ausführungen zu § 138 Abs. 1 BGB verwiesen.⁷⁰⁹

⁷⁰⁶ BAG 14.10.2012 – 5 AZR 792/11 – juris, Rn. 18 ff.

⁷⁰⁷ Staudinger/Sack/Fischinger, § 138 BGB Rn. 229 ff.

⁷⁰⁸ Anders aber etwa Stütze, Entgelthöhe, S. 484 f; wie hier letztlich auch LAG Berlin 29.1.2003 – 4 Sa 1456/02 – juris, Rn. 35.

⁷⁰⁹ § 3 D. I. 2, S. 155.

3. Zwischenergebnis

Für das System von Tarifizensur und unverhältnismäßiger Rechtskontrolle bedeutet dies: die Kontrolle von Tarifverträgen an § 138 Abs. 2 BGB birgt – bei richtiger Anwendung – keine Gefahr einer unverhältnismäßigen Rechtskontrolle, da die Norm nicht auf Tarifverträge anwendbar ist, sich insofern nicht an höherrangigem Recht messen lassen muss.

III. § 242 BGB

Neben der Sittenwidrigkeit des § 138 Abs. 1 BGB ist auch die Leistungserbringung nach Treu und Glauben aus § 242 BGB zivilrechtliche General Klausel. Anwendungsbereich und Funktion unterscheiden sich. Erstere ist Außenschranke, letztere Innenschranke der Privatautonomie.⁷¹⁰ Daneben unterscheidet sich auch die Intensität des Kontrollmaßstabes. Während die Nichtigkeit sittenwidriger Rechtsgeschäfte lediglich den Schutz bestimmter qualifizierter Interessen bezweckt, ist § 242 BGB weiter:⁷¹¹ nicht nur „ethisches Minimum“ ist geschuldet, sondern „gesteigerte sozioethische Anforderungen“.⁷¹² Schließlich ist § 242 BGB besonders anfällig für staatliche Regelungsanmaßung, da Folge der Treuwidrigkeit nicht Nichtigkeit des Vertrages sondern seine Anpassung ist.⁷¹³

Auf Grund der Befundlage besteht Anlass zu untersuchen, ob es auch bei der Kontrolle von Tarifhandeln anhand von § 242 BGB zu einer unverhältnismäßigen Rechtskontrolle für die Tarifparteien kommen kann.

1. Tatbestandliche Anwendbarkeit

a. Generell ablehnende Haltung des BAG

Das BAG hat 1985 eine Überprüfung einer Tarifnorm anhand von § 242 BGB abgelehnt. Hierfür hat es verschiedene Gründe angeführt.⁷¹⁴ Zum einen enthalte § 242 „keine allgemeine Billigkeitsnorm“ sondern einzelne Fallgruppen, die damals nicht einschlägig waren. Daneben sei davon auszugehen, „daß infolge der Stärke und Sachkunde der tarifvertragsschließenden Verbände ihre Regelungen den Interessen beider Seiten in der Regel gerecht werden“. Gesetzessystematisch würde den Gerichten eine „entsprechende Befugnis auch für gesetzliche Normen [...] nicht [zukommen,

⁷¹⁰ MüKoBGB/Roth/Schubert, § 242 Rn. 126.

⁷¹¹ MüKoBGB/Roth/Schubert, § 242 Rn. 127; NK-BGB/Looschelders, § 138 Rn. 17.

⁷¹² Staudinger/Looschelders/Olzen, § 242 Rn. 367; Jauernig, § 138 BGB Rn. 6.

⁷¹³ MüKoBGB/Roth/Schubert, § 242 Rn. 127; betonend, dass die Norm gerade kein Einfallstor für eine „allgemeine Billigkeitsjustiz“ sein dürfe NK-BGB/Krebs, § 242 Rn. 63; ebenso Palandt/Grüneberg, § 242 Rn. 2.

⁷¹⁴ Alle folgenden Zitate aus BAG 6.2.1985 – 4 AZR 275/83 – BAGE 48, 65, 73 f, juris-Rn. 25.

weshalb] insoweit auch bei Tarifverträgen hinsichtlich ihrer normativen Teile schon deswegen nichts anderes gelten kann, weil auch ihnen der Charakter von Rechtsnormen zukommt“. Zusammenfassend gelte: „eine derartige Überprüfung stellte sich als ein unzulässiger Eingriff in die Tarifautonomie dar“.⁷¹⁵

b. Differenziertes Herangehen

Die Argumentation des BAG vermag nicht zu überzeugen, auch wenn im Ergebnis § 242 BGB kein Kontrollmaßstab für den normativen Teil von Tarifverträgen ist. Die Bedenken des BAG überzeugen nicht, weil sie vornehmlich auf die normative Wirkung und die Tarifautonomie abstellen. Beides ist freilich kein besonders überzeugendes Argument, vielmehr wirkt es wie „in die Wundertüte“⁷¹⁶ gegriffen. Es ist fraglich, ob die Begründung vor dem Hintergrund des gewandelten Verständnisses der Rechtsnatur des Tarifvertrages und seinem Doppelcharakter heute so aufrechterhalten würde. Auch die Begründung, das BAG dürfe Gesetze ebenso wenig kontrollieren, überzeugt nicht, da hier nach Art. 100 GG zumindest eine Kontrolle durch das BVerfG möglich ist. Ein Tarifvertrag wäre hingegen gerichtsfrei.

In der Sache geht es vielmehr darum, dass zwei der anerkannten Fallgruppen des § 242 BGB letztlich auf das Arbeitsverhältnis abstellen, das durch den Tarifvertrag lediglich teilweise modifiziert wird. In der dritten Fallgruppe ist hingegen die Tarifautonomie vorrangiges Schutzkonzept, so dass im Ergebnis dem BAG zuzustimmen ist, dass § 242 BGB kein Kontrollmaßstab für den normativen Teil von Tarifverträgen ist.

c. Fallgruppen des § 242 BGB

Auch bei § 242 BGB versuchen Rechtsprechung und Rechtswissenschaft typisierende Fallgruppen zu bilden, um die große Reichweite der Norm einzuschränken und für die praktische Handhabung vorhersehbarer zu machen. Die genaue Einteilung ist umstritten, am überzeugendsten erscheint eine Dreiteilung der Anwendungsfelder.⁷¹⁷

⁷¹⁵ Ablehnend auch Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 481; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 695, der gleichzeitig eine Kontrolle am Maßstab von § 138 Abs. 1 BGB bejaht; wie hier *Wiedemann*, TVG Einleitung, Rn. 355.

⁷¹⁶ *Zöllner*, RdA 1969, 250, 254.

⁷¹⁷ Systematisierung nach *MüKoBGB/Schubert/Roth*, § 242 BGB; dreiteilend im Ergebnis auch *Erman/Saenger/Hohloch*, § 242; vierteilend *Palandt/Grüneberg*, § 242; im Anschluss an ihn auch *BaRo/Sutschet*, § 242 Rn. 29 ff; zweiteilend *NK-BGB/Krebs*, § 242; ohne vergleichbare Systematik *Staudinger/Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 211 ff; gegen eine Gruppenbildung *Heinrich*, Formale Freiheit, S. 418; letztlich kommt es für den Zweck dieser Untersu-

aa. Erbringung der Leistung nach Treu und Glauben

Zunächst können durch § 242 BGB die Haupt- bzw. die Nebenpflichten des jeweiligen Vertrages konkretisiert und erweitert, der Beitrag des Gläubigers zur Schuldnerleistung umrissen werden. Insbesondere geht es auch um Rücksichtnahmepflichten, die auf Basis von § 242 BGB entwickelt werden.⁷¹⁸

Für eine Kontrolle von normativen Tarifynhalten eignet sich diese Fallgruppe nicht, da es bei ihr stets um Einzelfallentscheidungen geht. Will man die abstrakte Leistungspflicht anhand von § 242 BGB konkretisieren, etwa eine bestimmte Leistungszeit als unbillig ablehnen, dann kann dies gerade nur unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls geschehen.⁷¹⁹ Ansatzpunkt ist freilich das Arbeitsverhältnis und nicht der beeinflussende Tarifvertrag. Wie schon bei § 138 Abs. 1 BGB festgestellt wurde, wirkt der Tarifvertrag lediglich punktuell auf das Arbeitsverhältnis ein, so dass das Arbeitsverhältnis tauglicher Anknüpfungspunkt für eine gerichtliche Kontrolle gerade im Einzelfall bleibt.

Verdeutlicht werden soll dies am Beispiel einer Auskunftspflicht, die weder im Tarifvertrag noch im Individualvertrag geregelt ist, also aus Treu und Glauben folgen soll. Eine solche in den Tarifvertrag hineinzulesen wäre gerade eine Tarifizensur, da das Gericht an Stelle der Tarifparteien eine Tarifnorm schüfe. Vor allem aber überdehnte es die Wirkung von § 242 BGB, da es hier um den konkreten Einzelfall und gerade nicht um abstrakt-generelle Normen geht. Auch besteht kein Anlass gerade für eine Anknüpfung an den Tarifvertrag, da im betroffenen Einzelarbeitsverhältnis eine Auskunftspflicht aus Treu und Glauben folgen kann, sofern es die konkreten Umstände erfordern.

bb. Beschränkung von Rechten im Einzelfall

Weitere Fallgruppe des § 242 BGB ist die Beschränkung von an sich bestehenden Rechten im Einzelfall, etwa weil das frühere Verhalten missbilligt war oder im Widerspruch zum jetzigen Verhalten steht.⁷²⁰ Hierunter fallen die bekannten Fälle des *dolo agit* oder aber der Beschränkung eines Rechts wegen fehlender Schutzwürdigkeit der einen Partei.

Auch in diesen Fällen geht es um die Beschränkung gerade im Einzelfall. Eine abstrakt-generelle Regelung wie der normative Teil eines Tarifver-

chung auf die genaue Einteilung der Fallgruppen nicht an, da zumindest die besprochenen Anwendungsfelder fast deckend sind.

⁷¹⁸ MüKoBGB/Roth/Schubert, § 242 Rn. 166 ff; BaRo/Sutschet, § 242 Rn. 39 ff.

⁷¹⁹ Palandt/Grüneberg, § 242 Rn. 38; wohl auch Heinrich, Formale Freiheit, S. 394.

⁷²⁰ MüKoBGB/Roth/Schubert, § 242 Rn. 197 ff.

trages kann hieran nicht gemessen werden. Ob sich etwa der Arbeitnehmer dem Vorwurf aussetzt, er würde sich mit seiner Forderung in Widerspruch zu seinem früheren Verhalten setzen, ist stets Frage des konkreten Arbeitsverhältnisses. Dies verdeutlicht im Übrigen § 4 Abs. 4 Satz 2 TVG, der gerade die Verwirkung als Fallgruppe der Beschränkung von Rechten im Einzelfall bezüglich tariflicher Ansprüche ausschließt. Im Umkehrschluss können nämlich die anderen Anwendungsfälle der Beschränkung von Rechten im Einzelfall durchaus auf tarifliche Ansprüche angewendet werden.⁷²¹

cc. Materielle Schranken der Privatautonomie

Schließlich ergeben sich aus § 242 BGB auch materielle Schranken für die Privatautonomie. Denn in den Fällen, in denen die Vertragsparität gestört ist, ist der an die Grundrechte gebundene Zivilrichter verpflichtet, die andere Partei vor Fremdbestimmung zu schützen.⁷²² Letztlich geht es hier um Fälle der „strukturell ungleichen Verhandlungsstärke.“⁷²³

Es ist nicht grundsätzlich auszuschließen, dass der Tarifvertrag selbst von dieser Fallgruppe erfasst wird. Die Frage ist freilich, ob die Tarifautonomie selbst ein vorrangiges Schutzkonzept ist, so dass ihre Ergebnisse nicht an § 242 BGB gemessen werden können (hierzu sogleich).

2. Tarifautonomie als vorrangiges Schutzkonzept

§ 242 BGB ist schon tatbestandlich in kaum einem Fall ein tauglicher Kontrollmaßstab für den normativen Teil von Tarifverträgen, da er zumeist auf die konkreten Umstände des Einzelfalls abstellt, es also um die Kontrolle des Individualarbeitsverhältnisses anhand von § 242 BGB geht. Anwendbar bleiben indes die Fälle der „materiellen Schranken der Privatautonomie“.

Allerdings geht es bei den „materiellen Schranken der Privatautonomie“ stets um Störungen im Vertragseinigungsverfahren, vor allem um die Fälle der gestörten Vertragsparität. Wie dargelegt⁷²⁴ ist das Arbeitsverhältnis zwar grundsätzlich anfällig für Fälle missbilligenswerter Vertragsimparitäten. Allerdings ist die Tarifautonomie vorrangiges Schutzkonzept zum Ausgleich dieser unterschiedlichen Stärkelagen. Die Arbeitnehmer sollen gerade durch Kartellierung ihre individuelle Schwäche überwinden.⁷²⁵

⁷²¹ Statt aller *Löwisch/Rieble*, § 4 Rn. 637 ff.

⁷²² *Staudinger/Looschelder/Olzen*, § 242 Rn. 461.

⁷²³ *MüKoBGB/Roth/Schubert*, § 242 Rn. 469, 472.

⁷²⁴ Unter § 3 D. I. 2, S. 155.

⁷²⁵ Schon oben unter § 3 D. I. 2; ausdrücklich auch *Larenz/Wolf*, § 42 Rn. 12, 21 f.

Dann aber muss eine Kontrolle des einen Schutzkonzepts anhand des anderen Schutzkonzepts unterbleiben.

Ob die Richtigkeitschance von Tarifverträgen im Einzelfall wieder entfallen kann, ist umstritten.⁷²⁶ Dies erscheint zweifelhaft, soll allerdings in dieser Untersuchung nicht vertieft werden.

3. Verstoß gegen höherrangiges Recht

Da die Anwendungsfälle von § 242 BGB entweder tatbestandlich unanwendbar sind oder aber die Tarifautonomie vorrangiges Schutzkonzept ist, verbleibt bei richtiger Anwendung der Norm kein Fall, in dem ein Tarifvertrag am Maßstab des § 242 BGB gemessen würde. Zu diesem Ergebnis gelangt auch das BAG, wenn auch mit anderer Begründung.⁷²⁷ Mithin stellt sich nicht die Frage, ob eine solche Kontrolle mit höherrangigem Recht vereinbar wäre.

4. Zwischenergebnis

Für das System von Tarifizensur und unverhältnismäßiger Rechtskontrolle bedeutet dies: die Kontrolle von Tarifverträgen anhand von § 242 BGB wird – bei richtiger Anwendung – unterbleiben müssen und kann deshalb auch keine für die Tarifparteien unverhältnismäßige Rechtskontrolle darstellen. Stets bleibt die Gefahr, dass bei Fehlbenutzung die Tarifparteien ungerechtfertigt in der Tarifsetzung beschränkt werden.

IV. § 315 BGB

Der eigentliche Anwendungsbereich des § 315 BGB beschäftigt sich lediglich mit dem Fall, dass die Vertragsparteien eine Leistungspflicht bei Vertragsschluss offen lassen und eine Partei bzw. einen Dritten mit dem Lückenschluss beauftragen.⁷²⁸ Über diesen engen Anwendungsbereich hinaus wird § 315 BGB erweiternd ausgelegt bzw. analog angewendet, um auch vereinbarte Vertragsinhalte als unbillig zu kritisieren und abzuändern.⁷²⁹ Es ist wahrscheinlich, dass das BAG mit der Ablehnung einer Billigkeitskontrolle – bei geänderten gesellschaftlichen Vorzeichen⁷³⁰ und vor der Anwendung der AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht – lediglich die erweiterte Auslegung des § 315 BGB als Kontrollmaßstab für Tarifverträge ablehnen wollte. Auch Literaturstimmen sehen letztlich den Zusammenhang

⁷²⁶ Unter § 3 D. I. 2, S. 155.

⁷²⁷ Zustimmend zum Ergebnis, nicht zur Begründung *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 519, die freilich in der Anwendung von § 242 BGB eine Billigkeitskontrolle von Tarifverträgen sehen.

⁷²⁸ *Staudinger/Rieble*, § 315 Rn. 4 ff.

⁷²⁹ *Staudinger/Rieble*, § 315 Rn. 43 ff, zum Arbeitsrecht insbesondere Rn. 47.

⁷³⁰ Hierauf zu Recht hinweisend *Staudinger/Rieble*, § 315 Rn. 43.

zwischen § 315 BGB und der Ablehnung der „Billigkeitskontrolle“ durch das BAG.⁷³¹

Insofern ist an dieser Stelle die Frage aufgeworfen, ob Tarifverträge an § 315 BGB (evtl. analog) zu messen sind und ob es hierbei zur unverhältnismäßigen Rechtskontrolle kommen kann.

1. Tatbestandliche Anwendbarkeit

Der eigentliche Anwendungsbereich des § 315 BGB ist als Kontrollmaßstab für Tarifhandeln nicht relevant, da es nicht um die Frage der Ausübung eines Leistungsbestimmungsrechts geht⁷³², sondern um die Billigkeit von Tarifhandeln. Es geht also um die extensive bzw. analoge Anwendung der Norm, wobei die Handhabung als allgemeine Billigkeitskontrolle auch im bürgerlichen Recht überwiegend abgelehnt wird.⁷³³ Auch das BAG lehnt eine Billigkeitskontrolle von Tarifverträgen in ständiger Rechtsprechung ab.⁷³⁴ Es geht also lediglich um eine doppelt-hypothetische Betrachtung. Ginge man davon aus, dass § 315 BGB über den Wortlaut hinaus allgemein zur Billigkeitskontrolle genutzt werden darf, so stellte sich die Frage, ob die so verstandene Norm tatbestandlich für die Kontrolle von Tarifinhalten anwendbar wäre. Dies setzte lediglich voraus, dass der Tarifinhalt unbillig wäre; der Richter wäre dann befugt, den Tarifinhalt anzuordnen und zwar nur nach Maßstab der Billigkeit, für den es – anders als etwa bei § 242 BGB – keine gesetzlichen Maßstäbe gibt.⁷³⁵

Es käme dann darauf an, wie der Begriff der Billigkeit zu verstehen ist. Korrekt verwendet bedeutet Billigkeit Gerechtigkeit im Einzelfall.⁷³⁶ Mit hin dient die Billigkeit gerade nicht zur Beurteilung abstrakt-genereller Normen. Auch Gesetze werden nicht auf ihre Billigkeit hin geprüft, sondern ob sie gegen höherrangiges Recht verstoßen. Billigkeit kann deshalb nur im konkreten Rechtsverhältnis beurteilt werden. Schon deshalb wäre auch eine über den Wortlaut des § 315 BGB hinaus verstandene Billigkeitskontrolle kein Kontrollmaßstab für normative Tarifverträge. Zwar haben diese einen Doppelcharakter, kommen insbesondere durch Rechtsgeschäft zustande. Jedoch ist ihre Wirkung normgleich; nur auf sie kommt es an, weil für Gerechtigkeitsfragen nicht das Entstehen maßgeblich ist, sondern die spätere (Verteilungs-)Wirkung des Vertrages, der in diesem

⁷³¹ Richardi, Richterrecht, S. 278; v. Hoyningen-Huene, Billigkeit, S. 75.

⁷³² Zur Frage, ob die Tarifparteien ein solches vereinbaren können ausführlich Löwisch/Rieble, § 1 Rn. 2001 ff.

⁷³³ Staudinger/Rieble, § 315 Rn. 47; skeptisch auch v. Hoyningen-Huene, Billigkeit, S. 75; Sack, WRP 1985, 1, 2.

⁷³⁴ § 3 B. I. 1. a, S. 123.

⁷³⁵ v. Hoyningen-Huene, Billigkeit, S. 92.

⁷³⁶ v. Hoyningen-Huene, Billigkeit, S. 17 ff.

Fall normative Wirkung hat. Deshalb unterliegt der Tarifvertrag keiner Billigkeitskontrolle.⁷³⁷

2. Tarifaufonomie als vorrangiges Schutzkonzept

Da der Tarifvertrag nicht am Maßstab des § 315 BGB (ggf. analog) gemessen wird, stellt sich nicht die Frage, ob die Tarifaufonomie ein vorrangiges Schutzkonzept ist. Dies wäre zu verneinen, da abstrakt-generelle Regeln kein Mittel zur Erzielung von Gerechtigkeit im Einzelfall sind.

3. Verstoß gegen höherrangiges Recht

Da Tarifverträge keiner Billigkeitskontrolle unterliegen, stellt sich nicht die Frage, ob diese Kontrolle gegen höherrangiges Recht verstößt.

4. Zwischenergebnis

Für das hier vertretene System von Tarifzensur und unverhältnismäßiger Rechtskontrolle bedeutet dies: die Kontrolle von Tarifverträgen anhand von § 315 BGB (analog) wird – bei richtiger Anwendung – unterbleiben müssen und kann deshalb auch keine für die Tarifparteien unverhältnismäßige Rechtskontrolle darstellen. Stets bleibt natürlich die Gefahr, dass bei (absichtlicher) Fehlbenutzung die Tarifparteien ungerechtfertigt in der Tarifsetzung beschränkt werden.

V. Allgemeine Billigkeitskontrolle

Daneben unterliegen Tarifverträge keiner allgemeinen Billigkeitskontrolle.⁷³⁸ Dies folgt freilich nicht aus einer besonders privilegierten Stellung, sondern daraus, dass das ausdifferenzierte Beanstandungssystem des BGB eine solche Kontrolle nicht vorsieht.⁷³⁹ Dieses würde unterlaufen, überlagerte man alle Instrumente mit einer allgemeinen Billigkeitskontrolle. Insbesondere die entstehende Rechtsunsicherheit kämpft gegen eine allgemeine Billigkeitskontrolle ohne „gesetzliche Ermächtigung.“⁷⁴⁰ Da die „Allgemeine Billigkeitskontrolle“ gerade kein Kontrollmaßstab für Tarifverträge ist, erübrigt sich die Frage, ob sie eine unverhältnismäßige Rechtskontrolle darstellen kann. Daneben fehlte es an der Erforderlichkeit.

⁷³⁷ Ebenso v. *Hoyningen-Huene*, Billigkeit, S. 24, 169 mit Hinweis darauf, dass der notwendige Schutz der Normunterworfenen anders erreicht werden könne; richtig auch *Stütze*, Entgelthöhe, S. 442.

⁷³⁸ BAG 14.12.1982 – 3 AZR 251/80 – BAGE 41, 163, 168, juris-Rn. 20.

⁷³⁹ JKO/*Krause*, § 1 Rn. 110 weist zu Recht auf mangelnde „Rechtsgrundlage“ hin; skeptisch auch ErfK/*Dieterich*, Art. 9 Rn. 91.

⁷⁴⁰ v. *Hoyningen-Huene*, Billigkeit, S. 33; deutlich ablehnend auch im Hinblick gerade auf eine „Tarifzensur“ *Däubler/Reim/Nebe*, TVG § 1 Rn. 159.

VI. Tragende Grundsätze des Arbeitsrechts

Tarifverträge sollen nach manchen Urteilen des BAG auf einen Verstoß gegen die „tragenden Grundsätze des Arbeitsrechts“ zu überprüfen sein. Was diese Grundsätze sind, lässt das BAG freilich offen. Zu Recht ist deshalb *Krause* der Ansicht, dass über diese Floskel „keine Wertungen hinzugefügt [werden], die sich nicht letztlich auf verfassungsrechtliche oder einfachgesetzliche Grundlagen zurückführen lassen.“⁷⁴¹ Womöglich verwendet das BAG in jüngeren Urteilen diesen Kontrollmaßstab auch deshalb nicht mehr. Könnte eine Kontrolle von Tarifhandeln auf die Einhaltung der „tragenden Grundsätze des Arbeitsrechts“ eine für die Tarifparteien unverhältnismäßige Rechtskontrolle sein?

Es ist schon zweifelhaft, ob die „tragenden Grundsätze des Arbeitsrechts“ eine verfassungsunmittelbare Schranke der kollektiven Koalitionsfreiheit sind oder vielmehr eine richterrechtlich und damit einfachrechtlich gesetzte. Gegen erstere Ansicht spricht, dass es mit der üblichen Grundrechtsdogmatik kollidierte. Auch besteht kein rechtes Bedürfnis nach einer solchen verfassungsunmittelbaren Schranke, weil doch über die Grundrechtskontrolle⁷⁴² alle relevanten Schutzgüter abgedeckt werden können. Insofern handelt es sich wenn um eine einfachrechtliche Grenze, deren Rechtmäßigkeit hiernach zu bemessen ist.

Sollte die Floskel – entgegen der hier vertretenen Ansicht – einen eigenen Inhalt haben, also tatbestandlich anwendbar sein, so wäre die Tarifautonomie kein vorrangiges Schutzkonzept; sie bezweckt nicht den Schutz der tragenden Grundsätze des Arbeitsrechts. Allerdings ist fraglich, welches Rechtsgut von Verfassungsrang – neben den bereits genannten – ein solch offener Kontrollmaßstab schützen wollte. Selbst wenn man dies unterstellte, so wäre eine derart allgemeine, unkonkrete Klausel nicht erforderlich. Vielmehr stellt sie eine unverhältnismäßige Rechtmäßigkeitskontrolle dar.⁷⁴³

E. Gemeinwohlkontrolle von Tarifhandeln

Manche Autoren wollen die Rechtmäßigkeit von Tarifhandeln auch danach bemessen, ob es gegen das Gemeinwohl verstößt. Wegen der Offenheit des Begriffs und wegen der insoweit kritischen Befundfälle ist auch hier zu untersuchen, ob die Anwendung eines solchen Kontrollmaßstabes

741 JKO/*Krause*, § 1 Rn. 111; abzulehnen ist der Ansatz von *Reuter*, ZfA 1978, 1, 34, der hierunter die „Bedarfsabhängigkeit der Arbeitsplätze“ fassen möchte; skeptisch wie hier auch *Stütze*, Entgelthöhe, S. 473 ff.

742 Unter § 3 F, S. 151.

743 Wie hier ablehnend JKO/*Krause*, § 1 Rn. 111; skeptisch *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 696.

auf Tarifhandeln zu einer unverhältnismäßigen Rechtskontrolle für die Tarifparteien führen kann.

I. Tatbestandliche Anwendbarkeit

Auch bei der Gemeinwohlkontrolle von Tarifhandeln ist unklar bzw. wird oft vermischt, ob von einer verfassungsunmittelbaren Begrenzung der kollektiven Koalitionsfreiheit⁷⁴⁴ oder von einer einfachrechtlichen Grenze für Tarifhandeln gesprochen wird. Während manche Autoren meinen, die Gewährleistung der kollektiven Koalitionsfreiheit sei von Anfang an nur auf gemeinwohlverträgliches Handeln begrenzt, meinen andere den Fall, dass der Gesetzgeber anlässlich des Gemeinwohlschutzes die kollektive Koalitionsfreiheit begrenzt. Wieder andere überlegen, ob der Staat die Tarifparteien auf die Gemeinwohllahrung verpflichten darf.

Eine Schutzbereichsbegrenzung auf gemeinwohlverträgliches Handeln ist indes (wie auch schon beim Kontrollmaßstab der tragenden Grundsätze des Arbeitsrechts⁷⁴⁵) abzulehnen, da von der überzeugenden Ansicht auch für kein anderes Grundrecht angenommen wird, es stünde unter Gemeinwohlvorbehalt.⁷⁴⁶ Wenig überzeugend ist auch die analoge Anwendung von Art. 14 Abs. 2 Satz 2 GG⁷⁴⁷. Wäre die Sozialbindung auch anderen Grundrechten immanent, bedürfte es keiner besonderen Anordnung beim Eigentumsrecht. Selbst wenn man dies, etwa mit *Rieble*⁷⁴⁸, anders sähe, käme man trotzdem über das (von ihm so benannte) „Kompetenzproblem“ zum gleichen Ergebnis. Denn auch er will nur dem Gesetzgeber und nicht jedem Richter erlauben, zum Schutz des Gemeinwohls die Koalitionsfreiheit zu begrenzen.

Dann aber geht es auch bei ihm letztlich doch nur um die Frage, ob der Gesetzgeber sich zur Rechtfertigung eines die kollektive Koalitionsfreiheit begrenzenden Gesetzes neben benanntem kollidierenden Verfassungsrecht („konkreter Rechtsgüterschutz“) auch auf einen unbenannten Gemeinwohlschutzauftrag berufen darf. Dies indes konterkarierte die Schrankenlosigkeit von Art. 9 Abs. 3 GG und ist auch nicht erforderlich. Vielmehr ermöglicht der „konkrete Rechtsgüterschutz“ (in erster Linie der

⁷⁴⁴ Dafür etwa *Sodan*, JZ 1998, 421, 425; wohl auch HStR VIII/*Scholz*, § 175 Rn. 35; mit umfassenden Nachweisen zu beiden Ansichten JKO/*Krause*, § 1 Rn. 113 ff. Bei älteren Ausführungen ist zu beachten, dass sich das Verständnis von der Rechtsnatur der Tarifnormsetzung grundlegend gewandelt hat.

⁷⁴⁵ Unter § 3 D. VI, S. 165.

⁷⁴⁶ Zur Diskussion HGR III/*Papier*, § 64 Rn. 11 f; Stern/*Dietlein*, Staatsrecht § 112 S. 2003 f; offener HStR VIII/*Scholz*, § 175 Rn. 33 ff.

⁷⁴⁷ So aber ArbG Chemnitz 5.10.2007 – 7 Ga 26/07 – juris Rn. 156; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 318; *Stütze*, Entgelthöhe, S. 518 ff.

⁷⁴⁸ *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, Rn. 836 f.

Schutz der Grundrechte Dritter) umfassenden Ausgleich, so dass ein Abstellen auf einen immanenten Gemeinwohlvorbehalt nicht notwendig ist.⁷⁴⁹

Es verbleibt wenn überhaupt nur die Frage, ob der Gesetzgeber die Tarifparteien durch einfaches Gesetz verpflichten kann, sich nur gemeinwohlfreundlich zu verhalten. Hierbei handelte es sich um eine einfache Rechtskontrolle, für die die dortigen Ausführungen gälten.⁷⁵⁰

II. Tarifaufonomie als vorrangiges Schutzkonzept

Die Tarifaufonomie ist kein vorrangiges Schutzkonzept zur Sicherung des Gemeinwohls. Zwar ist zuzugeben, dass die Koalitionen „meist“ das Gemeinwohl fördern⁷⁵¹, indes berechtigt die Grundrechtsausübung stets auch zum (Gruppen-)Egoismus. Insofern ist keineswegs sichergestellt, dass Tarifhandeln und Gemeinwohlinteresse stets deckungsgleich sind. Mithin ist die Tarifaufonomie auch kein vorrangiges Schutzkonzept.

III. Verstoß gegen höherrangiges Recht

Indes verstieße eine einfachrechtliche Verpflichtung der Tarifparteien auf das Gemeinwohl gegen höherrangiges Recht, weil in unverhältnismäßiger Weise in die kollektive Koalitionsfreiheit eingegriffen würde.

Grundsätzlich sei hier auf die Ausführungen zur Verhältnismäßigkeit der „einfachen Rechtskontrolle“ verwiesen.⁷⁵² Insbesondere die Unbestimmtheit und Weite eines solchen Kontrollmaßstabes ließen an dessen Erforderlichkeit mangeln. *Löwisch/Rieble* ist zuzustimmen, dass natürlich der Staat anlässlich des Gemeinwohlschutzes den Tarifparteien konkrete Grenzen setzen darf.⁷⁵³ Schlicht seine eigene Aufgabe – nämlich das Verfolgen des Gemeinwohls – Privaten als Handlungsgrenze aufzuerlegen,

749 Ablehnend *Kempen/Zachert*, Grundlagen Rn. 172 ff; *MüArbR/Richardi*, § 152 Rn. 21; *MüArbR/Ricken*, § 200 Rn. 58 ff; skeptisch *Wiedemann*, TVG Einleitung Rn. 336 ff; *Dieterich*, Tarifaufonomie, S. 27; *Greiner*, Pluralität, S. 129; deshalb von Gemeinwohlbindung sprechend, letztlich aber konkrete Dritt-rechtsgüter prüfend: Sächsisches LAG 2.11.2007 – 7 SaGa 19/07 – NZA 2008, 59, juris-Rn. 179 ff; *Maunz-Dürig/Scholz*, Art. 9 Rn. 274; unsauber *Oppermann*, Kontrolle, S. 98 ff; erschöpfend v. *Mangoldt/Klein/Starck/Kemper*, Art. 9 Abs. 3 Rn. 3.

750 § 3 B. III. 2, S. 131.

751 *Kirchhof*, Private Rechtsetzung, S. 194: „meist fördern sie zwar faktisch das Gemeinwohl rechtlich verpflichtet sind die Koalitionen aber darauf nicht.“

752 § 3 C. III. 2, S. 134.

753 *Löwisch/Rieble*, Grundlagen Rn. 194 ff; schon *Reuß*, AuR 1971, 353, 356 f.

scheiterte indes am Bestimmtheitsgrundsatz und noch deutlicher an der Erforderlichkeit.⁷⁵⁴

F. Grundrechtskontrolle von Tarifhandeln

Auch die Kontrolle von Tarifhandeln, insbesondere von Tariffinhalten, anhand der Grundrechte der Koalitionsmitglieder oder Dritter, steht in vielen Befundfällen im Verdacht, „Tarifzensur“ zu sein. Zwar droht hier keine staatliche Regelungsanmaßung, so dass es sich nicht um Tarifzensur im hier vertretenen Sinne handelt. Allerdings besteht der Verdacht, es könne zu einer unverhältnismäßigen Rechtskontrolle kommen. Inwieweit sind also die Grundrechte der Normunterworfenen, aber auch Dritter, Kontrollmaßstab?

I. Tatbestandliche Anwendbarkeit

Auch bei der Kontrolle anhand von Grundrechten ist die Anwendbarkeit zu untersuchen. Hierbei geht es zunächst um die Grundrechtsbindung der Tarifparteien allgemein, sodann um die Einschlägigkeit des konkreten Grundrechts.

1. Grundrechtsbindung der Tarifparteien

a. Mittelbare Grundrechtsbindung

Ob die Tarifparteien unmittelbar oder nur mittelbar an die Grundrechte ihrer Mitglieder und Dritter gebunden sind, ist umstritten. Lange Zeit befürwortete die überwiegende Ansicht eine unmittelbare Bindung, wobei die Begründungen uneinheitlich waren: manche argumentierten mit der besonderen Rechtsnormwirkung des Tarifvertrages⁷⁵⁵, manche mit einer faktischen sozialen Macht.⁷⁵⁶ Daneben sympathisierte das BAG lange ganz allgemein mit einer unmittelbaren Grundrechtsbindung im Privatrecht – vielleicht auch einer der Gründe, warum ein Abstellen auf die allgemeine Grundrechtsdogmatik auch heutzutage im Bereich des Tarifrechts noch schwerfällt.⁷⁵⁷ Der überwiegende Argumentationsstrang stellte hingegen

⁷⁵⁴ So wohl auch *Kempen/Zachert*, Grundlagen Rn. 174; anders aber ArbG Chemnitz 5.10.2007 – 7 Ga 26/07 – juris, Rn. 149 ff, freilich lediglich „als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes“ im Arbeitskampfrecht.

⁷⁵⁵ Etwa *Löwisch*, RdA 2000, 312, 313; *Däubler/Schiek*, TVG Einleitung Rn. 177 ff; ablehnend *Dieterich*, Grundrechtsbindung, S. 120 ff.

⁷⁵⁶ *Däubler*, Tarifvertragsrecht Rn. 414; *Däubler/Schiek*, TVG Einleitung Rn. 184 ff.

⁷⁵⁷ Diesen Zusammenhang sieht wohl auch *Papier*: HGR II/*Papier*, § 55 Rn. 26

auf das damalige Verständnis der Tarifnormsetzung als delegierte staatliche Rechtsetzung (Delegationstheorie⁷⁵⁸) ab.⁷⁵⁹

Nach dem gewandelten Verständnis der Tarifnormsetzung (kollektive Privatautonomie⁷⁶⁰) geht heute die überwiegende Ansicht von einer lediglich mittelbaren Grundrechtsbindung aus: da Tarifnormsetzung kein staatliches, sondern vielmehr grundrechtlich geschütztes privates Handeln sei, sei eine unmittelbare Grundrechtsbindung systemfremd.⁷⁶¹ Auch für die weitere Untersuchung soll davon ausgegangen werden, dass die Tarifparteien lediglich mittelbar an die Grundrechte gebunden sind.

Dann aber bleibt nur die in der Rechtsprechung des BVerfG mittlerweile gemeinhin anerkannte mittelbare Drittwirkung der Grundrechte auch im Privatrecht. Denn zumindest der über den privatrechtlichen Rechtsstreit entscheidende Richter sei an die Grundrechte gebunden, so dass er die ihm obliegende Schutzpflicht zu Gunsten der einen Partei erfüllen müsse.⁷⁶²

b. Fraglich hierbei: Schutzniveau bei Schutzpflichtenerfüllung

Umstritten ist allerdings, welches Schutzniveau der Staat im Rahmen seiner Schutzpflichtenerfüllung bereitzustellen hat. Dies ist für die Frage der unverhältnismäßigen Rechtskontrolle (nur) als Vorfrage bedeutsam, weil sie behandelt, welchen Minimalschutz der Staat zu Gunsten der durch Tarifhandeln Belasteten gewähren *müsste*, wenn er es nicht von sich aus tut. Die unverhältnismäßige Rechtskontrolle als Belastung der Tarifparteien hingegen entsteht dort, wo der Staat zu Gunsten der Belasteten freiwillig *mehr* Schutz *gewährt als er müsste* – und sich dann die Frage stellt, ob diese Handlung im Umkehrschluss automatisch eine unverhältnismäßige Rechtskontrolle zu Lasten der Tarifparteien darstellt.

In der allgemeinen verfassungsrechtlichen Diskussion wird regelmäßig betont, dass der Staat zur Erfüllung einer Schutzpflicht zumeist nur einen

758 BAG 23.3.1957 – 1 AZR 326/56 – BAGE 4, 240, 251 vor allem juris-Rn. 20; prägnant darstellend *Löwisch/Rieble*, Grundlagen Rn. 22; Däubler/*Schiek*, TVG Einleitung Rn. 169; *Schliemann*, Arbeitsgerichtliche Kontrolle, S. 582 ff.

759 *Wiedemann*, TVG Einleitung Rn. 182 ff; umfassend *Säcker/Oetker*, S. 242 ff; prägnant *ErfK/Dieterich/Schmidt*, GG Einleitung Rn. 21.

760 Umfassend zum Stand der Rechtsentwicklung der verschiedenen Senate Däubler/*Schiek*, TVG Einleitung Rn. 170; prägnanter *Löwisch/Rieble*, Grundlagen Rn. 23; *Giesen*, Rechtsgestaltung, § 6.

761 Däubler/*Schiek*, TVG Einleitung Rn. 204ff; auch *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 581 ff.

762 Wobei es neben der Schutzpflichtenlösung andere dogmatische Ansätze gibt, die aber zum gleichen Ergebnis führen; ausführlich HGR II/*Papier*, § 55 Rn. 7 ff; *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II, § 5 Rn. 189 ff.

minimalen Schutz schuldet und auf alle weitergehenden Maßnahmen gerade kein unmittelbar verfassungsrechtlicher Anspruch besteht.⁷⁶³ In der tarifrechtlichen Diskussion wird ein intensiverer Schutz gefordert: *Löwisch/Rieble* etwa wollen den Tarifparteien (trotz lediglich mittelbarer Bindung) keinen größeren Spielraum zugestehen als dem Gesetzgeber, weil sie durch die Normsetzungsbefugnis besonders intensiv Grundrechte gefährden können.⁷⁶⁴ Umgekehrt sieht namentlich *Dieterich* im freiwilligen Koalitionsbeitritt eine Belastungseinwilligung der Mitglieder, weshalb er den Tarifparteien bei Eingriffen in Freiheitsrechte einen größeren Spielraum zugesteht.⁷⁶⁵

Indes besteht kein Anlass für eine tarifrechtliche Sonderdogmatik. Natürlich bringt die Möglichkeit, gerade durch Rechtsnormen auf fremde Rechtsgüter zuzugreifen, eine besondere Gefährdung mit sich – zumal ja selbst ein Koalitionsaustritt wegen der Nachbindung⁷⁶⁶ kein Entrinnen ermöglicht. In der Schutzpflichtenkonstellation kommt es freilich nicht in erster Linie auf die „Technik der Gefährdung“ an: ob ein Dritter durch rein faktisches Tun Leib oder Leben oder ob er durch Verträge die Privatautonomie der vermögensschwachen Bürgerin gefährdet, ist anfangs unerheblich. Stets ist zunächst allein entscheidend, inwieweit das zu schützende Rechtsgut gefährdet ist.⁷⁶⁷ Hierbei mag die Bedrohung gerade durch die Möglichkeit der Rechtsnormsetzung ein zu beachtender Aspekt sein, allerdings weder der einzige noch der stets ausschlaggebende. Vielmehr erscheint die gewöhnliche Schutzpflichtendogmatik auch für diese Lagen zweckmäßig.

Daneben ist eine „strenge Grundrechtsbindung“, wie sie etwa *Löwisch/Rieble* fordern, auch vom Ergebnis nicht stimmig. Zum einen beachtet sie nicht hinreichend, dass eine unmittelbare Grundrechtsbindung im Privatrecht gerade wegen der damit verbundenen Gefährdung der Privatautonomie⁷⁶⁸, mithin also auch der Tarifautonomie begründet wird. Warum sollte man durch eine Nivellierung diese Gefahr wieder erhöhen? Auch die Befürworter dieser Ansicht sehen dieses Dilemma und wollen deshalb den Tarifparteien wiederum (in einer Art dritten Schritt) eine „Einschätzungsprärogative“ zubilligen.⁷⁶⁹ Auf den nur halb-sicheren Befund, Tarifpartei-

⁷⁶³ Umfassend HGR II/*Calliess*, § 44 Rn. 6; *Wahl/Masing*, JZ 1990, 553, 558 ff.

⁷⁶⁴ *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 581.

⁷⁶⁵ *Dieterich*, Grundrechtsbindung, passim; ablehnend mit umfassenden Nachweisen MüArbR/*Rieble/Klumpp*, § 169 Rn. 38 ff; *Söllner*, NZA 1996, 897, 905.

⁷⁶⁶ Statt aller *Löwisch/Rieble*, § 3 Rn. 224 ff.

⁷⁶⁷ Deutlich HGR II/*Calliess*, § 44 Rn. 5.

⁷⁶⁸ HGR II/*Papier*, § 55 Rn. 18.

⁷⁶⁹ Nachweise unter § 1 B. I. 1. a, S. 33; zu Recht weist *Cherdron*, Tarifliche Sanierungs- und Sozialplanvereinbarungen, S. 115 darauf hin, dass gerade wegen der praktisch laschen Handhabung kaum eine „Tarifzensur“ zu befürchten sei.

en seien nicht unmittelbar an die Grundrechte gebunden, soll eine tarifrechtliche Sonderdogmatik gesattelt werden, deren zu weitreichende Auswirkungen durch eine zweite Sonderdogmatik wieder eingefangen werden sollen.⁷⁷⁰ Dies überzeugt nicht, trägt zur Rechtsunsicherheit bei und verhindert eine klare Systembildung.

Mithin sind andere Autoren skeptisch zu dieser Nivellierung der Schutzkonzepte.⁷⁷¹ *Dieterich* etwa führt ähnlich wie hier vertreten aus, der Zweck der nur mittelbaren Grundrechtsbindung sei gerade, den Spielraum für die Tarifparteien zu erhalten. Daneben würde er für die These der Schutzniveaunivellierung einen „besonderen Begründungsaufwand“⁷⁷² erwarten, den er vermisse. Auch führe die Ansicht gerade zu einer „übermäßigen, nicht mehr sachgerechten Inhaltskontrolle von Tarifnormen, einer getarnten Tarifizensur.“⁷⁷³

Auch hinsichtlich der Bindung an die Gleichheitssätze aus Art. 3 GG gilt in meinen Augen zumindest im Grundsatz nichts anderes.⁷⁷⁴ Der Ansatz, hier handele es sich um besonders gewichtige Grundrechtspositionen, impliziert einen seltsamen Vorrang der Gleichheitsrechte vor den Freiheitsrechten, die als solche im Grundgesetz nicht angelegt ist. Auch hier meinen es die Befürworter einer „strengen Grundrechtsbindung“ nicht mit der letzten Konsequenz ernst, da sie den Tarifparteien doch wieder „Spielräume“ zugestehen wollen bzw. nicht die gleichen Anforderungen an eine Systembildung stellen.⁷⁷⁵ Der gleiche Schutz ließe sich systemkonform auch auf Basis des Untermaßverbotes realisieren.

Nichts anderes gilt meiner Ansicht nach für den Außenseiterschutz, also diejenigen Arbeitnehmer der tarifunterworfenen Arbeitgeber, die nicht Mitglieder der tarifschließenden Gewerkschaft sind. Bei diesen wird mehrheitlich bezweifelt, dass die Kontrolle der Tarifinhalte lediglich am Untermaßverbot ausreichend sei. Denn bei ihnen fehle es an jeder Einflussmöglichkeit auf den Tarifvertrag, dessen Betriebsnormen⁷⁷⁶ auch sie mit gesetzsgleicher Wirkung erfassen. Auch bestehe im Besonderen die Gefahr eines Vertrages zu Lasten Dritter, nämlich der Außenseiter. Deshalb sei bei der Kontrolle des Tarifvertrags am Maßstab der Grundrechte der Außenseiter eine volle Verhältnismäßigkeitskontrolle durchzuführen.

770 *Stütze*, Entgelthöhe, S. 455 kritisiert gleiches für den Ansatz eines mildereren Prüfungsmaßstabes wegen Einwilligung durch Beitritt.

771 Statt vieler: *ErfK/Dieterich/Schmidt*, GG Einleitung Rn. 50.

772 *Dieterich*, Grundrechtsbindung, S. 119 f.

773 *Dieterich*, Grundrechtsbindung, S. 122 f; deshalb gerade keine Verhältnismäßigkeitsprüfung; *Schliemann*, Arbeitsgerichtliche Kontrolle, S. 587.

774 So aber statt aller *JKO/Krause*, § 1 Rn. 41.

775 Unter § 1 B. I. 1. a, S. 26.

776 Zur Betriebsnorm ausführlich schon *Hanau*, RdA 1996, 158 ff.

ren.⁷⁷⁷ Allerdings kommt es auch in diesem Verhältnis nach allgemeiner Grundrechtsdogmatik nicht auf die Rechtsförmigkeit des Geschehens sondern vielmehr auf die tatsächlichen Übermacht an; insofern gilt nichts anderes als gegenüber den Mitgliedern, deren tatsächlicher Einfluss auf das Tarifiergebnis ebenfalls eher theoretischer Natur ist. Mithin scheint auch hier die Schutzpflichtenlösung dem Schutzbedürfnis vor Fremdbestimmung hinreichend gerecht zu werden.⁷⁷⁸

c. Zwischenergebnis

Insofern ist der Staat lediglich verpflichtet, Tarifhandeln am Untermaßverbot zu kontrollieren. Dies gilt sowohl im Verhältnis zu den Mitgliedern als auch gegenüber Dritten.

2. Anwendbarkeit der Grundrechte im Übrigen

Geht man von einer Grundrechtsbindung der Tarifparteien aus, sind die Grundrechte als Kontrollmaßstab auch im Übrigen anwendbar.⁷⁷⁹ Insbesondere sind sie natürlich trotz ihrer tatbestandlichen Unbestimmtheit echte Rechtskontrolle und nicht etwa abzulehnende Zweckmäßigkeits- und Billigkeitskontrolle.⁷⁸⁰

II. Tarifaufonomie als vorrangiges Schutzkonzept

Die Tarifaufonomie ist auch kein vorrangiges Schutzkonzept um sicherzustellen, dass die Grundrechte der Mitglieder, vor allem aber auch der Außenseiter gewahrt werden. Vielmehr geht es gerade um den Schutz vor Gefährdungen, die erst durch die Betätigung der Tarifaufonomie entstehen.

⁷⁷⁷ BAG 8.12.2010 – 7 ABR 98/09 – NZA 2011, Rn. 47, wobei den Tarifparteien ein wie auch immer gearteter „Gestaltungsfreiraum und Einschätzungsprärogative“ zustehen soll; *Giesen*, Rechtsgestaltung, S. 258; *Dieterich*, Grundrechtsbindung, S. 133; *Schliemann*, Arbeitsgerichtliche Kontrolle, S. 588 ff.

⁷⁷⁸ Mit anderer Begründung *Gornik*, NZA 2012, 1399, 1404; skeptisch zur Einflussmöglichkeit des Mitglieds zu Recht auch *Gamillscheg*, AuR 2001, 226, 228: „Der Beitritt zum Verband ist eine erfreuliche Verstärkung des demokratischen Elements in diesem Vorgang, nicht mehr. Daß niemandem, Außenseiter wie Mitglied, dadurch ein Leid zugefügt wird, dafür sorgt die Drittwirkung der Grundrechte [...]“.

⁷⁷⁹ Auch für die Gleichheitsrechte *Larenz*, SR AT S. 52; ob aus diesem Grund aber auch zwingend eine Generalklausel Prüfungsmaßstab von Tarifhandeln sein muss, damit die Grundrechte durch sie wirken können, ist umstritten; mithin sei nur auf *Hager*, JZ 1994, 373, 376 verwiesen.

⁷⁸⁰ So aber falsch *Hagedorn*, Tarifsozialpläne, S. 275 f; richtig hingegen ausdrücklich zu Art. 12 GG des Arbeitgebers *Fischinger*, Arbeitskämpfe, S. 165.

III. Verhältnismäßigkeit des Ausgleichs zwischen Koalitionsfreiheit und kollidierenden Grundrechten

In einem dritten Schritt ist zu untersuchen, ob der jeweilige Kontrollmaßstab gegen höherrangiges Recht verstößt, mithin die kollektive Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG übermäßig beeinträchtigt. Wenn allerdings die Grundrechte selbst Prüfungsmaßstab sind, wäre es rein sprachlich missverständlich von einem Verstoß gegen höherrangiges Recht zu sprechen. Vielmehr geht es darum, ob der notwendige Ausgleich zwischen zwei Grundrechtspositionen misslingt.

1. Zurücktreten der kollektiven Koalitionsfreiheit?

Ein Ansatz wäre, die kollektive Koalitionsfreiheit stets hinter die Grundrechte der Normunterworfenen zurücktreten zu lassen – weil man der Ansicht ist, die Koalitionen seien nicht um ihrer selbst willen geschützt sondern nur zur Förderung der Individuen. Komme es zur Kollision, sei dem individualrechtlichen Grundrechtsschutz stets der Vorrang einzuräumen.⁷⁸¹ Indes negierte dies weitestgehend die grundsätzliche Anerkennung der kollektiven Koalitionsfreiheit. Denn welcher Tarifinhalt berührte nicht irgendein Grundrecht? Insofern wollen selbst diejenigen Autoren, die den Individualschutzcharakter der Grundrechte betonen, nicht stets ein Zurücktreten der kollektiven Koalitionsfreiheit für den richtigen Ausgleich halten.⁷⁸²

2. Vielmehr: Praktische Konkordanz

Vielmehr ist wie bei übrigen Grundrechtskollisionen praktische Konkordanz zwischen den widerstreitenden Positionen herzustellen, mithin beide Grundrechte in einen möglichst schonenden Ausgleich zu setzen.⁷⁸³ Kein Grundrecht darf hierbei vollständig zurücktreten. Wie der Ausgleich im Einzelfall auszufallen hat, lässt sich nicht losgelöst vom Einzelfall darlegen; maßgeblich sind insbesondere Grad der Beeinträchtigung, mögliche Alternativen und andere schutzwürdige Belange.

⁷⁸¹ Belling, ZfA 1999, 547, 607 f.; ähnlich Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, Rn. 1155; Hromadka, DB 2003, 42, 43; einschränkend Maunz-Dürig/Scholz, Art. 9 Rn. 240.

⁷⁸² Ablehnend BAG 25.10.2000 – 4 AZR 438/99 – NZA 2001, 328, 300, juris-Rn. 51; auch ErfK/Dieterich, Art. 9 GG Rn. 39: „kaum kalkulierbare Tarifzensur.“.

⁷⁸³ Statt aller: HGR II/Calliess, § 44 Rn. 34; aus neuester Zeit auch Franzen/Thüsing/Waldhoff, Arbeitskampf, S. 62 ff; dogmatisch skeptisch v. Mangoldt/Klein/Starck/Kemper, Art. 9 Rn. 122 ff.

3. Unverhältnismäßige Beschränkung der Koalitionsfreiheit

In den bisherigen Ausführungen ging es darum, wie sich staatliche Organe im Optimalfall zu verhalten haben. Es wurde untersucht, welchen Schutz sie auf Grund einer grundgesetzlichen Schutzpflicht mindestens gewähren müssen⁷⁸⁴; auch wurde untersucht, nach welchem Maßstäben sie einen Ausgleich zwischen den Grundrechtspositionen herzustellen haben.⁷⁸⁵

Für die unverhältnismäßige Rechtskontrolle geht es allerdings um die umgekehrte Frage: wie weit darf das staatliche Organ in Erfüllung dieser Schutzpflicht gehen, bevor umgekehrt der gewählte Ausgleich zu sehr zu Lasten der Tarifparteien geht.⁷⁸⁶

Grundsätzlich sind drei Modelle denkbar: entweder man sieht den Staat nur zur Erfüllung des Schutzpflichtminimums berechtigt; alles Darüberhinausgehende wäre spiegelbildlich sogleich eine unverhältnismäßige Beschränkung der Koalitionsfreiheit.⁷⁸⁷ Oder aber man sieht ihn verpflichtet, zur praktischen Konkordanz stets den bestmöglichen Ausgleich herzustellen (bildlich: in der Mitte). Weicht er hiervon in die eine oder andere Richtung ab, ist dies unmittelbar eine unverhältnismäßige Beschränkung des jeweiligen Grundrechts. Oder aber man betont den Handlungsspielraum der staatlichen Organe: sie sind in der konkreten Ausgestaltung frei, solange sie sich in der großen Bandbreite zwischen Untermaßverbotsverletzung auf der einen Seite und Übermaßverbotsverletzung auf der anderen Seite bewegen. Von letzterer Ansicht geht die überwiegende verfassungsrechtliche Literatur aus.⁷⁸⁸ Denn zum Ausgleich von Grundrechtspositionen ist in erster Linie der Gesetzgeber berufen – und diesem steht anerkanntermaßen ein großer Regelungsspielraum zu.⁷⁸⁹ Ein Gesetz ist nicht lediglich der Vollzug des jeweiligen Über- und Untermaßverbotes.

Es wird deutlich: auf die umstrittene Frage, welchen Schutz staatliche Organe zu Gunsten von Tarifhandeln Betroffener gewähren müssen, kommt es für die unverhältnismäßige Rechtskontrolle gar nicht an. Eine Grundrechtsverletzung der Tarifparteien, mithin ein unverhältnismäßiger Ausgleich der widerstreitenden Rechtspositionen, liegt erst bei Verletzung des Übermaßverbotes vor. Für den Verfassungsrechtsschutz der Tarifparteien

⁷⁸⁴ Unter § 3 F. I. 1. b, S. 169.

⁷⁸⁵ Unter § 3 F. III. 2, S. 173.

⁷⁸⁶ Deutlich unterscheidend schon *Wahl/Masing*, JZ 1990, 553, 560 ff.

⁷⁸⁷ In diese Richtung wohl *ErfK/Dieterich/Schmidt*, GG Einleitung Rn. 50: „Dieser Gestaltungsspielraum muss auch der kollektiven Privatautonomie zur Verfügung stehen, ist also der gerichtl. Kontrolle entzogen.“

⁷⁸⁸ *Isensee*, HStR IX, § 191 Rn. 220 f; HGR II/*Callies* § 44 Rn. 33 will einen „Korridor“ skizzieren; *Canaris*, JuS 1989, 161, 163.

⁷⁸⁹ Ausdrücklich *Wahl/Masing*, JZ 1990, 553, 554 f; die freiheitliche Dimension betonend auch *Isensee*, HStR IX, § 191 Rn. 317; HStR VIII/*Scholz*, § 175 Rn. 43.

ist es also unerheblich, wie weit man den Minimalschutz der Normunterworfenen versteht. Vielmehr betont ein geringerer Minimalschutz die Handlungsmöglichkeiten des Staates, ein weitergehender Minimalschutz beschneidet sie – und erleichtert Verfassungsbeschwerden, da plötzlich fast alles ein Verfassungsverstoß wäre. Dies überzeugt nicht; vielmehr haben staatliche Organe breite Handlungsmöglichkeiten. Innerhalb der so definierten Bandbreite besteht für die Gerichte für Arbeitssachen (solange der Gesetzgeber untätig bleibt⁷⁹⁰) ein großer Spielraum, den Normunterworfenen einen besseren Schutz zu gewähren, soweit dies im Rahmen der praktischen Konkordanz notwendig erscheint.⁷⁹¹

Gegen das Übermaßverbot verstößt der gewählte Ausgleich nach den bekannten Kriterien⁷⁹²: zumindest muss die Beschränkung der Koalitionsfreiheit zum Schutz des anderen Grundrechts geeignet und erforderlich sein, schließlich für diesen Fall die konkrete Ausgestaltung angemessen. Hierfür soll verwiesen werden.⁷⁹³

IV. Zwischenergebnis

Für das System von Tarifizensur und unverhältnismäßiger Rechtskontrolle bedeutet dies: auch die Grundrechtskontrolle von Tarifhandeln kann eine unverhältnismäßige Rechtskontrolle darstellen. Dies ist freilich nicht schon dann der Fall, wenn der Staat die Grundrechte der Normbetroffenen stärker schützt, als er auf Grund der grundrechtlichen Schutzpflichten müsste. Erst wenn der gewählte Ausgleich gegen das Übermaßverbot verstößt, mithin die kollektive Koalitionsfreiheit unverhältnismäßig beschränkt, liegt ein Fall der unverhältnismäßigen Rechtskontrolle im hier verstandenen Sinne vor.

790 Noch strenger *Burkiczak*, RdA 2007, 17, 19, der der Rechtsprechung eine eigene Schutzpflichtengewährung untersagen möchte, wenn der Gesetzgeber untätig bleibt; ebenso *Gornik*, NZA 2012, 1399, 1403; *Schliemann*, Arbeitsgerichtliche Kontrolle, S. 586, wegen § 1 TVG.

791 Hierauf hinweisend *Schwarze*, ZTR 1996, 1, 6; deshalb ist es aber umgekehrt auch nicht zu bestanden, wenn ein Gericht keinen über die Schutzpflicht hinausgehenden Schutz gewährleistet, um die Tarifparteien nicht zu stark zu beeinflussen, „keine Tarifizensur“ zu üben: *Gamillscheg*, AuR 2001, 228, 229; deshalb verletzt es auch nicht die kollektive Koalitionsfreiheit, wenn das BAG bei Betriebsnormen intensiver prüft, als es nach hier vertretener Ansicht müsste; anders *Dieterich*, Grundrechtsbindung, S. 122, der gerade dies als „getarnte Tarifizensur“ bezeichnet.

792 So wohl auch HGR II/*Calliess*, § 44 Rn. 10.

793 § 3 C. III. 2, S. 134.

G. Verhältnismäßigkeitskontrolle des Streiks

Nach dem Beschluss des Großen Senates des BAG von 1971 stehen Arbeitskampfmaßnahmen „unter dem Gebot der Verhältnismäßigkeit“.⁷⁹⁴ Mithin dürfen sie nur durchgeführt werden, wenn sie geeignet und sachlich erforderlich sind; auch die Durchführung darf nicht über das hinausgehen, was zur Zielerreichung erforderlich ist.⁷⁹⁵ Schon von Beginn an stand diese Rechtsprechung in der Kritik, „Tarifzensur“ zu sein. Ein derart unbestimmter Kontrollmaßstab ermögliche letztlich eine reine Zweckmäßigkeitskontrolle.⁷⁹⁶

Die Prüfung von Arbeitskampfmaßnahmen auf ihre Verhältnismäßigkeit ermöglicht freilich keine Tarifzensur im Sinne einer staatlichen Tarifregulierungsanmaßung: es verbleibt bei der Kassation, der Staat setzt nichts an Stelle des Tarifhandelns. Angesichts der Weite und Unbestimmtheit des Kontrollmaßstabes erscheint indes denkbar, dass er eine unverhältnismäßige Rechtskontrolle von Tarifhandeln darstellt. Wegen der größeren Praxisrelevanz beschränken sich die folgenden Ausführungen exemplarisch auf den Streik. Allerdings wären Kontrollen anderer Arbeitskampfmaßnahmen gleich zu bewerten.

I. Tatbestandliche Anwendbarkeit

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG sind nur verhältnismäßige Streiks rechtmäßig; trotz fehlender ausdrücklicher Normierung ist die Verhältnismäßigkeitskontrolle tatbestandlich anwendbar.

II. Tarifaufonomie als vorrangiges Schutzkonzept

Die Tarifaufonomie, aber auch die kollektive Koalitionsfreiheit allgemein, ist kein vorrangiges Schutzkonzept zum Schutz der durch den Streik betroffenen Drittinteressen. Vielmehr erlaubt das Streikrecht gerade eigennützige Handlungen der Tarifparteien; der Schutz des Gemeinwohls und Rechte Dritter hingegen obliegt alleine staatlichen Organen.

III. Verstoß gegen höherrangiges Recht

1. Einfachrechtlicher Charakter des Kontrollmaßstabes

Für die Frage, ob der Kontrollmaßstab der „Verhältnismäßigkeit“ seinerseits gegen höherrangiges Recht verstößt, ist entscheidend, ob es sich um eine grundgesetzmännliche oder einfachrechtliche Grenze von Tarifhan-

794 BAG 21.4.1971 – GS 1/68 – BAGE 23, 292, Leitsatz 1.

795 BAG 21.4.1971 – GS 1/68 – BAGE 23, 292, 306, juris-Rn. 66 f.

796 Unter § 1 B. II. 1, S. 33.

deln handelt. Mithin ist⁷⁹⁷ zu fragen: enthält schon Art. 9 Abs. 3 GG eine inzidente Grundrechtsausübungsschranke der Verhältnismäßigkeit – oder aber hat das BAG als den Gesetzgeber vertretender Richterrechtsgeber einen einfachrechtlichen Ausgleich mit anderen Rechtspositionen normiert?

Schon die ersten Auseinandersetzungen der Rechtswissenschaft mit dem Beschluss des Großen Senates haben zutreffend erkannt, dass es sich bei dem „Gebot der Verhältnismäßigkeit“ nicht um eine Schutzbereichsbegrenzung der kollektiven Koalitionsfreiheit selbst handelt, sondern um eine vom BAG „gesetzte“, einfachrechtliche Schranke. So spricht etwa *Däubler* davon, dass der Große Senat „im Grunde nur Generalklauseln entwickelt“ habe.⁷⁹⁸ Auch das BAG bekennt sich in neueren Entscheidungen eindeutig zum einfachrechtlichen Charakter. Das Gebot der Verhältnismäßigkeit sei eine „gesetzesvertretende Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts.“⁷⁹⁹

Insoweit geht es auch nicht um die Herstellung praktischer Konkordanz im engeren Sinne.⁸⁰⁰ Dies würde voraussetzen, dass der Ausgleich zwischen beiden Positionen bisher unnormiert wäre. Sobald der Gesetzgeber – oder der ihn vertretende Richterrechtsgeber – eine allgemeingültige Rechtsnorm erlassen hat, hat er sich entschieden, wie er innerhalb der großen Bandbreite zwischen Untermaßverbot und Übermaßverbot regeln möchte. Dann ist zu fragen, ob die gewählte Rechtsnorm gegen höherrangiges Recht, zumeist gegen das Übermaßverbot, verstößt. Umgekehrt ist *Däubler* beizupflichten, dass auch bei Abschaffung des „Gebots der Verhältnismäßigkeit“ und der dann folgenden Einzelfallabwägungen zwischen Grundrechtspositionen das gleiche Ergebnis erzielt werden könnte.⁸⁰¹

Der einfachrechtliche Charakter klärt auch einen gewichtigen Kritikpunkt der Literatur auf: so wurde vor allem die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzip zu Lasten Privater⁸⁰² kritisiert. Indes ist zu unterscheiden zwischen dem Verhältnismäßigkeitsprinzip als Grenze staatlichen Handelns und der durch das BAG „gesetzten“, einfachrechtlichen Schranke privaten Handelns. Allerdings hat der Große Senat zu dieser Verwechs-

797 Wie auch schon bei den „tragenden Grundsätzen des Arbeitsrechts“ (§ 3 D. VI) und der „Gemeinwohlkontrolle“ (§ 3 E).

798 *Däubler*, JuS 1972, 642; auch *Seiter*, Streikrecht; S. 148 ff; anders etwa *Mü-ArbR/Ricken*, § 200 Rn. 45.

799 BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 – NZA 2007, 1055, 1058, juris-Rn. 24.

800 So aber etwa *Däubler*, Arbeitskampfrecht, Kapitel 14 Rn. 18.

801 *Däubler*, Arbeitskampfrecht, Kapitel 14 Rn. 19.

802 Umfassend statt aller nur *Kreuz*, Verhältnismäßigkeit, S. 48 ff; v. Mangoldt/Klein/Starck/Kemper, Art. 9 Abs. 3 Rn. 163; aus neuerer Zeit *Engels*, Arbeitskampfrecht, S. 124 f.

lung durch eine unglückliche Wortwahl beigetragen: er hätte die vom ihm „gesetzte“ Grenze anders benennen sollen, etwa „Schonungspflicht“. Dann wäre gar nicht der Eindruck entstanden, das Instrument, das seit jeher im Öffentlichen Recht zur Begrenzung staatlicher Macht zu Gunsten Privater angewendet wurde, wendete sich plötzlich (gerade und nur) im Bereich der kollektiven Koalitionsfreiheit gegen den Privaten. Vielmehr handelt es sich um zwei getrennte Instrumente, die auch sprachlich hinreichend geschieden werden sollten.⁸⁰³

Die Anordnung eines Verhältnismäßigkeitsprinzips ist keine privilegierte Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts sondern vielmehr Eingriff. Unabhängig von der grundsätzlich fragwürdigen Unterscheidung⁸⁰⁴ will es nicht nur „das Verhältnis der Tarifvertragsparteien zueinander“ regeln sondern vielmehr zum Schutz „Grundrechte Dritter und andere[r] mit Verfassungsrang ausgestattete[r] Rechte“ einschränken.⁸⁰⁵

2. Schranken-Schranke Verhältnismäßigkeit

Der vom BAG „gesetzte“, unglücklich bezeichnete Kontrollmaßstab der Verhältnismäßigkeit⁸⁰⁶ muss zum einen den Schutz anderer Rechtsgüter von Verfassungsrang verfolgen und sich daneben als einfachrechtliche Schranke seinerseits am „echten“ Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im öffentlich-rechtlichen Sinne messen lassen. Mithin müsste er zum Schutz der anderen Rechtsgüter von Verfassungsrang geeignet, erforderlich und angemessen, also verhältnismäßig im engeren Sinne sein.

Auch wenn der Große Senat es nicht so ausdrücklich formuliert, dient das Gebot der Verhältnismäßigkeit dem Schutz anderer Rechtsgüter von Verfassungsrang: zumindest Grundrechte Dritter werden regelmäßig anzuführen sein. In neueren Entscheidungen führt dies auch das BAG aus.⁸⁰⁷

803 So letztlich wohl auch *Seiter*, Streikrecht, S. 155; kritisch auch *Greiner*, Pluralität, S. 457: „eigenständiger Argumentationstopos ohne normative Anknüpfung“; ausdrücklich ablehnend hingegen *Kreuz*, Verhältnismäßigkeit, S. 45 f.

804 Unter § 3 C. III. 1, S. 134.

805 BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212, 228; zustimmend Maunz-Dürig/Scholz, Art. 9 Rn. 317; Dreier/Bauer, Art. 9 Rn. 91; anders aber BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 – NZA 2007, 1055, 1058, Rn. 24; zustimmend Jarass/Pieroth, Art. 9 GG, Rn. 53; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 1130.

806 Den Unterschied deutlich betonend schon *Kreuz*, Verhältnismäßigkeit, S. 45.

807 BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 – NZA 2007, 1055, 1058, juris-Rn. 25; in der Tat dürfte es zweifelhaft sein, schon mit einem Abstellen auf pauschale „Allgemeininteressen“ einen Eingriff zu rechtfertigen, *Däubler*, Arbeitskampfrecht, Kapitel 14 Rn. 19. Freilich spricht das von ihm kritisierte ArbG Chemnitz (5.10.2007 – 7 Ga 26/07) vom „Gemeinwohl“. Hierzu schon unter § 3 E.

a. Geeignetheit

Zum Schutz dieser Rechtsgüter ist das Gebot der Verhältnismäßigkeit auch ein geeignetes Mittel. Zwingt man die Tarifparteien zur Mäßigkeit und zur Berücksichtigung von Drittinteressen, ist dies geeignet, deren Rechtspositionen zu schützen.

b. Erforderlichkeit

Wegen seiner Unbestimmtheit erscheint allerdings fraglich, ob das Gebot der Verhältnismäßigkeit zum Rechtsgüterschutz erforderlich ist.⁸⁰⁸ Je weiter und unbestimmter eine Norm, desto zweifelhafter ist, dass sie so zum Schutz erforderlich ist und nicht vielmehr anlässlich eines berechtigten Schutzes weit über diesen hinausgeht. Mithin ist die bereits zum Beschluss des Großen Senates aber auch in der Folgezeit geäußerte Kritik am „Gebot der Verhältnismäßigkeit“ in erster Linie eine Kritik an Bestimmtheit und damit Erforderlichkeit gewesen.⁸⁰⁹

Ob das „Gebot der Verhältnismäßigkeit“ zum Schutz der anderen Rechtsgüter von Verfassungsrang wirklich in dieser Weite erforderlich ist, erscheint fraglich, kann in dieser systembildenden Arbeit jedoch offenbleiben. Zu Gunsten des BAG ist anzuführen, dass das Arbeitskampfrecht gesetzlich nicht reguliert ist und konkretere Kontrollmaßstäbe der sich schnell verändernden und facettenreichen Lebenswirklichkeit nicht gerecht geworden wären. Auch dem Gesetzgeber wird deshalb zugestanden, nicht nur bestehende Generalklauseln aufrechtzuerhalten sondern sogar neue zu schaffen⁸¹⁰ und auf eine fallgruppenbildende Anwendung durch die Gerichte zu setzen. Gleiches wäre dem gesetzvertretenden BAG zuzugestehen.⁸¹¹ Auch ist der Maßstab inzwischen durch einige Anwendungen klarer konturiert. Die Argumente der rechtswissenschaftlichen Untersuchungen sind umgekehrt ebenfalls schwerwiegend.

c. Angemessenheit

Unterstellt man wie hier die Erforderlichkeit des Kontrollmaßstabes, so kommt es schließlich auf seine Angemessenheit an. Diese kann nicht pauschalisierend losgelöst vom Einzelfall beantwortet werden. Maßgeblich ist, wie intensiv das zu schützende Rechtsgut gefährdet, andererseits wie stark

808 Unter § 3 C. III. 2. b, S. 135.

809 BAG 10.6.1980 – 1 AZR 822/79 – juris, Rn. 111; statt vieler *Däubler*, JuS 1972, 642.

810 BVerfG 12.11.1958 – 2 BvL 4/56, 2 BvL 26/56, 2 BvL 40/56, 2 BvL 1/57, 2 BvL 7/57 – NJW 1959, 475, 478.

811 Ausdrücklich für die Erforderlichkeit einer solchen Generalklausel mit historischen und rechtsvergleichenden Argumenten *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 1128.

in die Koalitionsfreiheit eingegriffen wird. Die Angemessenheit ist besonders zweifelhaft, wenn in das klassische Hausgut der Tarifparteien eingegriffen wird oder ihnen aber kaum mehr Regelungsspielraum verbleibt.⁸¹²

Allerdings beschränkt das BAG das „Gebot der Verhältnismäßigkeit“ selbst wieder, um den Handlungsspielraum der Tarifparteien zu erhalten und damit einen möglichst angemessenen Ausgleich zwischen kollektiver Koalitionsfreiheit und dem Drittrechtsgut herzustellen. So sei eine Kampfmaßnahme nur dann rechtswidrig, wenn sie „offensichtlich ungeeignet“ ist.⁸¹³ Auch die Beurteilung der Erforderlichkeit soll grundsätzlich der Einschätzung der Tarifpartei unterliegen; beanstandet werden nur offensichtliche Fehler.⁸¹⁴ Bei den richterrechtlichen Anforderungen der „Geeignetheit“ und „Erforderlichkeit“ wird also versucht, eine zu starke Belastung der kollektiven Koalitionsfreiheit dadurch zu verhindern, dass nur in offensichtlichen Fällen ein Verstoß angenommen wird. Hierdurch wird das zu schützende Rechtsgut hinreichend verteidigt, umgekehrt auch die Koalitionsfreiheit geschont.⁸¹⁵

Daneben soll ein Arbeitskampf nur dann rechtmäßig sein, wenn er auch „angemessen“ ist. Dies bedeutet dem BAG zufolge: „Verhältnismäßig im engeren Sinn (proportional) ist ein Arbeitskampfmittel, das sich unter hinreichender Würdigung der grundrechtlich gewährleisteten Betätigungsfreiheit zur Erreichung des angestrebten Kampfziels unter Berücksichtigung der Rechtspositionen der von der Kampfmaßnahme unmittelbar oder mittelbar Betroffenen als angemessen darstellt. Insoweit steht einer Arbeitskampfpartei keine Einschätzungsprärogative zu, geht es doch hierbei nicht um eine tatsächliche Einschätzung, sondern um eine rechtliche Abwägung.“⁸¹⁶

Indes wird auch bei der richterrechtlichen Anforderung der „Angemessenheit“ versucht, eine zu starke Belastung der kollektiven Koalitionsfreiheit zu vermeiden. Zum einen soll die Höhe der erhobenen Forderung nicht mit in die Abwägung einfließen dürfen, zum anderen sei zu Gunsten der Tarifparteien zu berücksichtigen, dass es „Wesen einer Arbeitskampfmaßnahme [sei], durch Zufügung wirtschaftlicher Nachteile Druck“ auszu-

812 Unter § 3 C. III. 2. c. aa, S. 139.

813 *Däubler*, Arbeitskampfrecht, Kapitel 14 Rn. 5.

814 BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08 – NZA 2009, 1347, 1352, juris-Rn. 43.

815 Weitergehend *Franzen/Thüsing/Waldhoff*, Arbeitskampf, S. 89: „Dabei handelt es sich doch um eine erhebliche Uminterpretation des vom Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts geschaffenen abstrakten Rechtssatzes.“

816 BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 – NZA 2007, 1055, 1058, juris-Rn. 28; umfassend dargestellt auch schon bei *Däubler*, Arbeitskampfrecht, Kapitel 14 Rn. 10.

üben.⁸¹⁷ Mithin finden sich zwei Wertungselemente, die auch im hier vertretenen System dargestellt wurden: zum einen ist das Verhalten speziell zu schützen, für das Art. 9 Abs. 3 GG gewissermaßen eine Sondererlaubnis statuieren möchte.⁸¹⁸ Also darf zu Lasten des Streiks nicht bewertet werden, dass er Schäden verursacht – denn das soll er gerade dürfen. Zum anderen soll ein Zugriff auf das „Hausgut“ der Tarifparteien vermieden werden. Deshalb soll auch die Forderungshöhe nicht in die Bewertung der Angemessenheit einfließen – da hierfür jeder objektive Maßstab fehlt und ihre Bemessung gerade ureigenes Recht der Tarifparteien ist.⁸¹⁹

Mithin versucht das BAG, zu starke Eingriffe in die kollektive Koalitionsfreiheit zu vermeiden. Umgekehrt ist das „Gebot der Verhältnismäßigkeit“ hinreichend schneidig, um den Schutz elementarer Grundrechtspositionen Drittbetroffener (etwa das oft zitierte Beispiel von Leib und Leben beim Krankenhausstreik⁸²⁰) sicherzustellen. Das „Gebot der Verhältnismäßigkeit“ von Arbeitskampfmaßnahmen ist also seinerseits angemessen.⁸²¹

3. Vereinbarkeit mit Art. 11 EMRK

Internationale Abkommen wie die EMRK können Anlass für eine konventionsfreundliche Auslegung des nationalen Rechts sein – oder aber, in ihrem Rang als einfaches Bundesrecht, sogar der richterrechtlichen Gestaltung des Streikrechts Grenzen setzen.⁸²² Während nicht behauptet wird, die Tarifynhaltsfreiheit sei in Deutschland konventionswidrig beschränkt, wird die Vereinbarkeit des Streikrechts in den letzten Jahren in Frage gestellt. Insbesondere die Rechtswidrigkeit des Beamtenstreiks steht in der Kritik.⁸²³

Persönlich sind durch Art. 11 EMRK sowohl Gewerkschaften⁸²⁴ als auch über den Wortlaut hinaus Arbeitgeberverbände⁸²⁵ geschützt, in sachlicher

817 Däubler, Arbeitskampfrecht, Kapitel 14 Rn. 11 f; weshalb es sich letztlich um eine reine Exzesskontrolle handele, so Stütze, Entgelthöhe, S. 556.

818 Unter § 3 C. III. 2. c. aa, S. 139.

819 Umfassend MüArbR/Ricken, § 200 Rn. 51 ff.

820 Däubler, Arbeitskampfrecht, Kapitel 14 Rn. 18.

821 Zustimmend wohl auch HStR VIII/Scholz, § 175 Rn. 129; hiernach fragend schon Däubler, JuS 1972, 642, 646; umfassend untersuchend, wie das an sich gefährliche Instrument der Verhältnismäßigkeit noch verhältnismäßig gehandhabt werden kann: Kreuz, Verhältnismäßigkeit, S. 157 ff: „Feineinstellung“; ähnlich auch Seiter, Streikrecht, S. 178 f, 538 ff; letztlich auch Stütze, Entgelthöhe, S. 577.

822 Zur neueren Entwicklung Nußberger, RdA 2012, 270, 272; Grote/Marauhn/Giegerich, EMRK/GG Kap. 2 Rn. 45; weiterführend auch § 3 C. III. 5, S. 145.

823 So Polakiewicz/Kessler, NVwZ 2012, 841, 842; strenger Bitsch, ZTR 2012, 78, 80.

824 Grabenwarter/Pabel, EMRK § 23 Rn. 86.

Hinsicht hält der EGMR seit seinem Urteil aus 2008 in Sachen *Demir u. Baykara/Türkei* das Streikrecht ebenfalls für mitumfasst.⁸²⁶ Mithin müssen sich alle Einschränkungen des Streikrechts an Art. 11 Abs. 2 EMRK messen lassen. Erforderlich ist ein einschränkendes Gesetz, das geeignet und notwendig zur Verfolgung bestimmter Rechtsgüter ist, etwa der öffentlichen Sicherheit oder aber auch der Rechte und der Freiheiten anderer. Schließlich muss die Einschränkung verhältnismäßig sein.⁸²⁷

Schon am Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage könnte die Rechtfertigung scheitern, ist doch das Verhältnismäßigkeitsprinzip eine ungeschriebene, richterrechtliche Grenze des Streikrechts. Auch hier kommt es also darauf an, wie weit man die Wesentlichkeitstheorie versteht. Zwar bestehen berechtigte Zweifel, ob das schon im nationalen Recht umstrittene⁸²⁸ einschränkende Verständnis des BVerfG⁸²⁹ sich auch vor dem EGMR durchsetzt. Andererseits betont die Literatur zu Recht, dass die EMRK grundsätzlich die verschiedenen nationalen Systematiken beachtet. „Es kann allerdings nur ein solcher Gesetzesbegriff sein, der die unterschiedlichen Rechtsquellen der Rechtssysteme der Vertragsstaaten oder Friktionen zu verarbeiten in der Lage ist. [...] Dabei ist [...] Zurückhaltung geboten, wenn man die EMRK insoweit nicht überstrapazieren will.“⁸³⁰ Es erscheint deshalb nicht ausgeschlossen, dass der EGMR auch eine beständige und offen kommunizierte richterrechtliche Anforderung mangels gesetzlicher Normierung unter Berücksichtigung der Besonderheiten des deutschen kollektiven Arbeitsrechts als gesetzliche Grundlage einer Grundrechtseinschränkung anerkennt.

Erkennt man im richterrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine geeignete Einschränkunggrundlage, so hält das Prinzip auch einer Prüfung anhand von Art. 11 EMRK stand. Das BAG bezweckt berechtigterweise den Schutz der anderen Tarifpartei, aber auch der Rechte Dritter.⁸³¹ Wie zur Kontrolle anhand von Art. 9 Abs. 3 GG ausgeführt erscheint zumindest die zurückhaltend ausgeübte Verhältnismäßigkeitskontrolle unter Ausklammerung bestimmter, die Tarifaufonomie besonders belastender

825 *Meyer-Ladewig*, Art. 11 EMRK Rn. 18.

826 EGMR 12.11.2008 – 34503/97 – *Demir u. Baykara/Türkei*, NZA 2010, 1425; zur Rechtsprechungsentwicklung *Fütterer*, EuZA 2011, 505, 511 f.

827 *Grote/Marauhn/Grabenwarter/Marauhn*, EMRK/GG, Kap. 7 Rn. 41 ff.

828 Statt aller *Sachs/Höfling*, Art. 9 Rn. 96; zuletzt wieder *Franzen/Thüsing/Waldhoff*, Arbeitskampf, S. 44 ff.

829 BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212, Rn. 39 ff.

830 *Grote/Marauhn/Grabenwarter/Marauhn*, EMRK/GG, Kap. 7 Rn. 21 f; recht weitgehend etwa für das Verbot des Beamtenstreiks auch *Lörcher*, AuR 2009, 229, 234; *Sagan*, Kollektivmaßnahmen, S. 172; zum Parallelproblem in der ESC ausführlich *Däubler/Lörcher*, Arbeitskampfrecht, § 10 Rn. 29.

831 § 3 G. III, S. 176.

Bewertungsfaktoren, als noch verhältnismäßiger Ausgleich der kollektiven Koalitionsfreiheit mit den kollidierenden Rechtspositionen. Es gelten also auch zu Art. 11 EMRK die deutschrechtlichen Erwägungen.⁸³²

4. Vereinbarkeit mit Art. 6 ESC

Auch Art. 6 ESC führt zu keiner anderen Bewertung. Zunächst enthält die ESC „keine subjektiven Verbürgungen“⁸³³ und wird deshalb zu Recht als „letztlich zahnloser Tiger“⁸³⁴ bezeichnet. Allerdings neigt der EGMR zu einer „Aufladung“ von Art. 11 EMRK mit anderen völkerrechtlichen Übereinkommen, etwa der ESC. So könnte es zumindest zu einer mittelbaren Wirkung auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip im nationalen Streikrecht kommen.

Indes steht Art. 6 Abs. 4 ESC diesem Prinzip nicht entgegen. Das nationale Recht wird regelmäßig vom Europäischen Ausschuss für Soziale Rechte auf seine Vereinbarkeit mit der Konvention untersucht. Hinsichtlich des Streikrechts wird moniert: „Streiks, die nicht auf den Abschluss eines TV zielen, sind verboten; die Anforderungen an eine Gruppe von AN zur Bildung einer Gewerkschaft [...] begründen eine übermäßige Beschränkung des Streikrechts.“⁸³⁵ Hinsichtlich des Verhältnismäßigkeitsprinzips wird lediglich angeführt, dass im einstweiligen Rechtsschutz keine einheitliche Handhabung gesichert ist. Unter diesem Aspekt „behält sich [der Ausschuss] seine Bewertung [...] vor.“⁸³⁶

Im Übrigen erfüllt Deutschland alle Vorgaben aus Art. 6 ESC. Maßgeblich sei, „ob Eingriffe nicht die Substanz des Streikrechts beeinträchtigen und es so seiner Wirksamkeit berauben.“⁸³⁷ Insoweit gelten auch hier die Ausführungen zum nationalen Recht: weil das BAG die Handhabung des Verhältnismäßigkeitsprinzips zurücknimmt⁸³⁸, beeinträchtigt es nicht das Streikrecht in seiner Substanz.⁸³⁹ Auch das BAG geht davon aus, dass „die

832 Unter § 3 G. III. 2. c, S. 179.

833 Weiß, EuZA 2010, 457, 460; anders Däubler/Lörcher, Arbeitskampfrecht, § 10 Rn. 26, 34.

834 Nußberger, RdA 2012, 270, 271.

835 Buschmann/Lörcher, Übersetzung ins Deutsche von Council of Europe – European Social Charter, December 2010, AuR 2011, 107, 112.

836 Buschmann/Lörcher, Übersetzung ins Deutsche von Council of Europe – European Social Charter, December 2010, AuR 2011, 107, 112, 114 f.

837 Buschmann/Lörcher, Übersetzung ins Deutsche von Council of Europe – European Social Charter, December 2010, AuR 2011, 107, 112.

838 Unter § 3 G. III. 2. c, S. 179.

839 BAG 10.6.1980 – 1 AZR 822/79 – BAGE 33, 140, 156 f, juris-Rn. 53; ein wenig enger Däubler/Lörcher, Arbeitskampfrecht, § 10 Rn. 32, wenn auch ohne Nennung, worin genau der Unterschied bestehen soll; zweifelnd auch wieder Rn. 67; ohne Zweifel Czycholl/Frieling, ZESAR 2011, 322.

gesetzesvertretende Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit“ eine zulässige Beschränkung von Art. 6 ESC darstellt.⁸⁴⁰

IV. Zwischenergebnis

Für das System von Tarifizensur und unverhältnismäßiger Rechtskontrolle bedeutet dies: die Kontrolle von Arbeitskämpfen anhand des einfachrechtlichen „Gebots der Verhältnismäßigkeit“ kann wegen seiner Unbestimmtheit und den damit verbundenen Zweifeln an der Erforderlichkeit eine unverhältnismäßige Rechtskontrolle darstellen. Sieht man dies anders, so tragen die Rückausnahmen des BAG dazu bei, den Kontrollmaßstab nicht unangemessen in die kollektive Koalitionsfreiheit eingreifen zu lassen. Weicht ein Gericht hiervon zu Lasten der Tarifparteien ab, kann es sich um eine unverhältnismäßige Rechtskontrolle im Einzelfall handeln.

H. Stimmigkeit des eigenen Ansatzes

Während im Befund viele Autoren die Anwendung zahlreicher Kontrollmaßstäbe vor dem Hintergrund von Art. 9 Abs. 3 GG ablehnen, kommt diese Untersuchung letztlich zum Ergebnis, dass nur in wenigen Fällen eine staatliche Kontrolle tatsächlich unverhältnismäßig in die kollektive Koalitionsfreiheit eingreift. Ist dieses Ergebnis wirklich stimmig?

Dem Gesetzgeber kommt ein weiter Gestaltungsspielraum zu. In kaum einem Rechtsgebiet – und auch nicht im kollektiven Arbeitsrecht – gibt es nur eine einzige denkbare Regelung, die gleichzeitig das eine Grundrecht hinreichend schützt, in das andere nicht übermäßig eingreift. Vielmehr handelt es sich um Bandbreiten. Entscheidet sich der Gesetzgeber innerhalb dieser Bandbreite, so mag die jeweilige Seite die Regelung „als noch zu stark zu ihren Lasten“ empfinden, und dies sogar mit Recht. Indes handelt der Gesetzgeber hierbei verfassungsrechtlich unangreifbar, höchstens politisch kritisierbar. Am Beispiel des ultima-ratio-Prinzip als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung des Streiks: soll es dem Gesetzgeber wirklich verboten sein, sich anlässlich einer Normierung der Konfliktlage zwischen Arbeitskampfrecht auf der einen, der (Grund-)Rechte der Dritt Betroffenen auf der anderen Seite dafür zu entscheiden, dass der Arbeitskampf erst dann zulässig ist, wenn zuvor eine gütliche Einigung gescheitert ist? Oder am Beispiel des Streiks um den Tarifsozialplan: dürfte der Gesetzgeber wirklich nicht festlegen, dass die Streikforderung für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit noch nicht entscheidend ist, weil ihre Reali

840 BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 – NZA 2007, 1055, Orientierungssatz 1; zustimmend im Ergebnis auch *Dumke*, Streikrecht, S. 280.

sierung unsicher ist?⁸⁴¹ Viele Urteilskritik scheint mir letztlich rechtspolitischer Art zu sein: man lehnt das Ergebnis in der Sache ab und versucht es dogmatisch nur hoch genug aufzuhängen, um das Erfurter Urteil doch noch einmal nach Karlsruhe tragen zu können. Auch deshalb stehen die Behauptung einer Verletzung von Art. 9 Abs. 3 GG in der Literatur und die vom BVerfG erkannte Verletzung von Art. 9 Abs. 3 GG in keiner Relation.⁸⁴² Mancher Ruf wirkt deshalb albern. Umgekehrt betonen Autoren wie *Scholz* mit Recht die Offenheit von Art. 9 Abs. 3 GG.⁸⁴³

Im Kern scheint mir viele Kritik daher zu rühren, dass gerade Gerichte noch dazu unter Anwendung fragwürdiger, ganz allgemeiner Maßstäbe, Fragen entscheiden, die von großer gesellschaftlicher und politischer Brisanz sind.⁸⁴⁴ Das Fehlen von Normen verringert Bestimmtheit, Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit. Damit schont die Scheinfreiheit des Regelungsunterlassens die Koalitionen als Grundrechtsträger womöglich weniger, als es sie belastet. Indes lassen sich hieraus nur Appelle ziehen; das BVerfG lehnt mit Recht die Anwendung des Wesentlichkeitsprinzips im Bürger-Bürger-Verhältnis ab. Dem Richterrechtsgeber wird man indes bei der „Auswahl“ eines passenden Grundrechtsausgleichs den gleichen Spielraum zugestehen müssen wie dem Gesetzgeber.⁸⁴⁵ Es verbleibt nur als Appell an den Gesetzgeber, den ihm zustehenden Gestaltungsspielraum zu nutzen und die Rechtsunsicherheit gerade auch zum Nutzen der Tarifparteien zu beenden.

I. Ergebnisse zu § 3

Die Tarifizensur als staatliche Tarifregelungsanmaßung alleine deckt den Befund nicht hinreichend ab. Sie wirkt vielmehr zusammen mit der „unverhältnismäßigen Rechtskontrolle“. Diese setzt staatlichen Tarifikassationen Grenzen. Während Tarifizensur regelmäßig rechtswidrig ist, ist die Rechtskontrolle regelmäßig rechtmäßig, solange sie nicht unverhältnismäßig ist.

Welchen Kontrollmaßstäben Tarifhandeln unterliegt, ist nicht hinreichend geklärt. Weder ist die Rechtsprechung des BAG so eindeutig, wie sie vorgibt, noch herrscht in der Literatur Einigkeit. Oft werden bestimmte Normen wegen „Besonderheiten der Tarifautonomie“ für unanwendbar er-

841 BAG 24.4.2007 – 1 AZR 252/06 – NZA 2007, 987, 996 f, Rn. 100.

842 Deshalb kritisch *Kempen/Zachert*, TVG Grundlagen Rn. 96.

843 HStR VIII/*Scholz*, § 175 Rn. 17.

844 Stern/*Dietlein*, Staatsrecht § 112, S. 2024.

845 Wie hier wohl BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – NZA 1991, 809, 811; für strengere Grenzen für den Richterrechtsgeber Stern/*Becker/Rixen*, Art. 9 Rn. 74; streng auch *Schmidt*, Kollektive Koalitionsfreiheit, S. 769; zur Ungewissheit des Richterrechts auch *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 37.

klärt oder nicht zwischen den unterschiedlichen Fallgruppen unterscheiden.

Vorzugswürdig ist ein Ansatz, der auf arbeitsrechtliche Sonderdogmatik weitgehend verzichtet und anhand des bewährten öffentlich-rechtlichen Kontrollmusters die Rechtmäßigkeit hinterfragt. Ist eine Rechtsnorm anwendbar – oder ist die Tarifautonomie ausnahmsweise vorrangiges Schutzkonzept? Aber auch eine anwendbare Rechtsnorm darf nicht gegen höherrangiges Recht verstoßen. Maßstab ist Art. 9 Abs. 3 GG. Wird in dessen Schutzbereich eingegriffen, so darf dies nur zum Schutz anderer Güter von Verfassungsrang geschehen, weil die Koalitionsfreiheit vorbehaltlos gewährleistet ist. Jeder Eingriff muss auch verhältnismäßig sein. Geeignetheit und Erforderlichkeit sind – unter Beachtung der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative – zumeist gegeben. Anderes kann gelten, wenn eine Norm derart unbestimmt und weit ist, dass daran zu zweifeln ist, dass sie das mildeste Mittel zum Schutz ist. Schließlich ist auch die Angemessenheit zu untersuchen, an der es fehlen kann, wenn die Koalitionsfreiheit fast gänzlich zurücktreten muss, die Norm lediglich im Einzelfall oder zurückwirkt.

§ 138 BGB und § 242 BGB sind indes tatbestandlich in den wenigsten Fällen anwendbar; auch ist die Tarifautonomie oft vorrangiges Schutzkonzept. Nur in den wenigsten Fällen wird es durch sie zur unverhältnismäßigen Rechtskontrolle kommen. Vor allem das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit an einen rechtmäßigen Streik kann – zumal, wenn das BAG seine restriktive Rechtsprechung aufgäbe – eine unverhältnismäßige Rechtskontrolle darstellen. Zu ihr wird es bei der Grundrechtskontrolle von Tarifhandeln indes regelmäßig nicht kommen, weil dem Gericht bei der Herstellung der praktischen Konkordanz größte Spielräume zukommen.

§ 4 Funktionsbeleg

Nachdem in den Kapiteln § 2 und § 3 das System aus Tarifizensur und unverhältnismäßiger Rechtskontrolle abstrakt entwickelt wurde, soll es nun an drei Beispielen konkret dargestellt werden. In Befundfällen standen diese im Verdacht, „Tarifizensur“ zu sein. In der folgenden Darstellung geht es deshalb stets darum: handelt es sich um „echte Tarifizensur“ oder doch nur um eine Rechtskontrolle, die womöglich unverhältnismäßig ist?

Es soll nochmals an den begrenzten Untersuchungszweck erinnert werden: die Arbeit strebt nicht an, neue Erkenntnisse zu den drei Beispielen zu liefern oder die Literatur – wie für die Behandlung in einer eigenen Dissertation erforderlich – vollständig darzustellen. Vielmehr geht es um die exemplarische Darstellung des hier vorgestellten Systems an konkreten Beispielen.

A. Zwangsschlichtung

I. Sachverhalt

Einigen sich die Tarifparteien nicht freiwillig auf den Abschluss eines Tarifvertrages, können staatliche Organe in verschiedener Intensität auf den intendierten Tarifabschluss Einfluss nehmen. Hierbei ist der weitreichendste Eingriff die staatliche Zwangsschlichtung.⁸⁴⁶ „Die Tarifparteien werden hier einem verbindlichen Spruch der Schlichtungsstelle unterworfen, mit der Folge, dass der Schlichtungsspruch die Einigung zwischen den Parteien ersetzt und er somit die Wirkung eines Tarifvertrages hat.“⁸⁴⁷

Sachverhalt soll ein fiktives Schlichtungsgesetz sein, das dem BMAS erlaubt, bei Streiks im Schienenpersonennahverkehr, bei denen Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass diese das Bedürfnis der Bevölkerung nach Schienenverkehrsdienstleistungen intensiv und nachhaltig belasten, einen neutralen Schlichter zu berufen, der in Mehrheitsentscheid mit den beiden von den Tarifparteien bestimmten Beisitzern einen verbindlichen Schlichterspruch erlassen darf, der die Tarifparteien für bis zu drei Jahre bindet. Gleiches gilt für Streiks in Krankenhäusern, bei denen Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die notwendige medizinische Versorgung der Patienten nicht gewährleistet würde.

II. Tarifizensur?

Bei der Zwangsschlichtung handelt es sich um eine echte Tarifizensur im Sinne einer staatlichen Tarifregelungsanmaßung. Es verbleibt nicht nur

846 Unter § 2 F. I. 2, S. 108.

847 *Leinenweber*, Landesschlichtungsgesetze?, S. 17.

bei einer Beanstandung des Tarifverhaltens, sei es in Form einer förmlichen Missbilligung oder gar der Rechtswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens. Vielmehr geht der Staat (bzw. ein durch ihn eingesetzter Schlichter) weiter und setzt selbst Tarifinhalte – denn der Schlichtungsspruch hat bei der Zwangsschlichtung die Wirkung eines Tarifvertrages. Dieser gilt fortan für die Tarifparteien und die Normunterworfenen, ohne dass die Tarifparteien ihn setzen konnten.

III. Rechtmäßigkeit

Eine Zwangsschlichtung griffe in den Schutzbereich der kollektiven Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG ein, weil sie zum einen die Tarifaufeinanderersetzung beendete, zum anderen an Stelle der Tarifparteien Tarifinhalte setzte, was aber nach der Tarifautonomie gerade deren Recht ist.

1. Kollidierendes Verfassungsrecht

Dieser Eingriff könnte nur gerechtfertigt sein, wenn das Gesetz ein Rechtsgut von Verfassungsrang zu schützen sucht. Dieser Aspekt gerät in denjenigen Untersuchungen zu kurz, die oft zu pauschal eine Zwangsschlichtung für rechtswidrig halten.⁸⁴⁸ Indes gibt es durchaus solche Rechtsgüter. Eindeutig ist dies für den Fall der medizinischen Versorgung Art. 2 Abs. 2 GG, der Leib, Leben und körperliche Unversehrtheit schützt. Fragwürdiger ist dies für das Mobilitätsbedürfnis der Bevölkerung, wobei auch hier zu Recht auf Art. 12, 14 GG der betroffenen Unternehmen, zumindest Art. 2 Abs. 1 GG der Bürger und zuletzt das Sozialstaatsprinzip in Verbindung mit dem „Infrastrukturauftrag aus Art. 87e Abs. 4 GG“ hingewiesen wird.⁸⁴⁹

2. Schranken-Schranke Verhältnismäßigkeit

Schließlich müsste die Zwangsschlichtung verhältnismäßig sein. Ihre Geeignetheit wird man wohl nicht bestreiten können⁸⁵⁰, erhebliche Zweifel bestehen allerdings an der Erforderlichkeit dieser Tarifzensur.⁸⁵¹ Denn milderer Mittel wäre etwa die notfalls zwingende Anordnung von Not-

848 So Kempen/Zachert, § 1 TVG Rn. 634; ErfK/Dieterich, Art. 9 Rn. 70; Däubler/Reim/Nebe, TVG § 1 Rn. 148; HStR VIII/Scholz, § 175 Rn. 127; Löwisch, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, S. 14, die allerdings stets von Ausnahmen im „Extremfall“ ausgehen.

849 Statt aller ausführlich Scholz, Bahnstreik und Verfassung, S. 827, 834.

850 Strenger Giesen, ZfA 2011, 1, 35 wegen Erfahrungen der Weimarer Republik.

851 Dies sieht richtig Giesen, ZfA 2011, 1, 35; Greiner, Pluralität, S. 453; wohl auch Otto, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, § 22 Rn. 19; andeutend Bartlog, Das Verhältnis von Gesetz und Tarifvertrag, S. 217; offener Pusch, Alternativen zum Arbeitskampf, S. 285 zumindest für den Öffentlichen Dienst.

diensten – oder bei ihrem Fehlen die Rechtswidrigkeit des Streiks⁸⁵². Auch ein zeitweises Streikverbot würde den Tarifparteien zumindest die Möglichkeit lassen, später die Tarifynhalte zu setzen. *Leinenweber* bringt noch den Gedanken der Arbeitssicherstellungsgesetze an.⁸⁵³ Die fehlende Erforderlichkeit untermauern schließlich auch die Streiks in den genannten Branchen, die in den letzten Jahren ohne ernstliche Beschädigung relevanter Drittrechtspositionen durchgeführt wurden. Mithin gibt es zahlreiche mildere Mittel, die zumindest für den Normalfall an der Erforderlichkeit zweifeln lassen, derart intensiv in die kollektive Koalitionsfreiheit einzugreifen.

Eine „Extremsituation“⁸⁵⁴, in der die Bewertung womöglich anders ausfallen müsste, ist hier ebenfalls nicht ersichtlich. Es liegen keine bestimmten äußeren, wirtschaftlichen, politischen Umstände vor, die ausnahmsweise gerade die sofortige Tarifregelungsanmaßung notwendig erscheinen lassen. Wollte man unbedingt ein – für Deutschland eher theoretisches – Beispiel für eine rechtmäßige Zwangsschlichtung konstruieren, böte sich ein Seitenblick in das Griechenland der Euro-Finanzkrise (ab 2010) an. Einigen sich hier die Tarifpartner bei höchster Arbeitslosenrate (20 % und mehr) und einem deutlichen BIP-Schrumpftum in mehreren Folgejahren trotz mehrmaliger milderer Versuche, etwa durch zeitige Streikverbote, nicht auf einen Tarifvertrag und blockieren mit dem Transportsektor letztlich den Tourismus als einzig verbleibende Einnahmequelle zu Lasten weiterer Teile der übrigen Bevölkerung, so wird der Gesetzgeber als ultima-ratio irgendwann auch eine Zwangsschlichtung erwägen dürfen. Bestätigt wird dies durch eine Kontrollüberlegung: womöglich wäre er in einer solchen Situation auch zur Festlegung der Arbeitsbedingung durch Gesetz berechtigt. In Deutschland war und ist man von solchen Situationen weit entfernt. Das BAG führt zu Recht aus, dass der Streik grundsätzlich vom Grundgesetz erlaubt sei und deshalb nicht schon jede negative Beeinträchtigung Rechte Dritter automatisch dessen Rechtswidrigkeit mit sich bringt. Ohne Hinzutreten besonders gravierender Umstände käme dies ansonsten einem Streikverbot in der Daseinsvorsorge gleich – was sehr wahrscheinlich keinen hinreichenden Ausgleich zwischen den Grundrechtspositionen darstellte.

Mithin kommt es auf die Angemessenheit der Zwangsschlichtung nicht mehr an; ihr fehlt – wie der Tarifizensur zumeist – schon die Erforderlichkeit.

852 Hieran erinnern *Rüthers*, Zwangsschlichtung, S. 32; *MüArbR/Löwisch/Rieble*, § 157 Rn. 49; *Rudkowski*, Der Streik in der Daseinsvorsorge, S. 84.

853 *Leinenweber*, Landesschlichtungsgesetze?, S. 39 f.

854 *Däubler*, Arbeitskampfrecht, Kapitel 9 Rn. 55; *Löwisch*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, S. 14; *Kissel*, Arbeitskampfrecht, § 70 Rn. 29 ff; *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, § 22 Rn. 14 ff.

B. Streik um den Tarifsozialplan

I. Sachverhalt

Der Unternehmer plant einen unrentablen Standort ins Ausland zu verlagern. Die Gewerkschaft würde gerne einen Standortsicherungsvertrag erkämpfen, was aber überwiegend für rechtswidrig gehalten wird.⁸⁵⁵ Mithin stellt sie andere, unstrittig tariflich regelbare, Streikforderungen, für den Fall, dass die Verlagerung wie geplant stattfindet: verlängerte Kündigungsfristen, Abfindungen und eine Qualifizierungsgesellschaft. Der Arbeitgeber rechnet vor, dass die dadurch entstehenden Kosten den Vorteil der Standortverlagerung weit übertreffen – und vermutet, dass in Wahrheit das Ziel der Gewerkschaft nicht die genannten Ziele sind, sondern der Verzicht auf die Standortverlagerung⁸⁵⁶, die ihm als solche zu steht.

Die Rechtmäßigkeit der gewerkschaftlichen Streikforderung ist in vielerlei Hinsicht umstritten – etwa ob nicht das BetrVG eine Sperrwirkung erzeugt oder Primärrecht entgegensteht. Vor allem aber ist fraglich, ob die Rechtmäßigkeit des Streiks nur nach dem Streikbeschluss oder auch nach dem vermeintlichen wahren Motiv bemessen werden darf und ob die Unternehmerfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG durch derart hohe Forderungen verletzt wird.⁸⁵⁷

II. Tarifizensur?

Anders als in der Literatur diskutiert⁸⁵⁸ handelt es sich weder bei der gerichtlichen Kontrolle von Tarifinhalten noch von darauf gerichteten Streikforderungen anhand von Art. 12 Abs. 1 GG um Tarifizensur im hier vertretenen engen Sinne. Denn selbst wenn ein staatliches Organ ein entsprechendes Handeln der Tarifparteien beanstandete, so bliebe es doch höchstens bei der Kassation der fraglichen Maßnahme. Es fehlt gerade an der staatlichen Regelungsanmaßung, die die Tarifizensur kennzeichnet. Vielmehr handelt es sich um eine reine Rechtskontrolle, auch wenn der Kontrollmaßstab notwendigerweise unbestimmt ist.⁸⁵⁹

Auch wenn man entgegen dem BAG⁸⁶⁰ für die Beurteilung auf das vermeintliche „wahre Streikziel“ abstellte, änderte sich an der Beurteilung nichts. Auch wenn hier Motive erforscht würden, bliebe es doch bei der

855 Etwa *Hagedorn*, Tarifsozialpläne, S. 230; *Fischinger*, Arbeitskämpfe, S. 88.

856 Beispielhaft ArbG Frankfurt am Main 15.3.2005 – 5 Ca 4542/04 – juris, Rn. 35.

857 *Ricken*, ZfA 2008, 283, 287; siehe auch § 1 C. I. 1, S. 44.

858 Unter § 1 C. I. 1, S. 44.

859 *Krieger/Wiese*, BB 2010, 568, 571.

860 BAG 24.4.2007 – 1 AZR 252/06 – NZA 2007, 987, 997, Rn. 108 ff;

bloßen Kassation. Eine staatliche Regelungsanmaßung liegt hingegen nicht vor.

III. Rechtmäßigkeit

Wegen der Unbestimmtheit einer Grundrechtskontrolle und der Beurteilung der Forderungshöhe könnte es sich allerdings gerade um eine unverhältnismäßige Rechtskontrolle handeln. Deshalb ist ihre Rechtmäßigkeit zu untersuchen. Anknüpfungspunkt einer Kontrolle ist nicht das vermeintlich „in Wirklichkeit gewollte“ sondern aus Gründen der Handhabbarkeit und Rechtssicherheit vielmehr die erhobene Kampfforderung.⁸⁶¹

1. Tatbestandliche Anwendbarkeit

Eine einschlägige einfachrechtliche Norm existiert nicht, vielmehr geht es um die Grundrechtsbindung von Tarifhandeln. Tarifparteien sind zumindest mittelbar an die Grundrechte gebunden, so dass die Grundrechte tauglicher Kontrollmaßstab sein können. Auch ein Verzicht auf diesen Maßstab – weil er „in Wahrheit“ Billigkeitskontrolle⁸⁶² sei – kommt nicht in Betracht.

2. Tarifaufonomie als vorrangiges Schutzkonzept?

Die Tarifaufonomie ist eindeutig kein vorrangiges Schutzkonzept zum Schutz vor Grundrechtsbelastungen gerade durch den Tarifvertrag oder hierauf gerichtete Arbeitskämpfe.

3. Verstoß gegen höherrangiges Recht

Kollidieren die kollektive Koalitionsfreiheit der Gewerkschaft und die Unternehmerfreiheit des Arbeitgebers, ist es Aufgabe des Gesetzgebers aber auch der (ihn vertretenden) Gerichte, praktische Konkordanz herzustellen, also für einen möglichst schonenden Ausgleich beider Rechtspositionen zu sorgen. Umstritten ist deshalb, ob von Verfassung wegen die Kontrolle des Forderungsumfangs einer Tarifforderung zu unterlassen – oder gerade umgekehrt durchzuführen ist.

Das BAG sieht sich wegen der kollektiven Koalitionsfreiheit daran gehindert, schon den Umfang einer auf ein an sich regelbares Tarifziel gerichteten Streikforderung zu kontrollieren, da dies „die Koalitionsbetätigungsfreiheit von Gewerkschaften unverhältnismäßig“ beschränke.⁸⁶³ Dem wi-

861 Statt aller *Fischinger*, Arbeitskämpfe, S. 106 ff; *Olschewski*, Standorterhaltung, S. 280 ff; *Krieger/Wiese*, BB 2010, 568; *Bayreuther*, EuZA 2008, 396, 405.

862 In diese Richtung aber *Hagedorn*, Tarifsozialpläne, S. 275 f; auch ArbG Frankfurt am Main 15.3.2005 – 5 Ca 4542/04 – juris, Rn. 95.

863 BAG 24.4.2007 – 1 AZR 252/06 – NZA 2007, 987, 996, Rn. 98.

dersprechen zahlreiche Autoren.⁸⁶⁴ In meinen Augen sind zwei Fragen streng zu trennen: zum einen, ob das BAG wirklich wegen der Koalitionsfreiheit an einer entsprechenden Kontrolle gehindert ist. Zum anderen, ob das BAG durch die (unnötige) Kontrollverweigerung seinerseits die Unternehmerfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt.

Will das BAG aus Anlass der Erfüllung einer grundrechtlichen Schutzpflicht (bzgl. der Unternehmerfreiheit) in kollidierende Freiheitsgrundrechte (hier der kollektiven Koalitionsfreiheit) eingreifen, so steht ihm hierbei ein großer Entscheidungsspielraum zu. Nicht bereits jedes Überschreiten des Schutzgebotsminimum ist eine Verletzung des Freiheitsrechts.⁸⁶⁵ Vielmehr liegt eine solche erst dann vor, wenn gegen das Übermaßverbot des Freiheitsrechts verstoßen wird. Die Beschränkung von weitreichenden Tarifsozialplanforderungen ist zum Schutz der Unternehmerfreiheit sicher geeignet; Zweifel ergeben sich bei der Erforderlichkeit, da eine Kontrolle des späteren (womöglich niedrigeren) Tarfinhalts ausreichend und mithin eine vorgelagerte Kontrolle schon einer Streikforderung zweifelhaft erscheint. Allerdings wird man auch dem BAG als Richterrechtsgeber im Arbeitskämpfrecht eine Einschätzungsprärogative zubilligen müssen.⁸⁶⁶ Umgekehrt sind durchaus noch intensivere Belastungen der Tarifparteien denkbar; immerhin geht es bei Kündigungsfristen und Abfindungen nicht um den Preis der Arbeit als „klassisches Hausgut“. Ist die Unternehmerfreiheit im Einzelfall nur hinreichend qualifiziert gefährdet (etwa weil es sich um den einzigen Produktionsstandort handelt und die Insolvenz droht), wird eine Kontrolle nicht gegen das Übermaßverbot verstoßen. Mithin sprechen sich zahlreiche Autoren durchaus für ein entsprechendes Kontrollrecht des BAG aus.⁸⁶⁷ Andererseits kann im Einzelfall die Grenze zur übermäßigen Beschränkung der kollektiven Koalitionsfreiheit überschritten sein, vor allem wenn die Unternehmerfreiheit nicht hinreichend schwer tangiert ist.⁸⁶⁸

Nach hier vertretener Ansicht wäre also das BAG durchaus berechtigt, die Rechtmäßigkeit eines Streiks auch nach der Höhe der Streikforderung zu bemessen. Damit ist aber noch nicht gesagt, ob es zu dieser Kontrolle auch verpflichtet ist. Vielmehr ist ebenso zweifelhaft, ob die Weigerung des BAG, die Streikforderungen einer Gewerkschaft wegen ihrer Forderungshöhe gerade nicht auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG hin zu

864 Statt aller: *Fischinger*, Arbeitskämpfe, S. 165; *Hagedorn*, Tarifsozialpläne, S. 269.

865 Unter § 3 F. III. 3, S. 174.

866 So wohl auch *Maunz-Dürig/Scholz*, Art. 9 Rn. 316.

867 *Fischinger*, Arbeitskämpfe, S. 164f; *Löwisch/Rieble*, Grundlagen Rn. 214; sogar für eine Kontrolle von Entgeltforderungen *Stütze*, Entgelthöhe, S. 586; *Ozimek*, Sparten, S. 116 f; umfassend *Olschewski*, Standorterhaltung, S. 287 ff.

868 Etwa *Ricken*, ZfA 2008, 283, 288; *Hagedorn*, Tarifsozialpläne, S. 282.

untersuchen⁸⁶⁹, seinerseits rechtswidrig ist. Dies setzte nämlich voraus, dass die aus der Unternehmerfreiheit folgende Schutzpflicht hierdurch verletzt würde. Den staatlichen Organen kommt hierbei ein weiter Spielraum zu. Es erscheint nicht fernliegend, wenn das BAG davon ausgeht⁸⁷⁰, dass alleine durch eine Streikforderung – die sich noch nicht in einer Tarifnorm realisiert hat – die Berufsfreiheit nicht hinreichend schwer tangiert wird, als dass die Kontrolle dieser Forderung gerade wegen ihrer Höhe der einzige Weg zu Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht wäre. Verweigerte das BAG allerdings letztlich jede Kontrolle von Tarifhandeln am Maßstab von Art. 12 Abs. 1 GG, etwa auch bei bewiesener Existenzgefährdung, erscheint sehr zweifelhaft, dass dies noch der staatlichen Schutzpflicht genüge.

Auch dass das BAG für die Beurteilung lediglich auf den Streikbeschluss abstellen möchte, verletzt nicht das Untermaßverbot, da man durchaus vertretbar lediglich auf objektive Beeinträchtigungen abstellen kann. Umgekehrt stellte eine Kontrolle der „wahren Tarifziele“, mithin eine Kontrolle der Umgehung von rechtswidrigen Streikzielen, ebenfalls keine unverhältnismäßige Rechtskontrolle der Tarifparteien dar.⁸⁷¹

C. Allgemeiner Mindestlohn

Ein letztes – ebenfalls noch fiktives – Beispiel soll der allgemeine gesetzliche Mindestlohn sein. Auch dies belegt, dass eine angemessene rechtliche Beurteilung ohne überbordende arbeitsrechtliche Sonderdogmatik oder die Argumentation mit einer Richtigkeitswahr möglich ist.

I. Sachverhalt

Dieser ist schnell umrissen: nach langem politischen Ringen beschließt der neu gewählte Bundestag eine allgemeine Lohnuntergrenze von 10,- € pro geleisteter Arbeitsstunde in allen Branchen und ganz Deutschland. Von dieser darf auch durch Tarifvertrag nicht nach unten abgewichen werden. Andere mögliche Vergütungsbestandteile bleiben unberührt; auch werden erst recht keine Höchstlöhne festgelegt.

II. Tarifizensur?

Anders als bei der Kontrolle etwa von Streiks um Tarifsozialplanforderungen ist bei staatlichen Mindestentgelten nicht ganz deutlich, ob es sich hierbei um Tarifizensur handelt. Immerhin könnte man argumentieren,

869 BAG 24.4.2007 – 1 AZR 252/06 – NZA 2007, 987, 996, Rn. 95 ff.

870 BAG 24.4.2007 – 1 AZR 252/06 – NZA 2007, 987, 996 f, Rn. 100.

871 Wolf, BB-Special Arbeitsrecht, S. 17.

der Staat setzte Löhne an Stelle der Tarifparteien, verdrängt sie aus ihrer angestammten Rolle und betriebe mithin eine Tarifregelungsanmaßung.

Allerdings stellen auch Mindestlöhne keine Tarifzensur im hier vertretenen engen Sinne dar, weil die Abgrenzung streng formal erfolgen muss.⁸⁷² Gesetzliche Mindestentgelte sind gerade keine Tarifynhalte sondern vielmehr zwingendes staatliches Recht. Insoweit ersetzen sie keine Tarifverträge, sondern setzen lediglich möglichen Tarifynhalten Grenzen. Zur Verdeutlichung: den Tarifparteien steht es natürlich weiterhin frei, Entgelte festzusetzen, sofern sie über den Mindestentgelten liegen. Insofern setzt kein staatliches Organ selbst Tarifynhalte fest, sondern – womöglich zu enge – Grenzen von Tarifhandeln. Es geht es also darum, ob ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn eine unverhältnismäßige Rechtskontrolle darstellt.

III. Rechtmäßigkeit

1. Tatbestandliche Anwendbarkeit

Mindestlöhne sind – falls sie nicht tarifdispositiv sind – Kontrollmaßstab für Tarifverträge.

2. Tarifaufonomie als vorrangiges Schutzkonzept?

Die Tarifaufonomie stellt in diesem konkreten Fall auch kein vorrangiges Schutzkonzept zur Erzielung angemessener Arbeitsbedingungen dar. Grundsätzlich ist historisches Motiv zur Gewährleistung der Tarifaufonomie sicher, dass sie eine Chance zur Erzielung angemessener Arbeitsbedingungen darstellt. Allerdings bedeutet sie gerade nicht, dass es nicht eigene Aufgabe des Gesetzgebers wäre, dort einzugreifen, wo in seinen Augen diese Chance verfehlt wird. Durch die Schaffung spezieller gesetzlicher Mindestlöhne gibt er hinreichend zu erkennen, dass er im jeweiligen Bereich Tarifverträge gerade nicht als geeignetes Mittel zur Zielerreichung betrachtet.⁸⁷³

Freilich darf diese gesetzgeberische Entscheidung selbst nicht gegen höherrangiges Recht verstoßen (hierzu sogleich). Allerdings bewirkt sie zunächst, dass im jeweiligen Sachverhalt die Tarifaufonomie kein vorrangiges Schutzkonzept mehr darstellt.

3. Verstoß gegen höherrangiges Recht

Ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn dürfte nicht gegen höherrangiges Recht verstoßen, insbesondere muss der Eingriff in die kollektive Ko-

⁸⁷² Unter § 2 F. I. 3, S. 111.

⁸⁷³ Unter § 3 C. II, S. 133.

alitionsfreiheit verhältnismäßig sein.⁸⁷⁴ Dass das Ziel der Erreichung angemessener Arbeitsbedingungen im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG und das Sozialstaatsprinzip ein kollidierendes Gut von Verfassungsrang ist, soll unterstellt werden.⁸⁷⁵ Auch von hinreichender Eingriffsqualität ist auszugehen, und zwar sowohl zu Lasten der Tarifparteien, deren unter dem gesetzlichen Mindestlohn liegender Tariflohn unwirksam wird, also auch der Tarifparteien, die bisher darüber abgeschlossen haben. Denn auch Ihnen wird die Möglichkeit genommen, zukünftig darunterliegende Tarifverträge abzuschließen.⁸⁷⁶

Der allgemeine gesetzliche Mindestlohn müsste mithin verhältnismäßig, also geeignet, erforderlich und angemessen sein. Hierzu wurde schon viel Zutreffendes gesagt.⁸⁷⁷ Unter Beachtung der gerade im Bereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen extrem weiten Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers wird es an Geeignetheit und Erforderlichkeit nicht „offensichtlich“ fehlen.⁸⁷⁸ Zwar sind die Zweifel größer als bei bestimmten Branchen-Mindestlöhnen, bei denen zumindest konkreter begründet werden kann, wieso im jeweiligen Einzelfall gerade ein gesetzlicher Mindestlohn zur Erzielung angemessener Arbeitsbedingungen erforderlich ist. Letztlich wird der Gesetzgeber aber womöglich auch zur effektiveren Erzielung des angestrebten Mindestniveaus zu einer generellen Regelung greifen dürfen. Andererseits kann man auch mit guten Argumenten anderer Ansicht sein.⁸⁷⁹

Letztlich müsste ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn auch angemessen, also verhältnismäßig im Einzelfall sein. Dies meint womöglich *Kabelitz*, wenn er (im Rahmen der Erforderlichkeit) nach der Beachtung der Normsetzungsprärogative fragt.⁸⁸⁰ Denn diese ist richtig verstanden kein Selbst-

874 Auf anderes kollidierendes Recht soll hier nur nicht eingegangen werden.

875 Wie hier konstatierend etwa *Thüsing*, ZfA 2008, 590, 604; ausführlich *Sodan/Zimmermann*, ZfA 2008, 526, 547 ff; *Kabelitz*, Mindestentgelte, S. 118 ff mit deutlicher Unterscheidung nach den einzelnen Eingriffszielen des Gesetzgebers; *Peter*, Gesetzlicher Mindestlohn S. 241; ablehnend hingegen *Caspers*, Mindestlohn und Tarifautonomie, S. 153; *Fischer*, ZRP 2007, 20, 21 f.

876 Zur Eingriffsqualität *Caspers*, Mindestlohn und Tarifautonomie, S. 149 ff; *Sodan/Zimmermann*, ZfA 2008, 526, 539 ff; *Kabelitz*, Mindestentgelte, S. 58 ff.

877 *Peter*, Gesetzlicher Mindestlohn S. 243 ff; *Caspers*, Mindestlohn und Tarifautonomie, S. 157 ff; *Thüsing*, ZfA 2008, 590; *Sodan/Zimmermann*, ZfA 2008, 526; rechtspolitisch hierzu *Giesen*, Rechtspolitik des Mindestlohns, passim

878 Dies zu Recht betonend *Bayreuther*, NJW 2007, 2022, 2025; frei hingegen *Lakies*, ArbR 2011, 599, 603.

879 Gut begründet gegen die Erforderlichkeit *Sodan/Zimmermann*, ZfA 2008, 526, 555 ff; ablehnend ebenfalls, wenn auch wieder unter Berufung auf eine ominöse Richtigkeitsvermutung *Bietmann*, Mindestlohn, S. 214.

880 *Kabelitz*, Mindestentgelte, S. 131 ff.

zweck sondern allenfalls Wertungskürzel dafür, dass die Grundrechte der Tarifparteien nicht übermäßig verkürzt werden.

Bei der Angemessenheit kommt es auf alle Umstände des Einzelfalls an.⁸⁸¹ Maßgeblich ist insbesondere der Grad der Betroffenheit der jeweiligen Rechtsgüter. Auf der einen Seite wiegt der Eingriff in die Tarifautonomie schwer, da er im Bereich der Entgeltfestsetzung als klassischem Hausgut wirkt – und in manchen Branchen womöglich auch das tarifliche Spielfeld gefährlich beschneidet.⁸⁸² Umgekehrt verbleibt den Tarifparteien mit der Verbesserung der Arbeitsbedingungen oberhalb des Mindestlohn ein weites Betätigungsfeld; daneben können sie andere Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen regeln.⁸⁸³ Auch sind viele Tarifparteien womöglich nur theoretisch betroffen, weil die von ihnen verabredeten Tarifmindestentgelte weit über dem allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn liegen. Hierbei wird deutlich, dass es entscheidend auf die Höhe des Mindestlohns ankommt. Ist er bei 5,- € pro Stunde womöglich eher angemessen, beschränkten 25,- € pro Stunde die Tarifautonomie in allen Branchen und sehr weitreichend, so dass er wohl eher unangemessen ist.⁸⁸⁴ Umgekehrt wiegt auch die Belastung der Niedriglohnarbeitnehmer schwer.

Schließlich betont gerade solch unsichere Faktenlage, dass es Sache des Gesetzgebers ist, diese Zweifelsfälle zu entscheiden. Es sei prognostiziert, dass das BVerfG ihm hierbei freie Hand lassen würde, bis er die Grenze zur offensichtlichen Unangemessenheit überschreitet.

881 Unter § 3 C. III. 2. c, S. 138.

882 In diese Richtung auch schon *Thüsing*, ZfA 2008, 590, 604, 608 – allerdings zum MiArbG.

883 Ähnlich v. Mangoldt/Klein/Starck/Kemper, Art. 9 Rn. 154; *Wiedemann*, TVG Einleitung Rn. 109; *Däubler/Lakies*, TVG Anhang 1 zu § 5, Rn. 102.

884 So zu Recht auch *Peter*, Gesetzlicher Mindestlohn S. 248; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 296; deutlich strenger hingegen *Caspers*, Mindestlohn und Tarifautonomie, S. 160 f: strenge Verhältnismäßigkeitskontrolle ohne „Spielraum“; für die Verhältnismäßigkeit letztlich auch *Rieble/Klebeck*, ZIP 2006, 829, 836; mit Zahlen skeptisch bezüglich auch schon 7,50 € *Fischer*, ZRP 2007, 20 f.

§ 5 Europäische Tarifizensur

Das System aus Tarifizensur als staatlicher Tarifregelungsanmaßung und der danebenstehenden unverhältnismäßigen Rechtskontrolle beurteilt staatliche Eingriffe in die kollektive Koalitionsfreiheit. In den vergangenen Kapiteln wurden lediglich ihre deutschrechtlichen Aspekte dargestellt. Zum Schluss der Arbeit soll deshalb gerafft untersucht werden, ob gleiche oder ähnliche Erwägungen auch im Unionsrecht anzustellen sind.

A. Befund und Ansatz

Anlass für die Betrachtung auch der europarechtlichen Bezüge der Tarifizensur sind diejenigen Befundstellen, in denen behauptet wird, gerade auf europäischer Ebene finde eine „Tarifizensur“ statt. Prominent ist hier etwa *Kocher*, die in den Urteilen des EuGH in Sachen *Viking* und *Laval* eine „Tarifizensur“ erblickt.⁸⁸⁵ Umgekehrt fordert etwa *Bayreuther* (rechtspolitisch) eine „ergänzende Tarifizensur“, bei Anerkennung von von Mindestarbeitsbedingungen abweichenden ausländischen Tarifverträgen.⁸⁸⁶ Zur Frage, ob Art. 5 Abs. 1 der Leiharbeitsrichtlinie gegen Art. 28 GrCh verstößt, habe ich zusammen mit *Rieble* vertreten, auch auf europäischer Ebene sei „Gewährleistungsgehalt der Tarifautonomie [...] stets der Schutz vor Tarifizensur“.⁸⁸⁷ Umfassende Untersuchungen fehlen indes auch hierzu.

Untersuchungsgegenstand im Folgenden soll nur die Gewährleistung der kollektiven Koalitionsfreiheit in Art. 28 GrCh sein. Aspekte von Art. 11 EMRK und Art. 6 ESC werden wie auch im nationalen Recht lediglich als Kontrollüberlegung beleuchtet. Grund hierfür ist, dass die EMRK mangels Beitritt der EU die Unionsorgane in ihrem Handeln noch nicht unmittelbar bindet⁸⁸⁸ – und auch nach dem Beitritt in der Hierarchie „unterhalb der Gewährleistung der Grundrechtecharta“⁸⁸⁹ stehen würde. Vielmehr soll Art. 52 Abs. 3 GrCh folgend⁸⁹⁰ abschließend in einer Kontrollüberlegung untersucht werden, ob der in der GrCh vorgefundene Schutz hinter den Konventionsrechten zurückbleibt. Bei der ESC wird eine unmittelbare

885 *Kocher*, AuR 2008, 13, 18; andenkend auch *Blanke*, AuR 2007, 249, 254; umgekehrt ablehnend unter ausdrücklicher Auseinandersetzung ob eine „Tarifizensur“ vorliege: *Maeßen*, Arbeitskampf, S. 269 ff.

886 *Bayreuther*, NJW 2009, 2006, 2010.

887 *Rieble/Vielmeier*, EuZA 2011, 474, 501; auch schon im teilweise zugrundeliegenden Rechtsgutachten, vgl. dort Sternchenfußnote.

888 Callies/Ruffert/*Kingreen*, Art. 6 EUV Rn. 19.

889 Callies/Ruffert/*Kingreen*, Art. 6 EUV Rn. 27; *Schwarze/Hatje*, Art. 6 EUV Rn. 11.

890 Callies/Ruffert/*Kingreen*, Art. 52 GrCh Rn. 21 ff; *Schwarze/Becker*, Art. 52 GRC Rn. 14 ff.

Anwendbarkeit mehrheitlich abgelehnt⁸⁹¹, so dass auch hier nur eine mittelbare Berücksichtigung in Betracht kommt.

B. Unverhältnismäßige Rechtskontrolle

Wie im nationalen Recht kann es zu einer unverhältnismäßigen Rechtskontrolle von Tarifhandeln zum einen durch Sekundärrecht kommen, das Art. 28 GrCh in unverhältnismäßiger Weise einschränkt. Oder aber ein europäisches Organ, namentlich ein Gericht, löst eine Kollision mit einem kollidierenden Rechtsgut des Primärrechts in unverhältnismäßiger Weise. Beides soll exemplarisch an einem prominenten Sachverhalt dargestellt werden.

I. Primärrechtskollision: Viking-Rechtsprechung des EuGH

Zunächst geht es um die unmittelbare Kollision zweier Rechtsgüter des Primärrechts⁸⁹², ohne dass hier der Unionsgesetzgeber durch Sekundärrecht einen Ausgleich hergestellt hätte. Beispielhaft sei die in den letzten Jahren umstrittene Frage genannt, wie sich die kollektive Koalitionsfreiheit⁸⁹³ zur Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 AEUV (Fall Viking) verhält.

1. Tatbestandliche Anwendbarkeit

Damit es zu einer Primärrechtskollision kommen kann, müssen im gleichen Sachverhalt beide Gewährleistungen anwendbar sein – und nicht etwa in einem Vorrangverhältnis stehen. Für das Verhältnis von Koalitionsfreiheit und Niederlassungsfreiheit war dies umstritten. Indes hat der EuGH zum einen eine Bindung der Tarifparteien an die Niederlassungsfreiheit bejaht⁸⁹⁴ und geurteilt, dass es zum zweiten auch keine Bereichsausnahme für die Tarifautonomie gibt, wie sie etwa in Sachen Albany für das Kartellrecht angenommen wird.⁸⁹⁵ Die Niederlassungsfreiheit ist also – das Erfüllen ihrer tatbestandlichen Voraussetzungen im Einzelfall

891 Darstellend *Czycholl/Frieling*, ZESAR 2011, 322; ausdrücklich ablehnend *Weiß*, EuZA 2010, 457, 460.

892 Begriff der Primärrechtskollision nach *Maeßen*, Arbeitskampfrecht, S. 153.

893 Konkret: „das Recht auf Durchführung einer kollektiven Maßnahme einschließlich des Streikrechts“, damals freilich nicht anhand von Art. 28 GrCh begründet: EuGH 11.12.2007 – Rs. C-438/05 „Viking“ – Slg. 2007, I-10779, Rn. 44; zu Recht gehen *Thüsing/Traut*, RdA 2012, 65, 66 davon aus, dass nach Inkrafttreten der GrCh keine Änderung angezeigt ist.

894 Hierzu nur *Bayreuther*, EuZA 2008, 395, 397; *Däubler*, AuR 2008, 409, 414; *Junker*, SAE 2008, 209, 211 ff; *Rebhahn*, ZESAR 2008, 109, 112 ff.

895 Hierzu nur *Bayreuther*, EuZA 2008, 395, 400 f; *Däubler*, AuR 2008, 409, 412; *Franzen*, Europäische Grundfreiheiten, S. 234 f.

unterstellt⁸⁹⁶ – auch auf die Koalitionsfreiheit „anwendbar“, so dass es zu Kollisionen zwischen beiden Primärrechtspositionen kommen kann.

2. Verhältnismäßigkeit des Ausgleichs

a. Grundsätzlich: Praktische Konkordanz

Kollidieren zwei Rechtspositionen des Primärrechts, etwa ein Grundrecht und eine Grundfreiheit, so ist diese Kollision aufzulösen. Grundsätzlich erfolgt dies auch auf europäischer Ebene nach den Regeln der praktischen Konkordanz.⁸⁹⁷ Andere Stimmen verwenden zwar nicht das deutschrechtlich geprägte Stichwort, wollen trotzdem eine „umfassende Abwägung zwischen den Schutzgütern im konkreten Einzelfall durchführen.“⁸⁹⁸ Ähnlich formuliert der Präsident des EuGH *Skouris*: „Demgemäß sind die bestehenden und gegenseitigen subjektiven Rechte und rechtlich geschützten Interessen abzuwägen und es ist anhand sämtlicher Umstände des jeweiligen Einzelfalls festzustellen, ob das richtige Gleichgewicht zwischen diesen Interessen gewählt worden ist.“⁸⁹⁹ Und auch der EuGH selbst führt aus: „Demgemäß sind die bestehenden Interessen abzuwägen, und es ist anhand sämtlicher Umstände des jeweiligen Einzelfalls festzustellen, ob das rechte Gleichgewicht zwischen diesen Interessen gewahrt ist.“⁹⁰⁰

Mithin gilt auch für den EuGH: im konkreten Einzelfall sollen beide Rechtsgüter in den schonendsten Ausgleich gesetzt werden. Es verbietet sich jede schematische Betrachtung; vielmehr gelten lediglich die (abwägungsfähigen) Wertungskriterien, die auch bei der nationalen Grundrechtskollision anzuwenden sind.⁹⁰¹ Hierbei verstößt der gewählte Ausgleich nicht schon dann gegen das jeweilige Primärrechtsgut, wenn er nicht im fiktiven arithmetischen Mittel ist, sondern vielmehr erst dann, wenn entweder gegen Über- oder Untermaßverbot verstoßen wird. Dies bedeutet, wie *Jarass* deutlich hervorhebt, gerade auch auf europäischer Ebene: „Der Gesetzgeber hat dabei einen erheblichen Spielraum. [...] Da das einzuschränkende Grundrecht bis zur Grenze der Verhältnismäßigkeit (und des Wesensgehalts) beschränkt werden kann, während der Schutz des zu fördernden Grundrechts nur in einem Kernbereich verfassungs-

896 Darstellend *Zwanziger*, RdA 2009 Sonderbeilage zu Heft 5, 10, 11 f.

897 *Frenz*, HdbEuR Rn. 597; *Ehlers/Ehlers*, EuGR § 14 Rn. 61; *Bayreuther*, EuZA 2008, 395, 400; *Konzen*, Europäische Grundrechte, S. 245; auch schon in *Konzen*, Arbeitskampf, S. 473 f; *Zwanziger*, DB 2008, 294, 295; für das Arbeitsrecht *Thüsing*, Europäisches Arbeitsrecht § 10 Rn. 6; *Tettinger/Stern/Grabenwarter*, GrCh, B III Rn. 22; *Wagner*, Arbeitskampf, S. 142.

898 *Heselhaus/Nowak/Szczekalla*, HdEG § 7 Rn. 36.

899 *Skouris*, RdA 2009, Sonderbeilage Heft 5, 25, 28.

900 EuGH 12.6.2003 – Rs. C-112/00 „Schmidberger“ – Slg 2003, I-5659, Rn. 81.

901 Unter § 3 F. III. 2, S. 173.

rechtlich vorgegeben ist, führt das zu Spielräumen für die Grundrechtsadressaten.“⁹⁰²

Bei der Primärrechtskollision und der hierbei herzustellenden praktischen Konkordanz wird es deshalb selten zur unverhältnismäßigen Rechtskontrolle kommen. Vielmehr hat der EuGH einen großen Spielraum, bevor er in unverhältnismäßiger Weise in Art. 28 GrCh eingreift.

b. Urteil des EuGH in Sachen Viking

Vom Grundsatz der praktischen Konkordanz soll der EuGH in Sachen Viking vermeintlich abgerückt sein. Gerade wegen des abweichenden Prüfungsmaßstabes sehen viele kritische Autoren eine „Tarifizensur“ und meinen einen unverhältnismäßigen Eingriff in die kollektive Koalitionsfreiheit. Manche Autoren sehen sogar den Grundrechtsmindestschutz im Sinne der Solange-Rechtsprechung des BVerfG nicht mehr als gewährleistet an.⁹⁰³

Das Urteil ist nicht einfach zu lesen, weshalb *Junker* zu recht konstatiert, dass es „schon deshalb unterschiedlichen Interpretationen zugänglich“ ist.⁹⁰⁴ Der EuGH prüft anhand der Niederlassungsfreiheit. Hierbei führt er keine freie Abwägung zwischen den Rechtspositionen im Einzelfall durch, sondern fragt, ob der Eingriff in die Grundfreiheit gerechtfertigt ist⁹⁰⁵, was er bejaht, weil „das Recht auf Durchführung einer kollektiven Maßnahme, die den Schutz der Arbeitnehmer zum Ziel hat, ein berechtigtes Interesse darstellt, das grundsätzlich eine Beschränkung [...] rechtfertigen kann.“⁹⁰⁶ Allerdings, so der EuGH, müsse der Streik „den Schutz der Arbeitnehmer“⁹⁰⁷ bezwecken, was die nationalen Gerichte zu prüfen haben. Auch in diesem Fall müsse das nationale Gericht weiter prüfen, „ob die [...] Maßnahme geeignet ist, die Erreichung des verfolgten Ziels zu gewährleisten, und nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung des Ziels erforderlich ist.“⁹⁰⁸

Anlass für die Kritik sind drei Aspekte: zum einen, dass der EuGH durch den gewählten Prüfungsaufbau einen Vorrang der Grundfreiheiten indi-

902 *Jarass*, EU-Grundrechte, § 5 Rn. 34.

903 *Däubler* AuR 2008, 409, 415; *Wißmann*, AuR 2009, 149, 151; HK-ArbR/*Hensche*, Art 9 GG Rn. 109.

904 *Junker*, SAE 2008, 209.

905 EuGH 11.12.2007 – Rs. C-438/05 „Viking“ – Slg. 2007, I-10779, Rn. 75 ff.

906 EuGH 11.12.2007 – Rs. C-438/05 „Viking“ – Slg. 2007, I-10779, Rn. 77.

907 EuGH 11.12.2007 – Rs. C-438/05 „Viking“ – Slg. 2007, I-10779, Rn. 80.

908 EuGH 11.12.2007 – Rs. C-438/05 „Viking“ – Slg. 2007, I-10779, Rn. 84.

ziere⁹⁰⁹, daneben, dass der EuGH die eigene Bedeutung der grundrechtlich geschützten kollektiven Koalitionsfreiheit negiere und vorschnell auf das Allgemeininteresse des Arbeitnehmerschutzes abstelle⁹¹⁰ und schließlich, dass die Prüfung der Kampfmaßnahme zu intensiv ausfalle.⁹¹¹

c. Unverhältnismäßige Rechtskontrolle in Sachen Viking?

Zumindest Tarifizensur im hier verstandenen Sinne stellt das Urteil Viking nicht dar, weil es bei der bloßen Kassation verbleibt. Es geht vielmehr um eine unverhältnismäßige Rechtskontrolle.

Damit der vom EuGH gefundene Ausgleich zwischen beiden Primärrechtspositionen eine unverhältnismäßige Rechtskontrolle der kollektiven Koalitionsfreiheit darstellt, müsste dessen weiter Urteilsspielraum überschritten sein und er letztlich gegen das Übermaßverbot verstoßen haben. Hierfür gibt es zwei Anknüpfungspunkte. Zum einen könnte ein Vorrang der Grundfreiheit oder eine Negierung des eigenständigen Gehalts der kollektiven Koalitionsfreiheit schon „formell“ unverhältnismäßig sein. Zum anderen könnte aber auch eine „materielle“ Unverhältnismäßigkeit vorliegen, weil der gefundene Ausgleich zwischen Streikrecht und Niederlassungsfreiheit übermäßig das Streikrecht beschneidet.

Der EuGH hat in Sachen Viking nicht etwa einen generellen Vorrang der Grundfreiheiten vor den Grundrechten festgelegt. Vielmehr betont er sowohl den Rang des „Rechts auf Durchführung einer kollektiven Maßnahme“⁹¹² als auch der Niederlassungsfreiheit⁹¹³ – aber eben auch, dass beide einschränkbar sind. Dass anhand der Niederlassungsfreiheit geprüft wird erklärt sich aus der Vorlagefrage und will in meinen Augen kein Vorrangverhältnis herstellen.⁹¹⁴ Auch dass der EuGH im weiteren Verlauf weniger ausführlich abwägt und keinen „Konkordanzobersatz“ wie etwa noch in

909 Kocher, AuR 2008, 13, 18; Schubert/Schaumburg, NJ 2009, 397, 401; Däubler/Schiek, TVG Einleitung Rn. 382d; HK-ArbR/Hensche, Art 9 GG Rn. 109; ausdrücklich ablehnend Skouris, RdA 2009, Sonderbeilage zu Heft 9, 25, 27, 30.

910 Franzen, Europäische Grundfreiheiten, S. 238; Kocher, Standortwettbewerb, S. 44; Däubler, AuR 2008, 409, 415; Konzen, Europäische Grundrechte, S. 229, 235; Kocher, AuR 2008, 13, 15; Zwanziger, RdA 2009 Sonderbeilage zu Heft 5, 10, 17.

911 HK-ArbR/Hensche, Art 9 GG Rn. 109.

912 EuGH 11.12.2007 – Rs. C-438/05 „Viking“ – Slg. 2007, I-10779, Rn. 44; für das Gleichordnungsverhältnis explizit auch Bayreuther, EuZA 2008, 396, 400.

913 EuGH 11.12.2007 – Rs. C-438/05 „Viking“ – Slg. 2007, I-10779, Rn. 75; auch Frenz, HdbEuR § 1 Rn. 475 spricht sich etwa für einen Ausgleich auf Schrankebene aus.

914 Darauf hinweisend, wenn wohl auch im Ergebnis anders Rebhahn, ZESAR 2008, 109, 115; wie hier Skouris, RdA 2009, Sonderbeilage zu Heft 9, 25, 27.

Sachen Schmidberger⁹¹⁵ nennt, ist kein Zeichen für einen fragwürdigen Vorrang der Niederlassungsfreiheit. Denn die Methode, eine Grundrechtsausübung dem Verhältnismäßigkeitsprinzip zu unterwerfen, um so im Einzelfall beiden Primärrechtspositionen gerecht zu werden, kennt man auch aus dem deutschen Verfassungsrecht⁹¹⁶ – wo sie nach richtiger Ansicht ebenfalls einen angemessenen Ausgleich darstellt. Der EuGH sieht durchaus zwei Rechtspositionen, die in Einklang zu bringen sind.⁹¹⁷

Dass der EuGH die kollektive Koalitionsfreiheit selbst nicht prüft sondern auf den „Schutz der Arbeitnehmer“ als Allgemeininteresse abstellt, wirft indes berechtigt die Frage auf, ob die grundrechtlich geschützte kollektive Koalitionsfreiheit hier völlig negiert wurde – so dass der Ausgleich unverhältnismäßig wäre. Allerdings ist wenig überzeugend, das Urteil des EuGH durch die deutschdogmatische Brille zu betrachten. So ist es nicht zwingend, eine Berechtigung der kollektiven Koalitionsfreiheit auch außerhalb des „Arbeitnehmerschutzes“ zu sehen.⁹¹⁸ Und auch im deutschen Recht ist durchaus umstritten, ob die kollektive Koalitionsfreiheit um ihrer selbst willen gewährleistet ist oder letztlich doch nur zum Schutz von individuellen Grundrechte.⁹¹⁹ Mit einigem Recht wirft deshalb auch *Maeßen* den Kritikern eine „germanozentrische Sichtweise“⁹²⁰ vor. Auch stimmt es nicht, dass der EuGH die kollektive Komponente nicht sieht. So gewichtet er etwa in Rn. 86, „dass kollektive Maßnahmen sowie Tarifverhandlungen und Tarifverträge [...] eines der Hauptmittel der Gewerkschaften [...] sein können.“⁹²¹ Es geht ihm also nicht bloß abstrakt um Arbeitnehmerschutz.

Es bleibt also noch zu untersuchen, ob die Vorgaben des EuGH in materieller Hinsicht eine unverhältnismäßige Rechtskontrolle darstellen. Zunächst existiert der Ansatz, den Streik zum Schutz anderer Rechtsgüter einer Verhältnismäßigkeitskontrolle zu unterwerfen, gerade auch im deutschen Recht.⁹²² Trotzdem sind beide Ansätze nicht exakt deckend. Neu er-

915 EuGH 12.6.2003 – Rs. C-112/00 „Schmidberger“ – Slg. 2003, I-5659, Rn. 81; hierzu schon *Konzen*, Europäische Grundrechte, S. 235.

916 Unter § 3 G. III, S. 176.

917 Betonend, es handele sich bei Viking durchaus um praktische Konkordanz: v. *Danwitz*, EuZA 2010, 6, 8; *Thüsing*, Europäisches Arbeitsrecht § 10 Rn. 7; *Schubert*, RdA 2008, 289, 293 f; *Bayreuther*, EuZA 2008, 396, 400.

918 Den Zusammenhang aufzeigend auch *Däubler/Schiek*, TVG Einleitung Rn. 381; beruhigend auch v. *Mangoldt/Klein/Starck/Kemper*, Art. 9 Abs. 3 Rn. 165.

919 Unter § 3 F. III. 1, S. 173.

920 *Maeßen*, Arbeitskampfrecht, S. 272.

921 EuGH 11.12.2007 – Rs. C-438/05 „Viking“ – Slg. 2007, I-10779, Rn. 86.

922 auch schon unter § 3 G, S. 176; wobei *Franzen* zu Recht auf die (geringere) praktische Handhabung in Deutschland hinweist: *Franzen*, Europäische Grundfreiheiten, S. 240; *Bayreuther*, EuZA 2008, 395, 404; wenn auch sonst kritisch ebenso *Zwanziger*, DB 2008, 294, 297; anders *Wendeling-Schröder*,

scheint etwa der Prüfungspunkt, ob die Streikziele dem Schutz der Arbeitnehmer dienen.⁹²³ Umgekehrt fehlt der Verweis des EuGH auf Einschätzungsprärogativen hinsichtlich der Geeignetheit und Erforderlichkeit. Auch fällt auf, dass der Verzicht des BAG auf bestimmte Bemessungskriterien – etwa die Relation von Streikforderung und Schäden⁹²⁴ – beim EuGH fehlt. Umgekehrt gibt es auch keinen absoluten Schutz der Unternehmerentscheidung, wie ihn etwa das BAG kennt.⁹²⁵

Ob eine so verstandene Rechtskontrolle von Streiks unverhältnismäßig in die kollektive Koalitionsfreiheit der Tarifparteien eingreift, erscheint nicht ausgeschlossen. Schon zum deutschrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip gab es Zweifel an Erforderlichkeit, vor allem aber auch an Angemessenheit. Letzteren will das BAG dort freilich dadurch begegnen, indem es „Einschätzungsprärogativen“ einräumt und bestimmte Bemessungskriterien ausklammert. So soll letztlich ein Zugriff auf das „Hausgut“ der Tarifparteien vermieden werden. Beide Ausnahmen sieht der EuGH nicht vor, so dass die schon zum deutschen Recht bestehenden Zweifel noch wachsen. Ob der Kontrollmaßstab zu weit geht, ist deshalb auch in der Literatur umstritten.⁹²⁶

Indes ist zu betonen, dass der EuGH die Feststellung, ob wirklich Arbeitnehmerschutz verfolgt wird, aber auch die Durchführung der Verhältnismäßigkeitskontrolle den nationalen Gerichten überlässt. Dem BAG wird also weiterhin ein beträchtlicher Spielraum bei der Handhabung zukommen. Insofern fordern erste Literaturstimmen schon jetzt, dass auch weiterhin den Tarifparteien hier ein Einschätzungsspielraum zugebilligt werden dürfe⁹²⁷ oder sie schlagen vor, anzunehmen, dass „gewerkschaftliche

AiB 2007, 617; skeptisch *Kempen*, Koalitionsfreiheit, S. 34: „wegen der generalklauselförmigen Weite der vom EuGH erfundenen Zulässigkeitsvoraussetzungen für kollektive Maßnahmen mit einem untragbaren Risiko auf Gewerkschaftsseite belastet; skeptisch *Kocher*, Standortwettbewerb, S. 48.

923 *Franzen*, Europäische Grundfreiheiten, S. 240; *Bayreuther*, EuZA 2008, 396, 402 sieht dies gelassener: „Warum sollte denn sonst gestreikt werden?“.

924 Unter § 3 G. III. 2. c, S. 162.

925 Ausführlich etwa *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 694 ff; *Däubler*, Arbeitskampfrecht, § 13 Rn. 36 ff; wie hier auch *Bayreuther*, EuZA 2008, 396, 405.

926 Kritisch *Kocher*, AuR 2008, 13, 18; *Däubler/Schick*, TVG Einleitung Rn. 382b; *Schubert/Schaumberg*, NJ 2009, 397, 401: „kann darüber hinaus zur Tarifizensur missbraucht werden“; *Ozimek*, Sparten, S. 112 ist der Ansicht, die Urteile „lassen die Wertung zu, die für eine Auflockerung des Zensurverbotes spricht“; zustimmend hingegen *v. Danwitz*, EuZA 2010, 6, 17: „ausgewogen“; *Wißmann*, AuR 2009, 149, 150: „nicht abwegig“; *Schubert*, RdA 2008, 289, 296 f: „nicht die Gefahr einer Tarifizensur“; *Bayreuther*, EuZA 2008, 396, 404: „keinesfalls eine Tarifizensur“.

927 *Zwanziger*, DB 2008, 294, 297.

Streiks um Tarifverträge *typischerweise* erforderlich sind.“⁹²⁸ Nutzt das BAG diesen Spielraum zur schonenden Ausgestaltung, so wird man auch hier davon ausgehen müssen, dass die Schwelle zum Übermaßverbot (wenn auch knapp) nicht überschritten wurde.

Letztlich kann man dies sicher auch mit den genannten guten Argumenten anders sehen. Für die Systembildung wäre dies indes nicht problematisch – vielmehr gäbe es dann ein prägnantes Beispiel für eine unverhältnismäßige europäische Rechtskontrolle.

3. Abgleich mit Art. 11 EMRK und Art. 6 ESC

Das hier vertretene Ergebnis müsste auch Art. 11 EMRK standhalten, weil Art. 52 Abs. 3 GrCh autonom festschreibt, dass die Unionsgrundrechte mindestens die Reichweite der Grundrechte der EMRK in ihrer Auslegung durch den EGMR⁹²⁹ haben sollen. Hinsichtlich weiterer Einzelheiten der EMRK sei auf die obigen Ausführungen verwiesen.⁹³⁰

Wie im Verhältnis von Art. 9 Abs. 3 GG zu Art. 11 EMRK ist es auch beim Verhältnis Art. 28 GrCh und Art. 11 EMRK gerade das Streikrecht, das im Verdacht steht, hinter den Gewährleistungen der EMRK zurückzubleiben. Insbesondere die Rechtsprechung des EuGH in Sachen Viking wird – zu meist von den gleichen Autoren, die auch einen Verstoß gegen Art. 28 GrCh sehen – als ungerechtfertigter Eingriff in Art. 11 EMRK gesehen.⁹³¹

Für die Beurteilung der Vereinbarkeit mit Art. 11 EMRK ist die Interpretation des Urteils in Sachen Viking maßgeblich. Versteht man es als komplette Negation der kollektiven Koalitionsfreiheit oder einen grundsätzlichen Vorrang der Grundfreiheiten, so verstößt es gegen Art. 28 GrCh – und gleichzeitig auch gegen Art. 11 EMRK. Allerdings verhält sich das Urteil nicht in dieser Weise, sondern bringt zwei kollidierende Primärrechtspositionen dadurch in Ausgleich, dass es die Grundrechtsausübung einer Verhältnismäßigkeitskontrolle unterwirft.⁹³²

Auch wenn der Maßstab des EuGH nicht exakt dem des BAG entspricht, gilt, was bereits zum Verhältnis zwischen Art. 9 Abs. 3 GG und Art. 11 EMRK ausgeführt wurde.⁹³³ Nach Art. 11 EMRK kann das Streikrecht etwa zum Schutz Rechte anderer und damit der Rechte des Gegenspielers, aber

928 Konzen, Europäische Grundrechte, S. 245, Hervorhebung im Original.

929 So zu Recht auch Fütterer, EuZA 2011, 505, 515.

930 Unter § 3 C. III. 5, S. 145.

931 Fütterer, EuZA 2011, 505, 516.

932 § 5 B. I. 2. c, S. 201.

933 Unter § 3 G. III. 3, S. 181.

auch betroffener Dritter, eingeschränkt werden.⁹³⁴ Grenze der Einschränkbarkeit sind der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und der Wesensgehalt⁹³⁵ – also die gleichen Kriterien wie bei Art. 52 GrCh. Mithin gelten auch hier die gleichen Wertungen⁹³⁶: man kann zweifeln, weil der EuGH anders als das BAG nicht bestimmte Kriterien ausklammert – oder aber auf den Handhabungsspielraum des BAG abstellen und deshalb das Verhältnismäßigkeitsprinzip für verhältnismäßig halten. Trotzdem laufen Art. 28 GrCh und Art. 11 EMRK parallel.

Auch Art. 6 ESC erfordert keine andere Bewertung. Wie zum nationalen Recht ausgeführt⁹³⁷ werden hier nur andere Aspekte kritisiert, nicht aber das Verhältnismäßigkeitsprinzip.

4. Zwischenergebnis

Für das System aus Tarifizensur und unverhältnismäßiger Rechtskontrolle bedeutet dies: auch bei der Kollision der kollektiven Koalitionsfreiheit aus Art. 28 GrCh mit anderen Primärrechtsgütern und der vorzunehmenden praktischen Konkordanz kann es zur unverhältnismäßigen Rechtskontrolle kommen, freilich nur wenn die kollektive Koalitionsfreiheit übermäßig beschränkt wird. Dies wird selten der Fall sein, da dem EuGH im Rahmen der Herstellung der praktischen Konkordanz ein großer Spielraum zukommt.

II. Sekundärrecht: Art. 5 Abs. 3 Leiharbeitsrichtlinie

Daneben steht auch Sekundärrecht im Verdacht, unzulässige „Tarifizensur“ darzustellen. Virulent wurde dies etwa bei Art. 5 Abs. 3 der Leiharbeitsrichtlinie.⁹³⁸ Einfaches Recht stellt auch im Unionsrecht dann eine unverhältnismäßige Rechtskontrolle dar, wenn der Schutzbereich eines Unionsgrundrechts ungerechtfertigt beschränkt wird.

1. Tatbestandliche Anwendbarkeit

Art. 5 Abs. 3 der Leiharbeitsrichtlinie legt fest, dass die Mitgliedstaaten den Sozialpartnern die Möglichkeit einräumen können, Tarifverträge abzuschließen, die „unter Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitneh-

934 Falsch deshalb *Fütterer*, EuZA 2011, 505, 516, der meint, dass sich „keinerlei Aussagen zur Einschränkung des Streikrechts zum Schutz der grenzüberschreitenden Wirtschaftstätigkeit finden.“

935 Grote/Marauhn/*Grabenwarter/Marauhn*, EMRK/GG, Kap. 7 Rn. 41 ff, 53 ff.

936 Unter § 5 B. I. 2. c, S. 201.

937 § 3 G. III. 4, S. 183.

938 Richtlinie 2008/103/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit, Amtsblatt Nr. L 327/9.

mern“ vom ansonsten herrschenden equal-pay-Grundsatz⁹³⁹ des Art. 5 Abs. 1 der Leiharbeitsrichtlinie abweichen dürfen.

Die Wirkung des Absatzes ist umstritten: manche halten die Norm für einen reinen Programmsatz⁹⁴⁰ während andere davon ausgehen, dass er eine echte Tarifüberprüfungspflicht installieren will.⁹⁴¹ Für die Grundrechtsbindung – und damit auch den Kontrollmaßstab – ist indes entscheidend, ob und welchen Spielraum die Richtlinie dem nationalen Recht lässt. Setzt sie nur einen Rahmen fest, dann ist die konkrete Ausgestaltung weiterhin am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes zu prüfen.⁹⁴² Letzteres erscheint mir überzeugender – angesichts der geringen Regelungstiefe der Richtlinie.⁹⁴³ Folglich würden für eine nationale Umsetzung die Ausführungen zur „einfachen Rechtskontrolle“ gelten.⁹⁴⁴

Im Folgenden soll indes davon ausgegangen werden, dass Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie selbst abschließend zu verstehen ist, den Mitgliedstaaten also kein Umsetzungs- und damit Konkretisierungsspielraum verbleibt. Dann nämlich scheiden die nationalen Grundrechte als Prüfungsmaßstab aus und es stellt sich die Frage der Vereinbarkeit mit Unionsgrundrechten.

2. Tarifaufonomie als vorrangiges Schutzkonzept?

Zwar ist grundsätzlich die Tarifaufonomie selbst ein Schutzkonzept zur Verfolgung des „Gesamtsschutzes der Arbeitnehmer“. Es bleibt dem Unionsgesetzgeber aber unbenommen, im Einzelfall flankierende staatliche Maßnahmen zu ergreifen. Indem er (fiktiv) selbst eine Gesamtschutzgrenze gerade auch für Tarifabweichungen vom tarifdispositiven Recht normiert, gibt er zu erkennen, dass in dieser Branche gerade nicht die Tarifaufonomie selbst vorrangiges Schutzkonzept sein soll.⁹⁴⁵

3. Verstoß gegen höherrangiges Recht

Für die Prüfung von Unionsgrundrechten gilt nichts anderes als im deutschen Recht: zunächst ist festzustellen, ob eine Einschränkung des Schutzbereiches vorliegt und ob es hierfür eine taugliche Schranke gibt.

939 Hierzu etwa *Ulber*, § 3 AÜG Rn. 89 ff.

940 So auch ich in meinem Beitrag mit *Rieble*: *Rieble/Vielmeier*, EuZA 2010, 474, 498 ff; bzw. „Appell“: *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 941.

941 So etwa *Wank*, JbDAbR 2012, 23, 29; *Riechert*, NZA 2013, 303, 306; *Zimmer*, NZA 2013, 289, 291.

942 So zumindest das BVerfG; umfassend statt aller bei *Frenz*, HdbEuR Rn. 159 ff.

943 So ausdrücklich *Rödl/Ulber*, NZA 2012, 841, 844; wohl auch *Löwisch/Rieble*, Grundlagen Rn. 258.

944 § 3 C. III. 2. b. cc, S. 136.

945 Unter § 3 C. II, S. 133.

Sodann sind die Schranken-Schranken zu beleuchten, mithin vor allem die Grenze der Verhältnismäßigkeit.⁹⁴⁶

a. Keine Tarifizensur

Geht man von einer Überprüfungspflicht der Mitgliedstaaten aus, so stellte Art. 5 Abs. 3 der Leiharbeitsrichtlinie trotzdem keine Tarifizensur im hier verstandenen Sinne dar. Denn auch bei der Offenheit der Eingriffsermächtigung verbleibt es trotzdem bei einer bloßen Kassation eines abweichenden Tarifvertrages; der Staat selbst setzt keine Tarifnormen. Insofern weiche ich von meiner bereits geäußerten Ansicht ab.⁹⁴⁷

b. Einschränkung des Schutzbereich des Art. 28 GrCh

Unterstellt man eine echte Wirkung der Norm, so könnte sie den Schutzbereich von Art. 28 GrCh einschränken. In persönlicher Hinsicht schützt er nicht nur Arbeitgeber und Arbeitnehmer selbst, sondern auch Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände als ihre „Organisationen“.⁹⁴⁸ In sachlicher Hinsicht ist neben dem schon intensiver diskutierten „Recht auf Kollektivmaßnahmen“ auch das Recht auf „Kollektivverhandlungen“ geschützt. Dieses meint nicht nur das bloße Verhandlungsstadium, sondern weitergehend die Freiheit, „Vereinbarungen zu treffen, die sich auf das Arbeitsleben [...] beziehen und die der Staat als rechtsverbindlich anerkennt.“⁹⁴⁹ Damit ist auch auf der europäischen Ebene zweierlei gemeint: zum einen die Staatsferne des kollektiven Einigungsprozesses⁹⁵⁰, zum anderen aber auch der Schutz vor staatlicher Beanstandung.⁹⁵¹ Es geht letztlich um Tarifautonomie.⁹⁵²

Der Begriff der Einschränkung aus Art. 52 Abs. 1 GrCh ist weit zu verstehen und erfasst auch alle „mittelbaren Beeinträchtigungen“,⁹⁵³ Verpflichtete mithin Unionsrecht zur Kontrolle, ob Tarifverträge den Gesamtschutz achten, liegt zumindest eine mittelbare Beeinträchtigung der Normsetzungsfreiheit vor, schon wegen der damit entstehenden Ungewissheit und dem Wunsch, „darunter zu bleiben“. Sobald ein staatliches Organ in Um-

946 Statt aller für die europäische Grundrechtsdogmatik *Jarass*, EU-Grundrechte § 6 Rn. 1; *Meyer/Borowsky*, GrCh, Art 52 Rn. 19.

947 Anders noch *Rieble/Vielmeier*, EuZA 2010, 474, 500 f.

948 *Tettinger/Stern/Rixen*, Art. 28 GrCh Rn. 8; *Frenz*, HdbEuR Kapitel 11 § 2 Rn. 3734 ff.

949 *Tettinger/Stern/Rixen*, Art. 28 GrCh Rn. 13; ähnlich *Meyer/Riedel*, Art. 28 GrCh Rn. 22.

950 Ähnlich *Frenz*, HdbEuR Kapitel 11 § 2 Rn. 3710.

951 *Tettinger/Stern/Rixen*, Art. 28 GrCh Rn. 15.

952 *Lehmann*, BB 2012, 117; ebenso *Thüsing/Traut*, RdA 2012, 65.

953 *Tettinger/Stern/v. Danwitz*, Art. 52 GrCh Rn. 32; *Meyer/Borowsky*, GrCh, Art 52 Rn. 19.

setzung der Richtlinie einen Tarifvertrag beanstandet, liegt sogar eine unmittelbare Beeinträchtigung vor.

Die Einschränkung erfolgt auch durch einen Grundrechtsverpflichteten, nämlich ein Unionsorgan. Zwar weist *Rixen*⁹⁵⁴ zu Recht auf die begrenzte Zuständigkeit der Union für „das Arbeitsentgelt, das Koalitionsrecht, das Streikrecht sowie das Aussperrungsrecht“ (Art. 154 Abs. 4 AEUV) hin. Dies hindert freilich nicht, dass bei der Ausübung anderer Kompetenzen (wie etwa Art. 153 Abs. 2 AEUV für die Leiharbeitsrichtlinie⁹⁵⁵) die europäische Koalitionsfreiheit zu beachten ist.⁹⁵⁶ Insbesondere regelt der Unionsgesetzgeber durch die Leiharbeitsrichtlinie nicht das Arbeitsentgelt selbst, sondern die übrigen wesentlichen Arbeitsbedingungen. Hierin liegt die eigentliche Bedeutung von Art. 28 GrCh – weshalb er gerade kein „wirkungsloser Programmsatz“ ist.⁹⁵⁷

c. Schranke: Art. 5 Abs. 3 Leiharbeitsrichtlinie

Die Einschränkung des Schutzbereiches kann allerdings gerechtfertigt werden. Art. 52 Abs. 1 GrCh⁹⁵⁸ verlangt hierfür ein Gesetz, welches mit Art. 5 Abs. 3 der Leiharbeitsrichtlinie vorliegt. Indes muss das Gesetz seinerseits verhältnismäßig sein und den Wesensgehalt achten.

d. Schranken-Schranke Verhältnismäßigkeit

aa. Einschränkungsziele

Anders als im deutschen Recht ist auf Unionsrechtsebene im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zunächst zu untersuchen, ob der Gesetzgeber tatsächlich ein von der Union anerkanntes Gemeinwohlziel verfolgt.⁹⁵⁹ Dieses dürfte mit dem Arbeitnehmerschutz – der sich etwa in Art. 31 GrCh niederschlägt – gegeben sein. Auch besteht kein Verdacht, dass dieses Ziel vorgeschoben wäre.

bb. Geeignetheit

Die Anordnung eines „Gesamtzuschutzes“ ist zweifelsohne geeignet, dem Schutz der Arbeitnehmer zu dienen.

954 Tettinger/Stern/*Rixen*, Art. 28 GrCh Rn. 20.

955 Diese freilich zum damaligen Recht noch gestützt auf Art. 137 Abs. 2 EGV.

956 So zu Recht Tettinger/Stern/*Rixen*, Art. 28 GrCh Rn. 20; deutlich enger *Frenz*, HdbEuR Rn. 3734 ff.

957 So aber *Löwisch/Rieble*, Grundlagen Rn. 259; richtig hingegen *Thüsing/Traut*, RdA 2012, 65, 69.

958 Tettinger/Stern/*Rixen*, Art. 28 GrCh Rn. 14.

959 Tettinger/Stern/*v. Danwitz*, Art. 52 GrCh Rn. 37; Meyer/*Borowsky*, GrCh, Art. 52 Rn. 21.

cc. Erforderlichkeit

Zweifelhaft ist indes die Erforderlichkeit von Art. 5 Abs. 3 – schon wegen der tatbestandlichen Offenheit des Gesamtschutzvorbehaltes. Auch im Unionsrecht darf kein milderes, gleich geeignetes Mittel zur Verfügung stehen. Allerdings nimmt auch der EuGH seinen Kontrollmaßstab des Öffteren zurück, insbesondere wenn es um die Beurteilung von Rechtsnormen oder aber eher um wirtschaftliche Freiheiten geht.⁹⁶⁰

In meinen Augen kann nichts anderes als im deutschen Recht gelten.⁹⁶¹ Je weiter und unbestimmter eine Norm wird, desto geringer erscheint ihre Erforderlichkeit – weil man vom Gesetzgeber verlangen muss, die Grenzen privaten Handelns klar zu benennen. Auch für den europäischen Gesetzgeber gilt grundsätzlich: will er den Tarifparteien ein Abweichen vom gewöhnlichen Schutzstandard erlauben, hierbei aber kein unbegrenztes Abweichen zulassen, dann ist es seine – wenn auch mühsame – Aufgabe, die Grenzen konkret zu benennen.⁹⁶² Eine Generalüberprüfungsklausel, die selbst keine materiellen Grenzen aufzeigt, genügt dem nicht.⁹⁶³ Überzeugender wäre hier, nach Materien zu unterscheiden: manches, etwa das Entgelt, könnte dispositiv gestaltet werden, während andere wesentliche Arbeitsbedingungen, etwa Urlaub, nicht tarifdispositiv wären. So verbliebe den Tarifparteien (rechtssicherer) Regelungsspielraum; den Arbeitnehmern wären bestimmte Materien sicher gewährt. Dies erscheint effektiver als die Anordnung eines vagen Gesamtschutzvorbehaltes.

Alternativ verbliebe immer noch, den Mitgliedstaaten Spielraum bei der konkreten Ausgestaltung des „Gesamtschutzvorbehalts“ zu belassen (wie mir eh überzeugender erscheint⁹⁶⁴). Dann könnten diese konkrete Vorgaben schaffen – und so Zweifel an der Erforderlichkeit beseitigen. Diese wiederum könnten etwa (anders als der europäische Gesetzgeber, dem wegen Art. 153 Abs. 5 AEUV die Kompetenz hierzu fehlt), wie in Deutschland geschehen, einen Leiharbeits-Mindestlohn festlegen.⁹⁶⁵ Zwar ist das Entgelt nur ein Teil der wesentlichen Arbeitsbedingungen, deren Zusammenschau für den „Gesamtschutz“ maßgeblich ist. Umgekehrt dürfte es der gewichtigste Faktor sein, so dass der Gesamtschutz regelmäßig gesichert wäre. All das wäre milder als die Anordnung einer weiten General-

960 Statt aller *Jarass*, EU-Grundrechte, § 6 Rn. 53 f; Tettinger/Stern/v. Danwitz, Art. 52 GrCh Rn. 20.

961 Hierzu § 3 C. III. 2. b, S. 135.

962 So ausdrücklich auch *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 942.

963 Dass etwa ein Abweichen um bis zu 10% erlaubt wäre, ist eine bloße Behauptung; so aber *Ulber*, § 9 AÜG Rn. 233.

964 Schon unter § 5 B. II, S. 205.

965 *Hirdina*, NZA 2011, 325, 330.

kontrollklausel. Deshalb mangelt es Art. 5 Abs. 3 der Leiharbeitsrichtlinie an der Erforderlichkeit.⁹⁶⁶

dd. Angemessenheit

Da der Gesamtschutzvorbehalt schon nicht erforderlich ist, kommt es auf seine Angemessenheit nicht mehr an. Indes wäre auch sie zweifelhaft. Angemessenheit bedeutet, „festzustellen, ob das eingesetzte Mittel unter Berücksichtigung der davon ausgehenden Grundrechtsbeschränkung für den Betroffenen noch in einem angemessenen Verhältnis zu dem erreichten Rechtsgüterschutz steht. Im Rahmen dieser gegenläufigen Prüfung sind insbesondere die Schwere des Eingriffs, die Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe, die Bewertung der betroffenen Einzelinteressen und der Grad ihrer drohenden Beeinträchtigung gegeneinander abzuwägen.“⁹⁶⁷

Wie auch im nationalen Recht verbietet sich jede pauschale Aussage. Indes gilt auch hier, dass typisierend an der Angemessenheit dort zu zweifeln ist, wo in das klassische „Hausgut“ der Tarifparteien eingegriffen wird oder ihr Normsetzungsspielraum insgesamt gefährlich beschränkt wird. Dann sind umso höhere Anforderungen an die Belastung des zu schützenden Rechtsguts zu stellen. Für Art. 5 Abs. 3 der Leiharbeitsrichtlinie heißt dies: zum einen erfasste sie auch die Höhe des Arbeitsentgelts und damit klassisches „Hausgut“ der Tarifparteien. Zum anderen beschränkte sie den Normsetzungsspielraum ganz allgemein, da sie letztlich ein freies Beendigungsrecht installierte.⁹⁶⁸ Dass dies einen angemessenen Ausgleich mit Arbeitnehmerschutzinteressen darstellte, erscheint unwahrscheinlich.

e. Schranken-Schranke Wesensgehaltsgarantie

Da Art. 5 Abs. 3 Leiharbeitsrichtlinie schon nicht verhältnismäßig ist, kommt es auf die Einhaltung der – in ihrem Gehalt umstrittenen⁹⁶⁹ – Wesensgehaltsgarantie nicht an. Indes erscheint zweifelhaft, ob eine zu weitreichende Kontrolle bereits den Wesensgehalt tangierte.

966 So ausdrücklich auch *Hirdina*, NZA 2011, 325, 330; wohl auch *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 942; anders *Wank*, JbAbR 2012, 23, 28 ff.

967 Tettinger/Stern/v. Danwitz, Art. 52 GrCh Rn. 42.

968 So wohl auch *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 942 a.E., 943; allgemein zum Erfordernis eines „Spielraums“ der Tarifparteien auch im Unionsrecht Däubler/*Schiek*, TVG Einleitung Rn. 382e; umgekehrt für einen weiten Spielraum des Gesetzgebers: *Jarass*, EU-Grundrechte § 30 Rn. 23.

969 Darstellend Meyer/*Borowsky*, GrCh, Art 52 Rn. 23; auch *Streinz/Michl*, EUV/AEUV, Art. 52 GrCh Rn. 26.

4. Abgleich mit Art. 11 EMRK und Art. 6 ESC

Auch auf die Grundrechte der EMRK kommt es nicht mehr an, weil Art. 52 Abs. 3 Satz 2 GrCh anordnet, dass die GrCh besseren Grundrechtsschutz als die EMRK gewährleisten kann.

Ob Art. 11 EMRK indes Art. 5 Abs. 3 Leiharbeitsrichtlinie entgegenstehe, ist zweifelhaft, und zwar unabhängig von der Normhierarchie. Zwar schützt Art. 11 EMRK wohl auch das Recht, „mit dem Arbeitgeber Tarifverhandlungen zu führen und einen Tarifvertrag abzuschließen.“⁹⁷⁰ Nicht geklärt scheint indes, ob dies nur eine grundsätzliche Möglichkeit der staatsfreien Vereinbarung erfasst oder auch einen qualifizierten Inhaltsschutz. In den bisher virulenten Fällen ging es eher um den grundsätzlichen „Zugang zur kollektiven Koalitionsfreiheit“, etwa dadurch, dass bestimmten Arbeitnehmergruppen allgemein verboten werden sollte, Tarifverträge zu schließen. Dass nun auch ein bestimmter Inhaltsschutz damit verbunden sein soll, erscheint angesichts der ganz unterschiedlichen Rechtsordnungen und der bisherigen Rechtsprechung des EGMR zumindest nicht auf der Tagesordnung zu stehen. Hier scheint den Mitgliedstaaten wohl ein Spielraum zuzustehen.⁹⁷¹ Erinnert sei daran, dass der EGMR erst 2008 das Streikrecht als von Art. 11 EMRK mitumfasst anerkannt hat.

Ähnliche Zweifel bestehen auch bei Art. 6 ESC. Zwar spricht auch er in seinem Abs. 2 „Gesamtarbeitsverträge“ an, indes scheint es auch hier darum zu gehen, dass die Staaten „in ihrer Gesetzgebung [anerkennen], dass Arbeitnehmer und Arbeitgeber ihre Beziehungen durch Gesamtarbeitsverträge regeln können [und dass sie] den Abschluss solcher Verträge fördern.“⁹⁷²

5. Zwischenergebnis

Geht man davon aus, dass Art. 5 Abs. 3 der Leiharbeitsrichtlinie selbst abschließend eine Kontrolle auf Achtung gerade des „Gesamtsschutzes“ vorschreibt, so stellte er eine unverhältnismäßige europäische Rechtskontrolle dar, da einer derart offenen Eingriffsermächtigung die Erforderlichkeit fehlte, auch unter Beachtung eines zurückgenommenen Kontrollmaßstabes.

⁹⁷⁰ Meyer-Ladewig, Art. 11 EMRK Rn. 24; auch Grote/Marauhn/Bröhmer, EMRK/GG, Kap. 19 Rn. 110, freilich ausschließlich unter Verweis auf Urteile des BVerfG zu Art. 9 Abs. 3 GG.

⁹⁷¹ Ausdrücklich Grabenwarter/Pabel, EMRK § 23 Rn. 86.

⁹⁷² Europarat, ESC, S. 136.

C. Tarifizensur

Beispielfälle für echte Tarifizensur im Unionsrecht, also Fälle staatlicher Tarifregelungsanmaßung, habe ich nicht entdecken können. Dies mag mit den begrenzten Rechtsetzungskompetenzen in diesem Bereich zu tun haben, aber auch damit, dass die hier gewählte Definition recht eng ist.

Tarifizensur sollte auch im Unionsrecht lediglich als staatliche Tarifregelungsanmaßung definiert werden. Die Wertungen, die im deutschen Recht zur engen Definition geführt haben⁹⁷³, gelten auch im Unionsrecht: der Begriff sollte lediglich regelmäßig rechtswidrige staatliche Maßnahmen erfassen. Dies bemisst sich nach der Eingriffsintensität in die Koalitionsfreiheit. Diese ist auch im Unionsrecht am stärksten, wenn der Staat es nicht bei der Beanstandung einer Norm mit Neuverhandlungsmöglichkeit belässt, sondern selbst anstelle der Tarifparteien Tarifyhalte festsetzt.⁹⁷⁴

Als einzig prägnanter Verdachtsfall erscheint zumindest auf den ersten Blick der Dialog zwischen den Sozialpartnern nach Art. 155 Abs. 2 AEUV.⁹⁷⁵ Dieser ermöglicht – vereinfacht dargestellt – für den Fall, dass eine Rechtsetzung durch die Union in der fraglichen Materie angedacht ist, den Sozialpartnern einen eigenen Vorschlag zu unterbreiten, den der Rat durch Beschluss annehmen und somit zur Wirksamkeit bringen kann. Für *Löwisch/Rieble* ist zwingend, dass das Ergebnis dieses Verfahrens gerade kein europäischer Tarifvertrag im Sinne von Art. 28 GrCh sei, sondern vielmehr Ergebnis eines staatlichen Rechtsetzungsverfahrens. Denn die Einbindung des Staates „als Partner in einen ‚Dialog‘ [ermöglichte eine sozialpolitische Kontrolle] gegenüber autonomen Tarifverträgen als ‚Zensur‘ [im Sinne des] Art. 28 GrCh“.⁹⁷⁶

Richtig daran ist, dass auch Art. 28 GrCh nicht irgendwelche sondern letztlich staatsfreie Vereinbarungen schützt.⁹⁷⁷ Indes beschränken sich die Möglichkeiten der Unionsorgane auf die Annahme oder Ablehnung des Vorschlags der Sozialpartner⁹⁷⁸ bei dann folgender eigener staatlicher

⁹⁷³ § 2 C. I, S. 81.

⁹⁷⁴ So wohl auch Meinel/Heyn/*Herms* § 4 TzBfG Rn. 33: eine Inhaltskontrolle im Sinne einer Ersetzung der Wertung der Tarifvertragsparteien.

⁹⁷⁵ Zu diesem allgemein Callies/Ruffert/*Krebber*, Art. 155 AEUV; Schwarze/*Rebhahn*, Art. 155 AEUV.

⁹⁷⁶ *Löwisch/Rieble*, Grundlagen Rn. 394; *Rieble/Kolbe*, EuZA 2008, 453, 463; anders *Sagan*, Kollektivmaßnahmen, S. 286 ff.

⁹⁷⁷ Ausdrücklich *Frenz*, HdbEuR Rn. 3710: „Art. 28 EGRC soll gewährleisten, dass es den Privatparteien überlassen wird, betriebliche Belange und Konflikte zu lösen, ohne dass eine staatliche Stelle Einfluss nimmt“.

⁹⁷⁸ Schwarze/*Rebhahn*, Art. 155 AEUV Rn. 7; Callies/Ruffert/*Krebber*, Art. 155 AEUV Rn. 27; zu weit indes Streinz/*Eichenhofer*, Art. 155 AEUV Rn. 19.

Rechtsetzung⁹⁷⁹. In der Tat mag damit ein faktischer Druck auf die Sozialpartner zur Einigung entstehen, indes nehmen Unionsorgane formal keinen Einfluss auf Tarifyhalte und auch bei einer Ablehnung des Beschlusses durch den Rat bliebe es bei einer (unverhältnismäßigen) Rechtskontrolle. Diese müsste sich nämlich insoweit rechtfertigen, als dass eine Sozialpartnereinbarung womöglich der für beide Rechtsgüter schonendere Ausgleich gewesen wäre.

D. Ergebnis zu § 5

Auch im Unionsrecht lassen sich Fälle der unverhältnismäßigen Rechtskontrolle aufzeigen. Zum einen kann bei der Herstellung von praktischer Konkordanz zwischen Primärrechtsgütern zu wenig von der kollektiven Koalitionsfreiheit des Art. 28 GrCh verbleiben. Insbesondere droht aber durch Sekundärrecht eine unverhältnismäßige Rechtskontrolle – wie auch im deutschen Recht. Daran ändert Art. 153 Abs. 5 AEUV nichts, da etwa anlässlich anderer sozialpolitischer Gesetzgebung bei bedingter Tariföffnung eine unverhältnismäßige Ausgestaltung droht. Insbesondere mangelt es auch im Unionsrecht an der Erforderlichkeit, Tarifhandeln unter eine zu weite oder zu unbestimmte Kontrollnorm zu stellen und so letztlich eine allgemeine „Billigkeitskontrolle“ für Tarifverträge zu installieren.

Auch im Unionsrecht sollte der Begriff der Tarifizensur eng definiert werden als staatliche Tarifregelungsanmaßung. Momentan sind indes noch keine Fälle einer solchen echten europäischen Tarifizensur auszumachen.

979 Schwarze/*Rebhahn*, Art. 155 AEUV Rn. 8.

§ 6 Ergebnisse der Untersuchung

Bei der Lektüre dieses Buches erhält der Leser einen umfassenden Überblick über die bisherigen Verwendungen des Begriffs *Tarifizensur*, kann sich mit einem begründeten Definitionsvorschlag kritisch auseinandersetzen und lernen, wie sich die verschiedenen Formen der staatlichen Kontrolle von Tarifhandeln zueinander verhalten.

Im Einzelnen: Der Begriff der Tarifizensur wird sowohl von Literatur als auch Rechtsprechung verwendet, zumeist, um eine staatliche Kontrolle von Tarifhandeln als rechtswidrig zu kritisieren. Indes fehlt eine Definition, was Tarifizensur bedeutet. Dies erschwert es, die Fälle zu vergleichen und erleichtert es, den Begriff als Totschlagsargument zu missbrauchen. Ziel der Untersuchung ist deshalb ein begründeter Definitionsvorschlag (ausführlich § 1 D, S. 59).

Eine Definition muss zweckmäßig sein, also als Wertungskürzel taugen und gleichzeitig die Befundfälle abdecken oder beantworten. Für die Tarifizensur bedeutet dies insbesondere, dass sie nur das staatliche Handeln bezeichnen soll, das regelmäßig rechtswidrig ist. Nur so stimmen sprachliche Eindeutigkeit und rechtliche Wertung überein. Untersucht man die Eingriffsintensität verschiedener Formen staatlicher Kontrolle von Tarifhandeln, so stellt man fest, dass die Tarifregelungsanmaßung am intensivsten in die kollektive Koalitionsfreiheit eingreift. Während bei der kassatorischen Kontrolle den Tarifparteien Regelungsspielräume verbleiben, sind sie nach einer Tarifregelungsanmaßung entmachtet. Da es zumindest in „Friedenszeiten“ an der Erforderlichkeit fehlt, ist die Tarifregelungsanmaßung regelmäßig rechtswidrig. Mithin ist Tarifizensur nur die staatliche Tarifregelungsanmaßung im Einzelfall, sei es präventiv oder repressiv (ausführlich § 2 G, S. 121).

Die so definierte Tarifizensur kann die Befundfälle freilich nicht alleine beantworten. Vielmehr steht sie neben der „unverhältnismäßigen Rechtskontrolle“. Hierbei geht es um Fälle bloßer staatlicher Kassation, bei denen die Beanstandung von Tarifhandeln anhand eines bestimmten Kontrollmaßstabes vom jeweiligen Autor kritisiert wird. Es herrscht indes wenig Klarheit, welche Kontrollmaßstäbe auf Tarifhandeln anzuwenden sind. Oft wird mit „Systemen“, „Richtigkeitsgewähren“, „Prärogativen“, „Spielräumen“ oder schlichten Appellen an zurückhaltende Kontrolle gearbeitet, um den Tarifparteien einen Spielraum zu sichern. Richtig ist vielmehr die Anwendung bekannter verfassungsrechtlicher Maßstäbe ohne arbeitsrechtliche Sonderdogmatik. Eingriffe in Grundrechte, auch in die kollektive Koalitionsfreiheit, sind zum Schutz anderer Rechtsgüter von Verfassungsrang zulässig, sofern die Schranken-Schranken beachtet werden. Eingriffe müssen also verhältnismäßig sein. Insbesondere die Erforder-

lichkeit von allgemeinen, unbestimmten oder zu weiten Kontrollmaßstäben ist zweifelhaft. Der Gesetzgeber darf nicht anlässlich eines berechtigten Rechtsgüterschutzes die Rechtmäßigkeit von Tarifhandeln unter eine allgemeine Billigkeitsklausel stellen. Grundrechtsschutz erfordert hier präzises staatliches Handeln.

Umgekehrt kommt dem Staat – und angesichts der Zurückhaltung des Gesetzgebers im kollektiven Arbeitsrecht gerade den Gerichten – großer Handlungsspielraum zu. Er ist nur zur Erfüllung der Schutzpflicht von Drittrechtsgütern verpflichtet, darf aber bis zur Verletzung des Übermaßverbots der kollektiven Koalitionsfreiheit diese beschränken. Dies freilich ist keine arbeitsrechtliche Besonderheit: Gesetzgebung hat eigene Spielräume und ist nicht nur die Nachzeichnung von Grundrechtskollisionen. Mithin ist viel Kritik an der Anwendung oder Nichtanwendung von Kontrollmaßstäben rechtspolitischer und nicht verfassungsrechtlicher Art. Während die Tarifregelungsanmaßung regelmäßig rechtswidrig ist, ist die Rechtskontrolle von Tarifhandeln regelmäßig rechtmäßig, sofern sie nicht ausnahmsweise unverhältnismäßig ist (ausführlich § 3 I, S. 185).

Auf Ebene des Unionsrechts sind die gleichen Erwägungen anzustellen. Tarifizensur soll regelmäßig rechtswidrige staatliche Handlungen bezeichnen. Tarifizensur ist also auch hier nur die staatliche Tarifregelungsanmaßung. Während es wegen der begrenzten Rechtsetzungskompetenzen bisher noch zu keiner europäischen Tarifizensur gekommen ist, gibt es auch auf europäischer Ebene zumindest Verdachtsfälle der unverhältnismäßigen Rechtskontrolle (ausführlich § 5 D, S. 213).

Literaturverzeichnis:

Gesetzesänderungen, Rechtsprechung und Literatur sind auf dem Stand vom 12. März 2013. Lediglich vereinzelt konnten spätere Veröffentlichungen für die Druckfassung berücksichtigt werden.

- Apitzsch, Wolfgang / Klebe, Thomas / Schumann, Manfred* [Hrsg.], § 116 AFG Kampf um das Streikrecht [1986], zitiert als A/K/S/Bearbeiter, Kampf um das Streikrecht
- Ascheid, Reiner / Preis, Ulrich / Schmidt, Ingrid* [Hrsg.], Kündigungsrecht, 4. Auflage [2012], zitiert als APS/Bearbeiter
- Badura, Peter*, Die Tarifaautonomie im Spannungsfeld von Gemeinwohlerfordernissen und kollektiver Interessenwahrung, AöR 104 [1979], 246
- Bamberger, Heinz Georg / Roth, Herbert* [Hrsg.], Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, 3. Auflage [2012], zitiert als BaRo/Bearbeiter
- Bärman, Johannes*, „Echtes Streitverfahren“ in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, AcP 154 [1955], 373
- Bartlog, Julia*, Das Verhältnis von Gesetz und Tarifvertrag [2005]
- Bayreuther, Frank*, Tarifaautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie [2005], zitiert als Bayreuther, Tarifaautonomie
- Bayreuther, Frank*, Gesetzlicher Mindestlohn und sittenwidrige Arbeitsbedingungen, NJW 2007, 2022
- Bayreuther, Frank*, Das Verhältnis zwischen dem nationalen Streikrecht und der EU-Wirtschaftsverfassung, EuZA 2008, 395
- Bayreuther, Frank*, Einige Anmerkungen zur Verfassungsmäßigkeit des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes und des Mindestarbeitsbedingengesetzes 2009, NJW 2009, 2006
- Becker, Ulrich / Heckmann, Dirk / Kempen, Bernhard / Manssen, Gerrit*, Öffentliches Recht in Bayern, 5. Auflage [2011]
- Behning, Bettina*, Die Schlichtung in der kollektiven Arbeitsverfassung der Bundesrepublik Deutschland [1994], zitiert als Behning, Schlichtung

- Belling, Detlev*, Die Verantwortung des Staates für die Normsetzung durch die Tarifpartner, ZfA 1999, 547
- Belling, Detlev / Hartmann, Christian*, Die Unzumutbarkeit als Begrenzung der Bindung an den Tarifvertrag, ZfA 1997, 87
- Benedikt, Felix*, Die Kürzung von Tariflöhnen zur Sanierung [2003], zitiert als Benedikt, Tariflöhne
- Bieback, Karl-Jürgen*, Die Gesetzentwürfe zur Festsetzung von Mindestlöhnen; in: Dieterich, Thomas / Le Friant, Martine / Nogler, Luca / Kezuka, Katsutoshi / Pfarr, Heide [Hrsg.], Individuelle und kollektive Freiheit im Arbeitsrecht, Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert [2010], S. 359, zitiert als Bieback, Mindestlöhne
- Biedenkopf, Kurt*, Grenzen der Tarifautonomie [1964]
- Bietmann, Julia*, Gesetzliche Wege zu einem systemkonformen Mindestlohn [2010], zitiert als Bietmann, Mindestlohn
- Bister, Jeremy*, Tarifpluralität – Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb und die Folgen [2010], zitiert als Bister, Tarifpluralität
- Bitsch, Christian*, Streikrecht für Beamte?, ZTR 2012, 78
- Blanke, Thomas*, Die Zulässigkeit gewerkschaftlicher Arbeitskampfmaßnahmen zur Durchsetzung von Tarifverträgen bei Privatisierungen und sonstigen Unternehmens- und Betriebsübergängen, PersR 2002, 227
- Blanke, Thomas*, Viking und Laval vor dem Europäischen Gerichtshof, AuR 2007, 249
- Bohle, Thomas*, Einheitliches Arbeitsrecht in der Weimarer Republik [1990], zitiert als Bohle, Einheitliches Arbeitsrecht
- Borchard, Axel*, Verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Grenzen tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln [2009], zitiert als Borchard, Differenzierungsklauseln
- Bötticher, Eduard*, Regelungsstreitigkeiten; in: Rosenberg, Leo / Schwab, Karl-Heinz [Hrsg.], Festschrift für Friedrich Lent zum 75. Geburtstag, S. 89, zitiert als Bötticher, Regelungsstreitigkeiten
- Bötticher, Eduard*, Richterliche Rechtsgestaltung; in: Deutsche Rechtswissenschaft 1942, S. 125, zitiert als Bötticher, Richterliche Rechtsgestaltung
- von Brauchitsch, Isabelle*, Staatliche Zwangsschlichtung [1990]
- von Brauchitsch, Isabelle*, Arbeitskampf und Schlichtung, AuR 1993, 137

- F.A.Brockhaus [Hrsg.], Brockhaus Enzyklopädie, Band 30, 21. Völlig neu-bearbeitete Auflage [2006], zitiert als Brockhaus, Band 30
- Brox, Hans / Walker, Wolf-Dietrich*, Allgemeiner Teil des BGB, 36. Auflage [2012], zitiert als Brox/Walker, BGB AT
- Brüggemann, Dieter*, Judex statutor und judex investigator [1968]
- Buchner, Herbert*, BB-Forum: Der Bahnstreik – und welche Lehren daraus zu ziehen sind, BB 2007, 2520
- Bulla, Gustav-Adolf*, Soziale Selbstverantwortung der Sozialpartner als Rechtsprinzip; in: Dietz, Rolf / Hübner, Heinz [Hrsg.], Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag [1965], Band 2, S. 79, zitiert als Bulla, Selbstverantwortung
- Burkiczak, Christian*, Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien oder Relevanz grundrechtlicher Schutzpflichten – Erfurter Einerlei?, RdA 2007, 17
- Buschmann / Lörcher*, Übersetzung ins Deutsche von Council of Europe – European Social Charter, December 2010, AuR 2011, 107
- Butz, Paul / Brummer, Benjamin*, Große Hürden für junge Gewerkschaften, ArbAktuell 2012, 271
- Butzer, Hermann*, Verfassungsrechtliche Grundlagen zum Verhältnis zwischen Gesetzgebungshoheit und Tarifautonomie, RdA 1994, 375
- Bydlinski, Franz*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre [2005], zitiert als Bydlinski, Methodenlehre
- Call, Horst*, Sittenwidrige Tarifverträge zur Leiharbeit?, NJ 2010, 89
- Callies, Christian / Ruffert, Matthias* [Hrsg.], EUV AEUV, 4. Auflage [2011], zitiert als Callies/Ruffert/Bearbeiter
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS 1989, 161
- Caspers, Georg*, Mindestlohn und Tarifautonomie; in: Rieble, Volker / Junker, Abbo / Giesen, Richard [Hrsg.], Mindestlohn als politische und rechtliche Herausforderung [2011], S. 147, zitiert als Caspers, Mindestlohn und Tarifautonomie
- Cherdron, Julianne*, Tarifliche Sanierungs- und Sozialplanvereinbarungen [2008]
- Christ, Peter*, Freiwillige Tarifverträge [2007]

- Czycholl, Roland / Frieling, Tino*, Auswirkungen der Europäischen Sozialcharta auf das Arbeitskampfrecht, ZESAR 2011, 322
- Danner, Wolfgang / Theobald, Christian* [Hrsg.], Energierecht, 73. EL [2012], zitiert als Danner/Theobald/Bearbeiter
- von Danwitz, Thomas*, Grundfreiheiten und Kollektivautonomie, EuZA 2010, 6
- Däubler, Wolfgang*, Die unverhältnismäßige Aussperrung, JuS 1972, 642
- Däubler, Wolfgang*, Tarifvertragsrecht, 3. Auflage [1993]
- Däubler, Wolfgang*, Tarifliche Leistungen nur für Gewerkschaftsmitglieder, BB 2002, 1643
- Däubler, Wolfgang*, IFT-Aktionen gegen Billig-Flaggen-Schiffe – im Widerspruch zum EG-Recht?, AuR 2008, 409
- Däubler, Wolfgang* [Hrsg.], Arbeitskampfrecht, 3. Auflage [2011], zitiert als Däubler/Bearbeiter, Arbeitskampfrecht
- Däubler, Wolfgang* [Hrsg.], Tarifvertragsgesetz, 3. Auflage [2012], zitiert als Däubler/Bearbeiter, TVG
- Däubler, Wolfgang / Hjort, Jens Peter / Schubert, Michael / Wolmerath, Martin* [Hrsg.], Arbeitsrecht Handkommentar, 2. Auflage [2010], zitiert als HK-ArbR/Bearbeiter
- Däubler, Wolfgang / Kittner, Michael / Klebe, Thomas / Wedde, Peter* [Hrsg.], BetrVG Betriebsverfassungsgesetz, 13. Auflage [2012], zitiert als DKK/Bearbeiter, BetrVG
- Däubler, Wolfgang / Heuschmid, Johannes*, Tarifverträge nur für Gewerkschaftsmitglieder?, RdA 2013, 1
- Dauner-Lieb, Barbara / Langen, Werner* [Hrsg.], BGB Schuldrecht Band 2/1 §§ 241-610, 2. Auflage [2012], zitiert als NK-BGB/Bearbeiter
- Degenhart, Christoph*, Olympia und der Gesetzgeber: Ist ein sondergesetzlicher Schutz gerechtfertigt? Verfassungsfragen des Olympiaschutzgesetzes vom 31. März 2004, AfP 2006, 103
- Deinert, Olaf*, Arbeitsrechtliche Herausforderungen einer veränderten Gewerkschaftslandschaft, NZA 2009, 1176
- Demiral, Cavit*, Die ordentliche und außerordentliche Kündigung von Tarifverträgen in Deutschland und in der Türkei [2003], zitiert als Demiral, Tarifverträge in Deutschland und in der Türkei

- Dieterich, Thomas*, Die Grundrechtsbindung von Tarifverträgen; in: Schlachter, Monika / Ascheid, Reiner / Friedrich, Hans-Wolf [Hrsg.], Festschrift für Günter Schaub zum 65. Geburtstag [1998], S. 117, zitiert als Dieterich, Grundrechtsbindung
- Dieterich, Thomas*, Bindung der Tarifvertragsparteien an den Gleichheitssatz, RdA 2001, 110
- Dieterich, Thomas*, Flexibilisiertes Tarifrecht und Grundgesetz, RdA 2002, 1
- Dieterich, Thomas*, Tarifaufonomie und Gesetzgebung [2003], zitiert als Dieterich, Tarifaufonomie
- Dieterich, Thomas*, Kontrollpflicht und Zensurverbot im Arbeitskampf; in: Krause, Rüdiger / Schwarze, Roland [Hrsg.], Festschrift für Hansjörg Otto zum 70. Geburtstag [2008], S. 45
- Dreier, Horst* [Hrsg.], Grundgesetz Kommentar Band I, 2. Auflage [2004], zitiert als Dreier/Bearbeiter
- Dumke, Matthias*, Streikrecht i. S. des Art. 6 Nr. 4 ESC und deutsches Arbeitskampfrecht [2012], zitiert als Dumke, Streikrecht
- Ehlers, Dirk* [Hrsg.], Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Auflage [2009], zitiert als Ehlers/Bearbeiter, EuGR
- Eich, Rolf-Achim*, Betriebsvereinbarung – Das verkannte Medium, NZA 2010, 1389
- Emmert, Angela-Sabine*, Betriebsvereinbarungen über Zeitlohn [2000]
- Engels, Andreas*, Verfassung und Arbeitskampfrecht [2008], zitiert als Engels, Arbeitskampfrecht
- Epping, Volker / Hillgruber, Christian* [Hrsg.], Beck'scher Online-Kommentar GG, Edition 15 [2012], zitiert als BeckOKGG/Bearbeiter
- Europarat [Hrsg.], Die Europäische Sozialcharta, Ein Leitfaden [2001], zitiert als Europarat, ESC
- Fastrich, Lorenz*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht [1992], zitiert als Fastrich, Inhaltskontrolle
- Fischer, Matthias*, Gesetzlicher Mindestlohn – Verstoß gegen die Koalitionsfreiheit?, ZRP 2007, 20
- Fischer, Ulrich*, Der blinde Fleck in der Wesentlichkeitslehre des Bundesverfassungsgerichts beim Arbeitskampfrecht – Ein arbeitsrechtlicher Zwischenruf aus der Praxis, RdA 2009, 287

- Fischinger, Philipp*, Arbeitskämpfe bei Standortverlagerung und -schließung [2006], zitiert als Fischinger, Arbeitskämpfe
- Flume, Werner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Band 2, 4. Auflage [1992], zitiert als Flume, BGB AT II
- Franke, Alexandra*, Lohnwucher – auch ein arbeitsrechtliches Problem [2003], zitiert als Franke, Lohnwucher
- Franzen, Martin*, Europäische Grundfreiheiten und nationales Arbeitskampfrecht; in: Bauer, Jobst-Hubertus / Kort, Michael / Möllers, Thomas / Sandmann, Bernd [Hrsg.], Festschrift für Herbert Buchner zum 70. Geburtstag [2009], S. 231, zitiert als Franzen, Europäische Grundfreiheiten
- Franzen, Martin*, Die neue Rechtsprechung des Ersten Senats des BAG zum Arbeitskampfrecht, JbArbR 47 [2010], 119
- Franzen, Martin / Thüsing, Gregor / Waldhoff, Christian*, Arbeitskampf in der Daseinsvorsorge [2012], zitiert als Franzen/Thüsing/Waldhoff, Arbeitskampf
- Frenz, Walter*, Handbuch Europarecht, Band 4, Europäische Grundrechte [2009], zitiert als Frenz, HdbEuR
- Futter, Peter*, Schlichtungswesen und Zwangstarif [1970], zitiert als Futter, Schlichtungswesen
- Fütterer, Patrick*, Das Koalitions- und Streikrecht im EU-Recht nach dem Wandel der Rechtsprechung des EGMR zur Koalitionsfreiheit gemäß Art. 11 EMRK (Demir und Baykara und andere), EuZA 2011, 505
- Gamillscheg, Franz*, Zur Gratifikation mit Rückzahlungsvorbehalt, RdA 1968, 407
- Gamillscheg, Franz*, Kollektives Arbeitsrecht Band 1 [1997], zitiert als Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht
- Gamillscheg, Franz*, Anmerkung zu BAG 25.10.2000 – 4 AZR 438/99, AuR 2001, 228
- Giesen, Richard*, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb [2002], zitiert als Giesen, Rechtsgestaltung
- Giesen, Richard*, Tarifeinheit und Verfassung, ZfA 2011, 1
- Giesen, Richard*, Rechtspolitik des Mindestlohns; in: Schubert, Jens [Hrsg.], Festschrift für Otto Ernst Kempfen [2013], S. 216, zitiert als Giesen, Rechtspolitik des Mindestlohns

- Gornik, Andreas*, Grundrechtsbindung in der Rechtsprechung des BAG, NZA 2012, 1399
- Görres, Steffen*, Grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung in der EU [2003], zitiert als Görres, Arbeitnehmerentsendung
- Grabenwarter, Christoph / Pabel, Katharina*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Auflage [2012], zitiert als Grabenwarter/Pabel, EMRK
- Greiner, Stefan*, Der Arbeitskampf der GDL – Überlegungen zu Parität im Sparten- und Spezialistenarbeitskampf, NZA 2007, 1023
- Greiner, Stefan*, „Tarifsozialplan“ bei Betriebsübergang?, NZA 2008, 1274
- Greiner, Stefan*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfppluralität [2010], zitiert als Greiner, Pluralität
- Greiner, Stefan*, Der GKH-Beschluss – Evolution oder (erneute) Revolution der Rechtsprechung zur Tariffähigkeit?, NZA 2011, 825
- Grimm, Detlef / Pelzer, Sebastian*, Tarifsozialpläne im Tendenzunternehmen? NZA 2008, 1321
- Grobys, Marcel / Panzer-Heemeier, Andrea* [Hrsg.], Arbeitsrecht [2012], zitiert als Grobys/Panzer
- Groggert, Christian*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Arbeitskampfrecht [1990], zitiert als Groggert, Verhältnismäßigkeit
- Grote, Rainer / Marauhn, Thilo* [Hrsg.], EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz [2006], zitiert als Grote/Marauhn/Bearbeiter, EMRK/GG
- Grunewald, Barbara*, Numerus clausus der Gestaltungsklagen, ZZP 101 [1981], 152
- Habscheid, Walther*, Freiwillige Gerichtsbarkeit 5. Auflage [1971], zitiert als Habscheid, Freiwillige Gerichtsbarkeit 5. Auflage
- Habscheid, Walther*, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 7. Auflage [1983], zitiert als Habscheid, Freiwillige Gerichtsbarkeit
- Hagedorn, Claudia*, Zulässigkeit und Grenzen von Tarifsozialplänen [2010], zitiert als Hagedorn, Tarifsozialpläne
- Hager, Johannes*, Grundrechte im Privatrecht, JZ 1994, 373
- Hammer, Ulrich*, Tarifautonomie zwischen Dogmatik und Beliebigkeit, Der Personalrat 1997, 104

- Hanau, Hans*, Zur Verfassungsmäßigkeit von tarifvertraglichen Betriebsnormen am Beispiel der qualitativen Besetzungsregeln, RdA 1996, 158
- Hassold, Gerhard*, Rechtsfindung durch Konstruktion, AcP 181 [1981], 131
- Heinrich, Christian*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit [2000]
- Hemmen, Wolfgang*, Durchsetzungsfähigkeit als Kriterium für den Gewerkschaftsbegriff im Tarifvertragsrecht [1988], zitiert als Hemmen, Durchsetzungsfähigkeit
- Hensche, Detlef*, Tarifvertrag und Unternehmenspolitik, AuR 2004, 443
- Herschel, Wilhelm*, Tarifizensur und Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit, RdA 1985, 65
- Heselhaus, Sebastian / Nowak, Carsten* [Hrsg.], Handbuch der Europäischen Grundrechte [2006], zitiert als Heselhaus/Nowak/Bearbeiter, HdEG
- Heuchemer, Frank-Karl / Kloft, Verena*, Anforderungen an die Vergütungssysteme von Instituten, WM 2010, 2241
- Hey, Felix Christopher*, Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Tarifverträgen, ZfA 2002, 275
- Hirdina, Ralph*, Die Arbeitnehmerüberlassung – eine verfassungswidrige Überregulierung?, NZA 2011, 325
- Höfling, Wolfram*, Forderungen nach Tarifsozialplänen bei Standortentscheidungen, ZfA 2008, 1
- Höfling, Wolfram / Burkiczak, Christian*, Die unmittelbare Drittwirkung gemäß Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG, RdA 2004, 263
- von Hoyningen-Huene, Gerrick*, Die Billigkeit im Arbeitsrecht [1978], zitiert als v. Hoyningen-Huene, Billigkeit
- Hromadka, Wolfgang*, Bündnisse für Arbeit – Angriff auf die Tarifautonomie?, DB 2003, 42
- Hufen, Friedhelm*, Staatsrecht II Grundrechte, 3. Auflage [2011], zitiert als Hufen, Grundrechte
- Hümmerich, Klaus / Boecken, Winfried / Düwell, Franz-Josef* [Hrsg.], AnwaltKommentar Arbeitsrecht Band 2, 2. Auflage [2010], zitiert als AnwK-ArbR/Bearbeiter
- Hundt, Dieter*, Regelung des Mindestlohns? Contra, ZRP 2008, 167
- Ipsen, Jörn*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage [2009]

- Isele, Hellmut Georg*, Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, JZ 1966, 585
- Isensee, Josef / Kirchhof, Paul* [Hrsg.], Handbuch des Staatsrecht Band VIII, 3. Auflage [2010], zitiert als HStR VIII/Bearbeiter
- Isensee, Josef / Kirchhof, Paul* [Hrsg.], Handbuch des Staatsrecht Band IX, 3. Auflage [2011], zitiert als HStR IX/Bearbeiter
- Isselhorst, Erich*, Die Schlichtungsnotverordnung [1932]
- Jacobs, Matthias*, Tarifpluralität statt Tarifeinheit, NZA 2008, 325
- Jacobs, Matthias / Krause, Rüdiger / Oetker, Hartmut*, Tarifvertragsrecht [2007], zitiert als JKO/Bearbeiter
- Jacobs, Rainer*, Das Ende der Hausratsteilung – Das neue sachenrechtliche Regime des § BGB § 1568 b BGB, NJW 2012, 3601
- Jarass, Hans D.*, EU-Grundrechte [2005]
- Jarass, Hans D. / Pieroth, Bodo*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 12. Auflage [2012], zitiert als Jarass/Pieroth
- Jauernig, Othmar* [Hrsg.], Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Auflage [2011], zitiert als Jauernig/Bearbeiter
- Jordan, Anna Maria*, Entgeltdiskriminierung in Frauenberufen? [2012], zitiert als Jordan, Entgeltdiskriminierung
- Junker, Abbo*, Grundfreiheiten und „kollektive Maßnahmen“ – Die Urteile des EuGH in Sachen Viking Line und Laval, SAE 2008, 209
- Kabelitz, Stefan*, Festsetzung von Mindestarbeitsentgelten nach dem MiArbG im Spannungsfeld von Tarifautonomie und der Gewährleistung angemessener Arbeitsentgelte [2011], zitiert als Kabelitz, Mindestentgelte
- Kaiser, Dagmar*, Standortsicherungs- und Tarifsozialpläne zwischen Tarif- und Betriebsverfassungsrecht; in: Bauer, Jobst-Hubertus / Kort, Michael / Möllers, Thomas / Sandmann, Bernd [Hrsg.], Festschrift für Herbert Buchner zum 70. Geburtstag [2009], S. 385, zitiert als Kaiser, Standortsicherung
- Kamanabrou, Sudabeh*, Der Streik durch Spartengewerkschaften, ZfA 2008, 241
- Keidel, Theodor* [Begr.] / *Engelhart, Helmut / Sternal, Werner* [Hrsg.], FamFG 17. Auflage [2011], zitiert als Keidel, FamFG
- Kempen, Otto Ernst*, Der Gleichheitssatz als Instrument richterlicher Tarifzensur, FA 2002, 196

- Kempen, Otto Ernst*, Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit vor dem Europäischen Gerichtshof; in: Dieterich, Thomas / Le Friant, Martine / Nogler, Luca / Kezuka, Katsutoshi / Pfarr, Heide [Hrsg.], Individuelle und kollektive Freiheit im Arbeitsrecht, Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert [2010], S. 15, zitiert als Kempen, Koalitionsfreiheit
- Kempen, Otto Ernst / Zachert, Ulrich* [Hrsg.], Tarifvertragsgesetz, 4. Auflage [2006], zitiert als Kempen/Zachert, TVG
- Kemper, Michael*, Die Bestimmung des Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) [1990], zitiert als Kemper, Koalitionsfreiheit
- Kirchhof, Ferdinand*, Private Rechtsetzung [1987]
- Kissel, Rudolf*, Arbeitskampfrecht [2002]
- Klug, Ulrich*, Zur Problematik juristischer Definitionen; in U. Klug / Th. Ramm / F. Rittner / B. Schmiedel [Hrsg.], Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozeßrecht, Gedächtnisschrift für Jürgen Rodig [1978], S. 199, zitiert als Klug, Definitionen
- Klug, Ulrich*, Juristische Logik, 4. Auflage [1982]
- Knebel, Jürgen*, Koalitionsfreiheit und Gemeinwohl [1978]
- Krausnick, Daniel*, Grundfälle zu Art. 19 I und II GG, JuS 2007, 991
- Kreuz, Harald*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Arbeitskampf [1987], zitiert als Kreuz, Verhältnismäßigkeit
- Krieger, Steffen / Wiese, Nils*, Neue Spielregeln für Streiks um Tarifsozialpläne, BB 2010, 568
- Krist, Ingo*, Grenzen des Tarifsozialplanes [2010], zitiert als Christ, Tarifsozialplan
- Kocher, Eva*, Kollektivverhandlungen und Tarifautonomie – welche Rolle spielt das europäische Recht?, AuR 2008, 13
- Kocher, Eva*, Wer schützt die Beschäftigten im transnationalen Standortwettbewerb; in: Dieterich, Thomas / Le Friant, Martine / Nogler, Luca / Kezuka, Katsutoshi / Pfarr, Heide [Hrsg.], Individuelle und kollektive Freiheit im Arbeitsrecht, Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert [2010], S. 37, zitiert als Kocher, Standortwettbewerb
- Konzen, Horst*, Arbeitskampf, Lohndumping und europäische Grundfreiheiten; in: Bauer, Jobst-Hubertus / Kort, Michael / Möllers,

- Thomas / Sandmann, Bernd [Hrsg.], Festschrift für Herbert Buchner zum 70. Geburtstag [2009], S. 461, zitiert als Konzen, Arbeitskampf
- Konzen, Horst, Europäische Grundrechte im aktuellen Arbeitsrecht; in: Joost, Detlev / Oetker, Hartmut / Paschke, Marian [Hrsg.], Festschrift für Franz Jürgen Säcker zum 70. Geburtstag [2011], S. 229, zitiert als Konzen, Europäische Grundrechte
- Kopp, Ferdinand / Ramsauer, Ulrich, Verwaltungsverfahrensgesetz, 12. Auflage [2011], zitiert als Kopp/Ramsauer, VwVfG
- Kork, Philipp, Verbandspluralität im Arbeitskampf [2011], zitiert als Kork, Verbandspluralität
- Lakies, Thomas, Mindestlöhne gegen Niedriglöhne: Branchenlösungen oder allgemeine Lohnuntergrenze?, ArbR 2011, 599
- Larenz, Karl, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 3. Auflage [1963], zitiert als Larenz, Geschäftsgrundlage
- Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band Allgemeiner Teil, 14. Auflage [1987], zitiert als Larenz, SR AT
- Larenz, Karl / Wolf, Manfred, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage [2004], zitiert als Larenz/Wolf, BGB AT
- Lehmann, Friedrich-Wilhelm, EuGH zur Abgrenzung von Tarifautonomie und Europarecht, BB 2012, 117
- Leinenweber, Marcus Christian, Landesschlichtungsgesetze? [2011]
- Leipold, Dieter, Die Entwicklung des arbeitsrechtlichen Schrifttums im Jahre 1975, ZfA 1976, 273
- Lent, Friedrich, Zivilprozeß und freiwillige Gerichtsbarkeit, ZZP 66 [1953], 267
- Lindner, Josef Franz / Möstl, Markus / Wolff, Heinrich Amadeus, Verfassung des Freistaates Bayern [2009]
- Lohs, Rene, Anpassungsklauseln in Tarifverträgen [1995], zitiert als Lohs, Anpassungsklauseln
- Lohs, Rene, Darf der Gesetzgeber in laufende Tarifverträge eingreifen?, BB 1996, 1273
- Looschelders, Dirk, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage [2011], zitiert als Looschelders, SR AT
- Lörcher, Klaus, Das Menschenrecht auf Kollektivverhandlung und Streik – auch für Beamte, AuR 2009, 229

- Löwisch, Manfred*, Die Ausrichtung der tariflichen Lohnfestsetzung am gesamtwirtschaftlichen Gleichgewicht, RdA 1969, 129
- Löwisch, Manfred* [Hrsg.], Arbeitskampfrecht- und Schlichtungsrecht [1997]
- Löwisch, Manfred*, Anmerkung zu BAG 5.10.1999 – 4 AZR 668/98, RdA 2000, 312
- Löwisch, Manfred*, Anmerkung zu LAG Frankfurt 22.7.2004 – 9 SaGa 593/04 – AR-Blattei Einigungsstelle 170.2. Nr. 46
- Löwisch, Manfred / Rieble, Volker*, Tarifvertragsgesetz 3. Auflage [2012], zitiert als Löwisch/Rieble
- Maeßen, Charlotte*, Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung auf das deutsche Arbeitskampfrecht [2010], zitiert als Maeßen, Arbeitskampfrecht
- von Mangoldt, Hermann / Klein, Friedrich* [Begr.] / *Starck, Christian* [Hrsg.], Kommentar zum Grundgesetz Band 1, 6. Auflage [2010], zitiert als v. Mangoldt/Klein/Starck/Bearbeiter
- von Mangoldt, Hermann / Klein, Friedrich* [Begr.] / *Starck, Christian* [Hrsg.], Kommentar zum Grundgesetz Band 2, 6. Auflage [2010], zitiert als v. Mangoldt/Klein/Starck/Bearbeiter
- Maschmann, Frank*, Tarifautonomie im Zugriff des Gesetzgebers [2007], zitiert als Maschmann, Tarifautonomie
- Maunz, Theodor / Dürig, Günther* [Begr.] / *Herzog, Roman / Scholz, Rupert / Herdegen, Matthias / Klein, Hans H.* [Hrsg.], Grundgesetz Kommentar, Band II, 64. EL [2012], zitiert als Maunz-Dürig/Bearbeiter
- Maunz, Theodor / Dürig, Günther* [Begr.] / *Herzog, Roman / Scholz, Rupert / Herdegen, Matthias / Klein, Hans H.* [Hrsg.], Grundgesetz Kommentar, Band III, 64. EL [2012], zitiert als Maunz-Dürig/Bearbeiter
- Maurer, Hartmut*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage [2011]
- Mayer, Udo*, Besprechung von BAG 2.10.1990 – 4 AZR 106/90 – AiB 1991, 128
- Medicus, Dieter / Lorenz, Stephan*, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 20. Auflage [2012], zitiert als Medicus/Lorenz, SR AT
- Mehrens, Christian*, Sozialtarifverträge [2007]

- Meinel, Gernod / Heyn, Judith / Herms, Sascha*, Teilzeit- und Befristungsgesetz, 4. Auflage [2012], zitiert als Meinel/Heyn/Herms/Bearbeiter
- Merten, Detlef / Papier, Hans-Jürgen* [Hrsg.], Handbuch der Grundrechte Band II [2006], zitiert als HGR II/Bearbeiter
- Merten, Detlef / Papier, Hans-Jürgen* [Hrsg.], Handbuch der Grundrechte Band III [2009], zitiert als HGR III/Bearbeiter
- Meßerschmidt, Klaus*, Gesetzgebungsermessens [2000]
- Meyer, Jürgen* [Hrsg.], Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Auflage [2011], zitiert als Meyer/Bearbeiter, GrCh
- Meyer-Ladewig, Jens*, EMRK Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Auflage [2011], zitiert als Meyer-Ladewig, EMRK
- Moll, Wilhelm*, Staatliche Vergütungsregulierung zwischen Tarifautonomie und Gemeinschaftsrecht, RdA 2010, 321
- Moll, Wilhelm* [Hrsg.], Münchner Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 3. Auflage [2012], zitiert als Moll/Bearbeiter, MAH Arbeitsrecht
- Müller, Gerhard*, Das Arbeitskampfrecht im Beschluß des Großen Senates des Bundesarbeitsgerichts vom 21. April 1971, RdA 1971, 321
- Müller, Gerhard*, Arbeitskampf und Recht [1987]
- Müller, Gerhard*, Die Tarifautonomie in der Bundesrepublik Deutschland [1990], zitiert als Müller, Tarifautonomie
- Müller-Glöge, Rudi / Preis, Ulrich / Schmidt, Ingrid* [Hrsg.], Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 13. Auflage [2013], zitiert als ErfK/Bearbeiter
- von Münch, Ingo / Kunig, Philip* [Hrsg.], Grundgesetz Kommentar Band 1, 6. Auflage [2012], zitiert als v. Münch/Kunig/Bearbeiter
- von Münch, Ingo / Kunig, Philip* [Hrsg.], Grundgesetz Kommentar Band 2, 6. Auflage [2012], zitiert als v. Münch/Kunig/Bearbeiter
- Nassibi, Ghazaleh*, Schutz vor Lohndumping in Deutschland [2012], zitiert als Nassibi, Lohndumping
- Neumann, Sebastian*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder [2012]
- Neumann, Volker*, Legislative Einschätzungsprärogative und gerichtliche Kontrollrechte bei Eingriffen in die Tarifautonomie, RdA 2007, 71
- Nicolai, Andrea*, Erstreikbarkeit von tariflichen Sozialplänen, SAE 2004, 240

- Nußberger, Angelika*, Auswirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auf das deutsche Arbeitsrecht, RdA 2012, 270
- Oetker, Hartmut*, Die Kündigung von Tarifverträgen, RdA 1995, 82
- Olschewski, Klaus*, Standorterhaltung und Arbeitskampf [2010], zitiert als Olschewski, Standorterhaltung
- Oppermann, Angelika*, Die Kontrolle von Tarifvertragsregelungen in ihrer Anwendung auf den Einzelfall [1997], zitiert als Oppermann, Kontrolle
- Otto, Hansjörg*, Die Kündigung eines Tarifvertrages aus wirtschaftlichen Gründen; in: Heinze, Meinhard / Söllner, Alfred [Hrsg.], Festschrift für Otto Rudolf Kissel zum 65. Geburtstag [1994], S. 787, zitiert als Otto, Tarifvertrag
- Otto, Hansjörg*, Tarifizensur und Arbeitskampf; in: Dauner-Lieb, Barbara / Hommelhoff, Peter / Jacobs, Matthias / Kaiser, Dagmar / Weber, Christoph [Hrsg.], Festschrift für Horst Konzen zum 70. Geburtstag [2006], S. 663, zitiert als Otto, Tarifizensur und Arbeitskampf
- Otto, Hansjörg*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht [2006]
- Ozimek, Michael*, Streiks von Sparten- und Spezialistengewerkschaften [2012], zitiert als Ozimek, Sparten
- Paech, Norman*, Tarifautonomie und staatliche Intervention [1965], zitiert als Paech, Tarifautonomie
- Palandt, Otto* [Begr.], Bürgerliches Gesetzbuch, 72. Auflage [2013], zitiert als Palandt/Bearbeiter
- Pawlowski, Tadeusz*, Begriffsbildung und Definition [1980], zitiert als Pawlowski, Begriffsbildung
- Peiseler, Manfred*, Probleme des befristeten Arbeitsverhältnisses, NZA 1985, 238
- Peter, Gabriele*, Gesetzlicher Mindestlohn [1995]
- Pickart, Heinz / Henn, Eugen*, Lehrbuch der Freiwilligen Gerichtsbarkeit [1963], zitiert als Pickart-Henn, FGG
- Pieroth, Bodo / Schlink, Bernhard*, Grundrechte Staatsrecht II, 27. Auflage [2011], zitiert als Pieroth/Schlink, Staatsrecht II
- Pilz, Hubert*, Richterliche Vertragsergänzung und Vertragsabänderung [1963], zitiert als Pilz, Vertragsergänzung

- Plander, Harro*, Gesetzliche Fixierung oder Beeinflussung des Inhalts von Tarifverträgen?, DB 1986, 2180
- Polakiewicz, Jörg / Kessler, Adriana*, Das Streikverbot für deutsche BeamtInnen, Die Bedeutung der Rechtsprechung des EGMR für deutsche Gerichte, NVwZ 2012, 841
- Preis, Ulrich*, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht [1993], zitiert als Preis, Vertragsgestaltung
- Preis, Ulich*, Konstitutive und deklaratorische Klauseln in Tarifverträgen, in: Schlachter, Monika / Ascheid, Reiner / Friedrich, Hans-Wolf [Hrsg.], Festschrift für Günter Schaub zum 65. Geburtstag [1998], S. 571
- Preis, Ulrich / Greiner, Stefan*, Staatliche Geltungserstreckung nach dem alten und neu gefassten AEntG, ZfA 2009, 825
- Preißler, Egon*, Der Zwangsschiedsspruch unter besonderer Berücksichtigung seiner verfassungsrechtlichen Zulässigkeit [1958], zitiert als Preißler, Zwangsschiedsspruch
- Prütting, Hanns / Wegen, Gerhard / Weinreich, Gerd* [Hrsg.], BGB Kommentar, 7. Auflage [2012], zitiert als PWW/Bearbeiter
- Prütting, Hanns / Helms, Tobias*, FamFG [2009]
- Pusch, Tobias*, Alternativen zum Arbeitskampf im öffentlichen Dienst [2002], zitiert als Pusch, Alternativen zum Arbeitskampf
- Rasch, Harold*, Grenzen des Streikrechts, BB 1974, 1217
- Rauscher, Thomas* [Hrsg.], Münchner Kommentar zur Zivilprozessordnung Band 4, 3. Auflage [2010], zitiert als MüKoZPO/Bearbeiter
- Rebhahn, Robert*, Grundfreiheit vor Arbeitskampf – der Fall Viking, ZESAR 2008, 109
- Reuß, Wilhelm*, Die Bedeutung des Gemeinwohls für die Tarifhoheit, ZfA 1970, 319
- Reuß, Wilhelm*, Das neue Arbeitskampfrecht, AuR 1971, 353
- Reuß, Wilhelm*, Die Unzulässigkeit gerichtlicher Tarifzensur, AuR 1975, 289
- Reuter, Dieter*, Zulässigkeit und Grenzen tarifvertraglicher Besetzungsregeln, ZfA 1978, 1
- Reuter, Dieter*, Möglichkeiten und Grenzen einer Auflockerung des Tarifkartells, ZfA 1995, 1

- Richardi, Reinhard*, Richterrecht und Tarifautonomie, in: Hueck, Götz / Richardi, Reinhard [Hrsg.], Gedächtnisschrift für Rolf Dietz [1973], S. 269, zitiert als Richardi, Richterrecht
- Richardi, Reinhard*, Die Grenzen der Zulässigkeit des Streiks [1980]
- Richardi, Reinhard*, Der CGM-Beschluss des ArbG Stuttgart: Tariffähigkeit und Tarifizensur, NZA 2004, 1025
- Richardi, Reinhard* [Hrsg.], Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 7. Auflage [1996], zitiert als Richardi, BetrVG 7. Auflage
- Richardi, Reinhard* [Hrsg.], Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 13. Auflage [2012], zitiert als Richardi/Bearbeiter, BetrVG
- Richardi, Reinhard / Wlotzke, Otfried / Wißmann, Hellmut / Oetker, Harmut* [Hrsg.], Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht Band 2, 3. Auflage [2009], zitiert als MüArbR/Bearbeiter
- Ricken, Oliver*, Der Sozialplantarifvertrag als zulässiges Arbeitskämpfziel?, ZfA 2008, 283
- Rieble, Volker*, Die Kontrolle des Ermessens der betriebsverfassungsrechtlichen Einigungsstelle [1990], zitiert als Rieble, Einigungsstelle
- Rieble, Volker*, Beschäftigungspolitik durch Tarifvertrag, ZTR 1993, 54
- Rieble, Volker*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb [1996]
- Rieble, Volker*, Anmerkung zu BAG 18.11.1996 – 4 AZR 129/96 – EzA § 1 TVG fristlose Kündigung Nr. 2, zitiert als Rieble, Anmerkung zu BAG 4 AZR 129/96
- Rieble, Volker*, Tarifvertrag und Beschäftigung, ZfA 2004, 1
- Rieble, Volker*, Der CGM-Beschluss des ArbG Stuttgart, BB 2004, 885
- Rieble, Volker*, Verfassungsfragen der Tarifeinheit [2010]
- Rieble, Volker*, Entgeltgleichstellung der Frau, RdA 2011, 36
- Rieble, Volker*, Tarifliche Gestaltung sozialrechtlicher Anspruchsvoraussetzungen, in: Rieble, Volker / Junker, Abbo / Giesen, Richard [Hrsg.], Funktionswandel der Sozialversicherung – von der Arbeitnehmer- zur Unternehmenshilfe und zum Marktakteur [2013, im Erscheinen], zitiert als *Rieble*, Tarifliche Gestaltung
- Rieble, Volker / Klebeck, Ulf*, Gesetzlicher Mindestlohn?, ZIP 2006, 829
- Rieble, Volker / Kolbe, Sebastian*, Vom Sozialen Dialog zum europäischen Tarifvertrag, EuZA 2008, 453

- Rieble, Volker / Schmittlein, Benjamin*, Vergütung von Vorständen und Führungskräften [2011], zitiert als Rieble/Schmittlein, Vergütung
- Rieble, Volker / Vielmeier, Stephan*, Rechtsirrigte Bemessung des Arbeitsentgelts und Beitragsschuld, ZIP 2011, 789
- Rieble, Volker / Vielmeier, Stephan*, Umsetzungsdefizite der Leiharbeitsrichtlinie, EuZA 2011, 474
- Riechert, Christian*, Grenzen der Abweichung vom Equal Pay-Grundsatz des AÜG, NZA 2013, 303
- Rödl, Florian / Ulber, Daniel*, Unvereinbarkeit von § 9 Nr. 2 Halbs. 4 AÜG mit der Leiharbeitsrichtlinie, NZA 2012, 841
- Rolfs, Christian / Giesen, Richard / Kreikebohm, Ralf / Udsching, Peter* [Hrsg.], Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, Edition 24 [2012], zitiert als BeckOKArbR/Bearbeiter
- Romanowski, Roman*, Keine AGB-Kontrolle von Tarifverträgen, Die Sicherung von Arbeitnehmerrechten 2008, 269
- Rosenberg, Leo / Schwab, Karl Heinz / Gottwald, Peter*, Zivilprozessrecht, 17. Auflage [2010]
- Rudkowski, Lena*, Der Streik in der Daseinsvorsorge [2010]
- Rüthers, Bernd*, Tarifaufonomie und gerichtliche Zwangsschlichtung [1973], zitiert als Rüthers, Zwangsschlichtung
- Sachs, Michael* [Hrsg.], Grundgesetz Kommentar, 6. Auflage [2011], zitiert als Sachs/Bearbeiter
- Sack, Rolf*, Die lückenfüllende Funktion der Sittenwidrigkeitsklauseln, WRP 1985, 1
- Säcker, Franz-Jürgen / Oetker, Hartmut*, Grundlagen und Grenzen der Tarifaufonomie [1992], zitiert als Säcker/Oetker, Tarifaufonomie
- Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland* [Hrsg.], Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 6. Auflage [2012], zitiert als MüKoBGB/Bearbeiter
- Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland* [Hrsg.], Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 6. Auflage [2012], zitiert als MüKoBGB/Bearbeiter
- Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland* [Hrsg.], Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, 6. Auflage [2012], zitiert als MüKoBGB/Bearbeiter

- Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland* [Hrsg.], Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, 6. Auflage [2012], zitiert als MüKoBGB/Bearbeiter
- Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland* [Hrsg.], Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, 5. Auflage [2009], zitiert als MüKoBGB/Bearbeiter
- Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland* [Hrsg.], Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, 5. Auflage [2009], zitiert als MüKoBGB/Bearbeiter
- Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland* [Hrsg.], Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 8, 6. Auflage [2012], zitiert als MüKoBGB/Bearbeiter
- Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland* [Hrsg.], Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 9, 5. Auflage [2010], zitiert als MüKoBGB/Bearbeiter
- Sagan, Adam*, Das Europäische Gemeinschaftsgrund auf Kollektivmaßnahmen – Eine dogmatische Analyse des Art. 28 der Europäischen Grundrechtecharta [2008], zitiert als Sagan, Kollektivmaßnahmen
- von Savigny, Eike*, Grundkurs im wissenschaftlichen Definieren [1970], zitiert als v. Savigny, Grundkurs
- Schachtschneider, Karl Albrecht*, Imperative Lohnleitlinien unter dem Grundgesetz, Der Staat, 16. Band [1977], 493, zitiert als Schachtschneider, Lohnleitlinien
- Schlewing, Anja*, Vertragsgestaltung Auslegung, Unklarheitenregel, geltungserhaltende Reduktion, blue-pencil-Test, ergänzende Vertragsauslegung und Verweisungsklauseln, NZA-Beilage 2/2012, 33
- Schliemann, Harald*, Zur arbeitsgerichtlichen Kontrolle kollektiver Regelungen, in: Isenhardt, Udo / Preis, Ulrich [Hrsg.], Festschrift für Peter Hanau [1999], S. 577, zitiert als Schliemann, Arbeitsgerichtliche Kontrolle
- Schliemann, Harald*, Arbeitsgerichtliche Kontrolle von Tarifverträgen, ZTR 2000, 198
- Schliemann, Harald*, Arbeitsgerichtliche Kontrolle von Tarifverträgen, Brennpunkte des Arbeitsrechts 2000, S. 141, zitiert als Schliemann, Kontrolle

- Schmidt, Ingrid*, Die Ausgestaltung der kollektiven Koalitionsfreiheit durch die Gerichte; in: Annuss, Georg / Picker, Eduard / Wissmann, Hellmut [Hrsg.], Festschrift für Reinhard Richardi zum 70. Geburtstag [2007], S. 765, zitiert als Schmidt, Kollektive Koalitionsfreiheit
- Schmidt-Bleibtreu / Klein, Franz* [Begr.] / *Hofmann, Hans / Hopfauf, Axel* [Hrsg.], Kommentar zum Grundgesetz, 12. Auflage [2011], zitiert als Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf/Bearbeiter
- Schmidt-Preuß, Matthias*, Verfassungsrechtliche Zentralfragen staatlicher Lohn- und Preisdirigismen [1977], zitiert als Schmidt-Preuß, Lohn- und Preisdirigismen
- Schmidt-Rimpler, Walter*, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 [1941], 130
- Scholz, Rupert*, Anmerkung zu BVerfG 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, SAE 1996, 317
- Scholz, Rupert*, Bahnstreik und Verfassung; in: Bauer, Jobst-Hubertus / Kort, Michael / Möllers, Thomas / Sandmann, Bernd [Hrsg.], Festschrift für Herbert Buchner zum 70. Geburtstag [2009], S. 827, zitiert als Scholz, Bahnstreik und Verfassung
- Schorn, Dagmar*, Zur Berücksichtigungsfähigkeit des Arbeitsplatzargumentes beim Günstigkeitsvergleich – das Günstigkeitsprinzip neuer Art [2006], zitiert als Schorn, Arbeitsplatzargument
- Schrader, Peter*, „Durchsetzungsfähigkeit“ als Kriterium für Arbeitgeber im Tarifvertragsrecht [1993], zitiert als Schrader, Durchsetzungsfähigkeit
- Schubert, Claudia*, Europäische Grundfreiheiten und nationales Arbeitsrecht im Konflikt, RdA 2008, 289
- Schubert, Jens / Schaumberg, Torsten*, Arbeitsrecht im Jahre 2009 – Teil 2: Kollektives Arbeitsrecht, NJ 2009, 397
- Schulten, Sebastian*, Die rechtliche Bewertung von Arbeitskämpfen um berufsgruppenbezogene Tarifverträge [2012], zitiert als Schulten, Berufsgruppenbezogene Tarifverträge
- Schüren, Peter / Wank, Rolf*, Die neue Leiharbeitsrichtlinie und ihre Umsetzung in deutsches Recht, RdA 2011, 1
- Schüren, Peter* [Hrsg.], Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4. Auflage [2010], zitiert als Schüren/Hamann, AÜG

- Schwab, Stefan*, Auslegung und Inhaltskontrolle arbeitsvertraglicher Bezugnahmen auf Tarifverträge [2007], zitiert als Schwab, Bezugnahmen auf Tarifverträge
- Schwarze, Jürgen* [Hrsg.], EU-Kommentar, 3. Auflage [2012], zitiert als Schwarze/Bearbeiter
- Schwarze, Roland*, Die Grundrechtsbindung der Tarifnormen aus der Sicht grundrechtlicher Schutzpflichten, ZTR 1996, 1
- Seiter, Hugo*, Streikrecht und Aussperrungsrecht [1975], zitiert als Seiter, Streikrecht
- Serr, Stephan*, Privative Tariftreue [i.E. 2013]
- Skouris, Vassilios*, Das Verhältnis der Grundfreiheiten zu den Gemeinschaftsgrundrechten, RdA 2009, Sonderbeilage zu Heft 5, 25
- Sodan, Helge*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Tarifautonomie, JZ 1998, 421
- Sodan, Helge / Ziekow, Jan*, Grundkurs Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungsrecht, 4. Auflage [2010], zitiert als Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht
- Sodan, Helge / Zimmermann, Markus*, Die Beseitigung des Tarifvorrangs gegenüber staatlich festgelegten Mindestarbeitsentgelten auf dem Prüfstand der Koalitionsfreiheit, ZfA 2008, 526
- Soergel, Th.* [Begr.] / *Wolf, Manfred*, [Hrsg.], Bürgerliches Gesetzbuch Band 2, 13. Auflage [1999]
- Soergel, Th.* [Begr.] / *Siebert, W.* [Hrsg.], Bürgerliches Gesetzbuch Band 14, 13. Auflage [2002]
- Söllner, Alfred*, Grenzen des Tarifvertrages, NZA 1996, 897
- Ständige Deputation des deutschen Juristentages* [Hrsg.], Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, Band II Teil D [1967], zitiert als 46. DJT/Autor
- von Staudinger, Julius* [Begr.], Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, §§ 134-138, Anh zu § 138: ProstG [2011], zitiert als Staudinger/Bearbeiter
- von Staudinger, Julius* [Begr.], Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, §§ 139-163 [2010], zitiert als Staudinger/Bearbeiter

- von Staudinger, Julius* [Begr.], Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Einleitung zum Schuldrecht, §§ 241-243 (Treu und Glauben) [2009], zitiert als Staudinger/Bearbeiter
- von Staudinger, Julius* [Begr.], Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, §§ 305-310 [2006], zitiert als Staudinger/Bearbeiter
- von Staudinger, Julius* [Begr.], Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, §§ 315-326 [2009], zitiert als Staudinger/Bearbeiter
- von Staudinger, Julius* [Begr.], Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, §§ 328-345 [2009], zitiert als Staudinger/Bearbeiter
- von Staudinger, Julius* [Begr.], Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, §§ 563-580a [2011], zitiert als Staudinger/Bearbeiter
- von Staudinger, Julius* [Begr.], Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, § 611-613 [2011], zitiert als Staudinger/Bearbeiter
- von Staudinger, Julius* [Begr.], Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, § 657-704 [2006], zitiert als Staudinger/Bearbeiter
- von Staudinger, Julius* [Begr.], Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3, § 925-984 [2011], zitiert als Staudinger/Bearbeiter
- von Staudinger, Julius* [Begr.], Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3, § 1018-1112 [2009], zitiert als Staudinger/Bearbeiter
- von Staudinger, Julius* [Begr.], Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3, § 1204-1296; SchiffsRG [2009], zitiert als Staudinger/Bearbeiter
- von Staudinger, Julius* [Begr.], Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 5, § 1967-2063 [2010], zitiert als Staudinger/Bearbeiter
- von Steinau-Steinrück, Robert / Glanz, Peter*, Dauerarbeitskämpfe durch Spartenstreiks – die verbliebenen Kampfmittel der Arbeitgeber, NZA 2009, 113

- Stern, Klaus / Becker, Florian* [Hrsg.], Grundrechte-Kommentar [2010], zitiert als Stern/Becker/Bearbeiter
- Stern, Klaus / Sachs, Michael / Dietlein, Johannes*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/1 [2006], zitiert als Stern/Bearbeiter, Staatsrecht
- Stickelbrock, Barbara*, Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß [2002], zitiert als Stickelbrock, Ermessen
- Stoffels, Markus / Bieder, Marcus*, AGB-rechtliche Probleme der arbeitsvertraglichen Bezugnahme auf mehrgliedrige Zeitarbeitsarbeitsverträge, RdA 2012, 27
- Streinz, Rudolf* [Hrsg.], EUV/AEUV, 2. Auflage [2012], zitiert als Streinz/Bearbeiter, EUV/AEUV
- Stütze, Sebastian*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht [2010], zitiert als Stütze, Entgelthöhe
- Sutschet, Holger*, Firmenstreik und Abwehrmaßnahmen, ZfA 2005, 581
- Tettinger, Peter / Stern, Klaus* [Hrsg.], Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta [2006], zitiert als Tettinger/Stern/Bearbeiter, GrCh
- Thüsing, Gregor*, Tarifautonomie und Gemeinwohl; in: Oetker, Hartmut / Preis, Ulrich / Rieble, Volker [Hrsg.], Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht [2004], S. 889, zitiert als Thüsing, Tarifautonomie
- Thüsing, Gregor*, Mindestlohn im Spannungsverhältnis staatlicher und privatautonomer Regelung, ZfA 2008, 590
- Thüsing, Gregor*, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage [2011]
- Thüsing, Gregor / Braun, Axel* [Hrsg.], Tarifrecht [2011]
- Thüsing, Gregor / Traut, Johannes*, Zur begrenzten Reichweite der Koalitionsfreiheit im Unionsrecht, RdA 2012, 65
- Uffmann, Katharina*, Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion [2010], zitiert als Uffmann, Geltungserhaltende Reduktion
- Ulber, Daniel*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten [2010], zitiert als Ulber, Tarifdispositives Gesetzesrecht
- Ulber, Jürgen* [Hrsg.], Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4. Auflage [2011], zitiert als Ulber, AÜG

- Ulrici, Bernhard*, Anmerkung zu BAG 18.09.2012 – 9 AZR 1/11, jurisPR-ArbR 9/2013 Anm. 5
- Umbach, Dieter / Clemens, Thomas* [Hrsg.], Grundgesetz Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Band 1 [2002], zitiert als Umbach/Clemens/Bearbeiter
- Voßkuhle, Andreas*, Grundwissen – Öffentliches Recht: Entscheidungsspielräume der Verwaltung (Ermessen, Beurteilungsspielraum, planerische Gestaltungsfreiheit), JuS 2008, 117
- Waas, Bernd*, Die Tariflandschaft im Umbruch – eine Betrachtung aus der Perspektive des Arbeitsrechts, Sozialer Fortschritt 2008, 137
- Waas, Bernd*, Der Regelungsentwurf von DGB und BDA zur Tarifeinheit – Verfassungs- und internationalrechtliche Aspekte, AuR 2011, 93
- Wagner, Christian*, Der Arbeitskampf als Gegenstand des Rechts der Europäischen Union [2010], zitiert als Wagner, Arbeitskampf
- Wahl, Rainer / Masing, Johannes*, Schutz durch Eingriff, JZ 1990, 553
- Wank, Rolf*, Die juristische Begriffsbildung [1985], zitiert als Wank, Begriffsbildung
- Wank, Rolf*, Kündigung und Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Tarifverträgen, in: Schlachter, Monika / Ascheid, Reiner / Friedrich, Hans-Wolf [Hrsg.], Festschrift für Günter Schaub zum 65. Geburtstag [1998], S. 761, zitiert als Wank, Geschäftsgrundlage
- Wank, Rolf*, Die Neufassung des AÜG, JbdAbR 2012, 23
- Wank, Rolf / Schmidt, Benedikt*, Neues zur sozialen Mächtigkeit und organisatorischen Leistungsfähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung, RdA 2008, 257
- Weber, Werner*, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Verfassungsproblem [1965], zitiert als Weber, Koalitionsfreiheit
- Weiß, Norman*, Von Paukensschlägen und steten Tropfen – Anmerkungen zur Bedeutung und Wirkung von EGMR-Urteilen aus staat- und völkerrechtlicher Sicht, EuZA 2010, 457
- Weisemann, Ulrich*, Auflösung der Flächentarifverträge und des Industrieverbandsprinzips?, DZWIR 2007, 441
- Wendeling-Schröder, Ulrike*, Streikrecht in Europa – nicht mehr, aber auch nicht weniger Rechte!, AiB 2007, 617
- Westermann, Harm Peter / Grunewald, Barbara / Maier-Reimer, Georg* [Hrsg.], Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Band I, 13. Auflage [2011], zitiert als Erman/Bearbeiter

- Graf von Westphalen, Friedrich / Thüsing, Gregor* [Hrsg.], Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 31. EL [2012], zitiert als Graf v. Westphalen/Thüsing, AGB
- Wiedemann, Herbert* [Hrsg.], Tarifvertragsgesetz, 7. Auflage [2007], zitiert als Wiedemann/Bearbeiter, TVG
- Wiese, Günther / Kreutz, Peter / Oetker, Hartmut / Raab, Thomas / Weber, Christoph / Franzen, Martin* [Hrsg.], Betriebsverfassungsgesetz Band I, 9. Auflage [2010], zitiert als GK-BetrVG/Bearbeiter
- Willemsen, Heinz Josef / Mehrens, Christian*, Das Ende der Tarifeinheit – Folgen und Lösungsansätze, NZA 2010, 1313
- Wißmann, Hellmut*, Zwischenruf: Viking und Laval: EG-Grundfreiheiten über alles?, AuR 2009, 149
- Wolf, Roland*, Von der Betriebsverfassung zum Tarifvertrag – Umbruch in der deutschen Unternehmensverfassung, BB-Special Arbeitsrecht 4.2008 zu Heft 14, 16, zitiert als Wolf, BB-Special Arbeitsrecht
- Zachert, Ulrich*, Auslegung und Überprüfung von Tarifverträgen durch die Arbeitsgerichte; in: Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes [1994], S. 573, zitiert als Zachert, Auslegung
- Zimmer, Reingard*, Der Grundsatz der Gleichbehandlung in der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG und seine Umsetzung ins deutsche Recht, NZA 2013, 289
- Zuleger, Thomas*, Karenztage im Krankheitsfall – Fragen statt Antworten, AuR 1992, 231
- Zöllner, Wolfgang*, Der Abbau einheitsvertraglicher Arbeitsbedingungen im nicht tariflich gesicherten Bereich, RdA 1969, 250
- Zwanziger, Bertram*, Arbeitskampf- und Tarifrecht nach den EuGH-Entscheidungen „Laval“ und „Viking“, DB 2008, 294
- Zwanziger, Bertram*, Nationale Koalitionsfreiheit vs. Europäische Grundfreiheiten – aus deutscher Sicht, RdA 2009, Sonderbeilage zu Heft 5, 10

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von Volker Rieble, Abbo Junker und
Richard Giesen

ISSN 1863-0847

- Band 1 Zukunft der Unternehmensmitbestimmung
 1. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2004, ISBN 3-9809380-1-8 (ISBN 978-3-9809380-1-3)
- Band 2 Zukunft des Arbeitskampfes
 1. Ludwigsburger Rechtsgespräch
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-2-6 (ISBN 978-3-9809380-2-0)
- Band 3 Zukunft der Arbeitsgerichtsbarkeit
 2. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-3-4 (ISBN 978-3-9809380-3-7)
- Band 4 Robert Lubitz
 Sicherung und Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-4-2 (ISBN 978-3-9809380-4-4)
- Band 5 Transparenz und Reform im Arbeitsrecht
 2. Ludwigsburger Rechtsgespräch
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-5-0 (ISBN 978-3-9809380-5-1)
- Band 6 Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa – Wie reagieren nationale Rechtsordnungen?
 3. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-7-7 (ISBN 978-3-9809380-7-5)
- Band 7 Till Bocker
 Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 9809380-8-5 (ISBN 978-3-9809380-8-2)

-
- | | |
|---------|---|
| Band 8 | Folgenabschätzung im Arbeitsrecht
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-9809380-9-3 (978-3-9809380-9-9) |
| Band 9 | Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts
3. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-939671-00-2 (978-3-939671-00-8) |
| Band 10 | Unternehmensführung und betriebliche Mitbestimmung
4. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-02-2 |
| Band 11 | Das Grünbuch und seine Folgen – Wohin treibt das europäische Arbeitsrecht?
4. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-03-9 |
| Band 12 | Vereinbarte Mitbestimmung in der SE
5. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-04-6 |
| Band 13 | Arbeitsstrafrecht im Umbruch
5. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-06-0 |
| Band 14 | Jan H. Lessner-Sturm
Gewerkschaften als Arbeitgeber
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-07-7 |
| Band 15 | Zukunft der Zeitarbeit
6. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-08-4 |
| Band 16 | Kartellrecht und Arbeitsmarkt
6. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-10-7 |
| Band 17 | Bernd Wiebauer
Kollektiv- oder individualrechtliche Sicherung der Mitbestimmung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-11-4 |
| Band 18 | Neues Arbeitskampfrecht?
7. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-12-1 |

-
- Band 19 Christian A. Velten
Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat – Eine
verfassungsrechtliche, gesellschaftsrechtliche und
arbeitsrechtliche Analyse
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-13-8
- Band 20 Arbeitsrecht im Konzern
2. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-14-5
- Band 21 Volker Rieble
Verfassungsfragen der Tarifeinheit
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-15-2
- Band 22 Clemens Latzel
Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-16-9
- Band 23 Mindestlohn als politische und rechtliche
Herausforderung
7. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-17-6
- Band 24 Finanzkriseninduzierte Vergütungsregulierung und
arbeitsrechtliche Entgeltsysteme
8. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-18-3
- Band 25 Richard Giesen
Arbeits- und beitragsrechtliche Folgen der CGZP-
Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-19-0
- Band 26 Freie Industriedienstleistung als Alternative zur
regulierten Zeitarbeit
3. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-20-6
- Band 27 Ausweitung der Tarifmacht – Zugriff auf
Unternehmensautonomie und Marktverhalten
8. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-21-3
- Band 28 Onur Sertkol
Deutsch-Türkische Integration am Arbeitsplatz
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-22-0

-
- Band 29 Know-how-Schutz im Arbeitsrecht
 9. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-23-7
- Band 30 Volker Rieble/Clemens Latzel
 Wirtschaftsförderung nach sozialen Kriterien
 ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-24-4
- Band 31 Arbeiten im Alter [von 55 bis 75]
 4. ZAAR-Tagung
 ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-25-1