

Grundlagen und Grenzen der Tarifmacht

Sebastian Krebber*

Rezension zu *Felix Hartmann*, *Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht*. Heidelberg Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 11, Mohr Siebeck, Tübingen 2014, 521 S., 89€. ISBN 978-3-16-152539-1 und zu *Clemens Höpfner*, *Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis. Historische, ökonomische und legitimatorische Grundlagen des deutschen Koalitions- und Tarifvertragsrechts*, Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln, Band 123, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2015, 728 S., 148€. ISBN 978-3-8487-2007-1

I. Mit *Felix Hartmann* und *Clemens Höpfner* haben sich zwei herausragende Arbeitsrechtswissenschaftler der jüngeren Generation in ihren Habilitationsschriften dem Tarifrecht zugewandt. *Felix Hartmann*, Schüler von *Thomas Lobinger*, untersucht die negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht. Seine Habilitationsschrift wurde im Sommersemester 2012 von der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg angenommen. *Clemens Höpfner* behandelt in seiner von *Martin Henssler* betreuten und zu Beginn des Wintersemesters 2014/15 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Habilitationsschrift angenommenen Monographie die Tarifgeltung. Beiden geht es um Grundlagen und Grenzen der Tarifmacht.

Einen Tarifvertrag vereinbaren die Parteien in erster Linie nicht, um Rechte und Pflichten in ihrem Verhältnis zueinander zu begründen. Das Wesen des Tarifvertrags liegt vielmehr darin, daß seine Parteien Inhalte vereinbaren, die andere Rechtsverhältnisse – das Arbeitsverhältnis, aber auch das Betriebsverhältnis und gemeinsame Einrichtungen – inhaltlich gestalten sollen. Diese Gestaltung anderer Rechtsverhältnisse wird als Tarifgeltung bezeichnet, wenn die im Tarifvertrag vereinbarten Inhalte durch tarifrechtliche Mechanismen und nicht durch Bezugnahme des Arbeitsvertrags auf einen Tarifvertrag zur Anwendung gelangen. Die rechtliche Technik zum Erreichen der Tarifgeltung ist die durch eine zwingende Wirkung abgesicherte normative Wirkung („unmittelbar“, § 4 Abs. 1 TVG), die rechtsvergleichend die eleganteste und einfachste Konstruktion hierzu ist; wegen der Technik der Wirkung werden die Inhalte, die in dem anderen Rechtsverhältnis gelten, als Tarifnormen bezeichnet. Die Voraussetzung der Tarifgeltung ist die Tarifgebundenheit. Tarifgebunden sind gemäß § 3 Abs. 1 TVG die Mitglieder der Tarifvertragsparteien, also die Mitglieder der vertragsschließenden Gewerkschaft und des vertragsschließenden Arbeitgeberverbands, oder der Arbeitgeber, wenn er selbst Partei des Tarifvertrags ist. Die Mitgliedschaft in den vertragsschließenden Verbänden ist damit zentraler Baustein des deutschen tarifrechtlichen Denkens und legitimiert als Regelfall die Tarifgeltung. Folgerichtig ist Grundlage des deutschen tarifrechtlichen

* Prof. Dr. Sebastian Krebber, LL.M. (Georgetown) ist Professor für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Sozialrecht an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

Systems, daß zur Tarifgeltung beiderseitige Tarifgebundenheit vorliegen muß, § 4 Abs. 1 TVG. Für Kollektivnormen läßt § 3 Abs. 2 TVG indes die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers ausreichen, so daß auf Arbeitnehmerseite auch Außenseiter gebunden werden, während die Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags, das AEntG und das AÜG die Geltung gänzlich von der Tarifgebundenheit lösen und auf eine andere Legitimationsgrundlage stellen, die allgemein eine Außenseiterbindung auf beiden Seiten tragen soll. Zahlenmäßig handelt es sich bei letzteren um Ausnahmefälle. Das Regel-/Ausnahmeverhältnis zwischen dem Erfordernis beiderseitiger Tarifgebundenheit und den anderen genannten Konstellationen ist auch in der Systematik des TVG begründet und besteht damit unabhängig von der dogmatischen Erklärung der Tarifmacht. Die unterschiedlichen Ansichten hierzu – im wesentlichen privatautonome Legitimation durch Mitgliedschaft, Delegation staatlicher Macht an die Tarifparteien und demokratische Legitimation – schlagen sich aber in der rechtlichen Bewertung der Ausnahmen nieder.

II.1. *Hartmann* setzt unmittelbar an der Legitimationsbasis der Tarifgeltung und damit an der Basis des gesamten Systems an und untersucht die Ausnahmefälle einer Außenseiterwirkung. Diese Gestaltungen zu verstehen und zu bewerten, ist nur durch eine Auseinandersetzung mit grundlegenden Weichenstellungen nicht allein des Tarifrechts, sondern vor allem auch des Verständnisses von Vertragsfreiheit sowie des Verhältnisses von Zivil- und Verfassungsrecht möglich. Weil das Unionsrecht zu diesen Fragen kaum entwickelt ist, ist es von vornherein mutig, wenn *Hartmann* die unionsrechtliche Ebene – im Umfang zudem gleichberechtigt – einbezieht.

2. Auf der obersten Gliederungsebene ist *Hartmanns* Negative Tarifvertragsfreiheit in fünf Kapitel untergliedert, die von einer knappen Einführung (S. 1-7) und einer Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse (S. 447-458) umrandet werden. Kapitel 1, Die negative Tarifvertragsfreiheit als ein Grundproblem des deutschen und europäischen Arbeitsrechts (S. 1-46), steckt den Untersuchungsgegenstand ab, indem klar und präzise in die Fälle einer Anwendung von Tarifnormen auf Außenseiter knapp eingeführt wird: § 3 Abs. 2 TVG (Betriebsnormen), Änderungen der Betriebsverfassung durch Tarifvertrag (§ 3 Abs. 2 TVG, § 3 BetrVG, § 76 Abs. 8 BetrVG, Erweiterung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats durch Tarifvertrag, Verlagerung der Regelungskompetenzen der Tarifparteien auf die betriebliche Ebene durch Tarifvertrag), letzteres auch durch Gesetz (§ 7 ArbzG), ferner § 5 TVG, § 7 AEntG, § 3a AÜG, aber auch Tariftreueerklärungen sowie die Wirkung dynamischer Bezugnahmeklauseln beim Betriebsübergang. *Hartmann* systematisiert wie folgt (S. 44 f.): Tarifnormerstreckung, wenn die Außenseiterwirkung auf einem staatlichen Geltungsakt beruht (§ 5 TVG, §§ 7 f. AEntG, § 3a AÜG), personelle Reichweite der Regelungsbefugnis (§ 3 Abs. 2 TVG) sowie faktischer Gel-

tungsdruck (Tariftreueerklärung); nicht alle zuvor genannten Erscheinungen werden erwähnt und zugeordnet.

3. Die beiden umfangreichsten Kapitel 2, Die Grundlagen der negativen Tarifvertragsfreiheit im deutschen Recht (S. 47-219), und 3, Die Vorgaben des europäischen Arbeitsrechts für den Schutz der negativen Tarifvertragsfreiheit (S. 221-446), bilden zusammen den eigentlichen theoretischen Hauptteil der Arbeit.

Die Auseinandersetzung mit der negativen Tarifvertragsfreiheit deutschen Rechts beginnt mit dem Verfassungsrecht, wobei die verfassungsrechtlich geprägte Diskussion von vornherein unter das Stichwort mangelnder Klärungsfortschritte gestellt wird (S. 47). Hartmanns Standpunkt ist, daß die jeweiligen Meinungsstände zur negativen Koalitionsfreiheit (S. 48 ff.), zu einer durch Art. 12 GG gewährleisteten Arbeitsvertragsfreiheit (S. 73 ff.) und schließlich zum Demokratieprinzip (S. 81 ff.) eine Lösung der Außenseiterproblematik nicht tragen können. Hierbei beschränkt er sich im wesentlichen darauf, die ungeklärten Fragen und die vielfach konträren verfassungsrechtlichen Argumentationsansätze zu betonen, während von vornherein nicht versucht wird, die Diskussion auf verfassungsrechtlicher Ebene weiterzuentwickeln. *Hartmann* muß seinem Ansatz nach die Lösung zwingend woanders finden, weil die verfassungsrechtliche Diskussion mit der ungeklärten Frage der Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien, dem Prinzipienpluralismus durch Zersplitterung in eine „verwirrende Vielfalt“ (S. 95) von Einzeldebatten, bei der noch nicht einmal Einigkeit über den Prüfungsmaßstab bestehe, sowie der Wertungsoffenheit der Institute des Verfassungsrechts Strukturprobleme aufweise (S. 91 ff.). Letzterem kann man ohne weiteres zustimmen, weshalb ein verfassungsrechtliches Argument jedenfalls im Arbeitsrecht seit langem Vertreter einer Gegenmeinung nicht mehr umstimmt. Zudem ist der Mitgliederbezug des deutschen Tarifrechts Ausdruck bürgerlich-rechtlichen Denkens und keine Erfindung des Verfassungsrechts.

Mit der Absage an eine verfassungsrechtliche Lösung ist die Grundlage für *Hartmanns* Ansatz gelegt: die Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, also dem Erklären der tarifvertraglichen Regelungsbefugnis durch eine privatrechtlich-mandatarische Rekonstruktion (S. 99 f., vor allem S. 101 ff.). An der Vorgehensweise ist bemerkenswert, daß sich die Argumentation zunächst über weite Teile darauf konzentriert, ohne Bezug zu den konkreten Außenseiterkonstellationen des ersten Kapitels abstrakt die dogmatische Geeignetheit und Überlegenheit dieses Verständnisses herauszuarbeiten. Zunächst wird eine originäre Normsetzungsbefugnis der Tarifvertragsparteien abgelehnt, somit die Unterscheidung von hoheitlicher und privater Gestaltungsmacht gefestigt (S. 103 ff.) und die Auseinandersetzung auf eine Ableitung der Regelungsbefugnis vom Staat (Delegationslehren) oder auf eine privatautonome Begründung reduziert. Anschließend schildert, analysiert und hinterfragt *Hartmann* die Entwicklung von einem ursprünglich auf der Grundlage zivil-

rechtlicher Institute erklärten Tarifvertragsrechts hin zu einem verbandstheoretischen Verständnis und zurück zur Tarifautonomie als kollektiv ausgeübter Privatautonomie (S. 118 ff.), um herzuleiten und festzustellen, daß die erneute Zurückführung auf eine zivilrechtliche Grundlage in der Sache vielfach nicht umgesetzt wird. Ganz anders dann *Hartmann* selbst. Die weiteren Abschnitte des zweiten Kapitels dienen zunächst vor allem dazu, Systemkonformität und Überlegenheit des mandatarischen Verständnisses zu belegen. Anwendung und konkrete Ergebnisse folgen für Betriebsnormen und § 5 TVG ab Seite 169, während die weiteren in Kapitel 1 angesprochenen Fälle einer Außenseiterwirkung ohne einen ohne weiteres erkennbaren Grund erst in Kapitel 4 untersucht werden. Dazu später mehr. Zum Ende der privatrechtlich-mandatarischen Rekonstruktion wird diese noch in den verfassungsrechtlichen Kontext eingebettet (S. 212 ff.). Das mag nach der Schärfe der vorherigen Kritik und Analyse etwas überraschen, doch ist *Hartmann* überzeugt, daß die durch die zivilrechtliche Rekonstruktion vorgegebenen Wertungen die verfassungsrechtliche Beurteilung in klarere Bahnen lenken (S. 213 f., 218).

4. Die theoretische Flughöhe der Untersuchung des deutschen Rechts im zweiten Kapitel ist beachtlich, in dieser Form aber nicht allein dem Können und der Gründlichkeit des Autors zu verdanken. Möglich wurde sie auch, weil es um eine seit Beginn des 20. Jahrhunderts kontrovers diskutierte zentrale Frage des Tarifrechts mit nicht mehr zu zählenden Stellungnahmen und dogmatischen Abschichtungen geht. Einem mit der unionsrechtlichen Auseinandersetzung vertrauten Leser ist jedoch bekannt: daß das Unionsrecht kein Tarifrecht kennt – und nach richtiger Auffassung wegen Art. 153 Abs. 5 AEUV auch nicht kennen kann¹ –; daß sich die in Art. 12 GR-Charta und Art. 11 Abs. 1 EMRK ausdrücklich nur auf die Gewerkschaftsseite beziehende Koalitionsfreiheit jedenfalls nicht ohne weiteres Grundlage einer allgemeinen negativen Koalitionsfreiheit sein kann (von *Hartmann* S. 229 f. mit Fn. 44 recht schnell überspielt); daß das Recht auf Kollektivverhandlungen in Art. 28 GR-Charta nur durch Verweis auf Unionsrecht und die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheit gewährleistet ist; daß Art. 15 GR-Charta zwar eine Berufsfreiheit garantiert, daß deren Konturen jedoch bislang nicht präzisiert wurden; daß im Ansatz zwar angenommen wird, Art. 6 GR-Charta schütze als Teil des Rechts auf Freiheit auch die Privatautonomie, daß aber auch hier jegliche Konturen bislang fehlen; daß die wenigen zivilrechtlichen Vorgaben des Unionsrechts sich auf das Verbraucherprivatrecht und das Diskriminierungsrecht konzentrieren, welche die Privatautonomie einschränken, nicht aber Grundsteine für eine umfassende unionsrechtliche Vertragsfreiheit legen. Das unmittelbar einschlägige Argumentationsmaterial beschränkt sich damit letztlich auf zwei Urteile des EuGH (Rs. C-499/04, *Werhof*; Rs. C-426/11, *Alemo-Herron*), die seitdem durch

1 Vgl. nur S. Krebber, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 153 AEUV, Rn. 12.

den Schlußantrag eines Generalanwalts ergänzt wurden (verb. Rs. C-680/15 u. C-681/15, *Asklepios Kliniken*), in denen der Wirkung einer dynamischen Verweisung auf einen Tarifvertrag nach einem Betriebsübergang Grenzen gesetzt werden. Ein Urteil wie das in *Rüffert* (Rs. C-346/06), welches im Ergebnis zwar der Tariftreueerklärung entgegensteht, dogmatisch aber die Denkschemata der Dienstleistungsfreiheit zugrundelegt, erscheint hingegen schon deshalb kein allgemeines Prinzip eines Außenseiterschutzes tragen zu können, weil es nur bei Vorliegen des generell bei Grundfreiheiten verlangten grenzüberschreitenden Elementes greift und damit Binnensachverhalte nicht erfaßt. Bei diesen drei Entscheidungen bleibt es im wesentlichen, wobei ein Schwerpunkt darauf gelegt wird, *Rüffert* und *Alemo-Herron* mit einer mitunter etwas technischen Argumentation – *Rüffert* (S. 235, 259) und *Alemo-Herron* (S. 263) seien nur wegen der Vorlagefragen nicht auf die negative Tarifvertragsfreiheit gestützt – der negativen Tarifvertragsfreiheit zuzuführen; ein keineswegs zwingendes Verständnis. Zwangsläufig ist die Herausbildung präziser Elemente des Außenseiterschutzes daher eine Entwicklungsaufgabe (S. 274 ff.). Der Kontrast zum zweiten Kapitel ist daher unweigerlich ausgeprägt – *Hartmann* muß hier suchen, was zum deutschen Recht existiert –, vereinzelt auch bei der Treffsicherheit bei den Nachweisen, wo zwar nicht viel fehlt, aber doch insbesondere bei der Kommentarliteratur nicht durchgängig beachtet wird, wann Erstaufgaben erschienen sind.

5. Nun zu den praktischen Konsequenzen. Aus Raumgründen kann nur auf zwei durchaus mutige Thesen eingegangen werden, die beide zentrale Stellen des Tarifrechts betreffen. Zu den Normen des § 3 Abs. 2 TVG nimmt *Hartmann* im Anschluß an die Dissertation von *Christian Arnold*² erstens an, daß die beim Außenseiter fehlende Mandatierung zur Folge hat, daß Tarifnormen für ihn nur begünstigende Wirkungen haben dürfen. Verortet wird diese Einschränkung in der in § 4 Abs. 1 S. 2 TVG für diese Normen angeordneten *entsprechenden* Anwendung von § 4 Abs. 1 S. 1 TVG sowie in einer hybriden Konstruktion, die die tarifrechtliche Kollektivnorm einer Denkkategorie des bürgerlichen Rechts (Vertrag zugunsten Dritter mit Beschränkung auf begünstigende Normen sowie dem Zurückweisungsrecht gemäß § 333 BGB) zuweist. Leider fehlen dann eine Vertiefung und Erprobung anhand konkreter Fallgestaltungen, was eine im Grundsatz zu respektierende Entscheidung ist. Dennoch mag sich ein Leser, der sich nicht von vornherein zur Denkschule *Hartmanns* (*Picker*, *Lobinger*, *Arnold*) zugehörig fühlt, fragen, wie dieser Gedanke umgesetzt werden soll. Sind Torkontrollen, Rauchverbote oder auch die Lage der Schichten belastend und damit nicht mehr möglich? Eine Marginalisierung der Betriebsnormen nimmt *Hartmann* jedenfalls ohne weiteres ausdrücklich hin (S. 183). Sollen sie auf welchem Wege auch immer (Gesundheits-

2 Betriebliche Tarifnormen und Außenseiter, 2007.

schutz, Sicherheit auch der Arbeitnehmer durch eine Torkontrolle jedenfalls in sicherheitsrelevanten Betrieben wie Flughäfen oder Atomkraftwerken) begünstigend sein, was dann aber zur Folge hätte, daß der Außenseiter sie nach § 333 BGB zurückweisen kann? Bleiben sie auf Mitglieder der vertragsschließenden Gewerkschaft anwendbar, was erneut zu seltsamen Ergebnissen führen könnte? Auch der Günstigkeitsmaßstab wird nicht erklärt, was gerade vor dem Hintergrund, daß zu bestimmten Betriebsnormen wegen ihrer Ambivalenz allgemeine oder punktuelle Vorbehalte zur Anwendbarkeit des Günstigkeitsvergleichs in § 4 Abs. 3 TVG verbreitet sind, spannend gewesen wäre. Bei *Arnold* finden sich einzelne Worte dazu,³ bei *Hartmann* zu Betriebsnormen so gut wie nichts, während bei betriebsverfassungsrechtlichen Normen manches immerhin gestreift wird (S. 297 f. zu § 3 BetrVG). Ob bei diesen Normen aber § 333 BGB noch Anwendung finden kann (so wohl S. 279), mag man anzweifeln.

Eine Tarifnormerstreckung durch staatlichen Akt (§ 5 TVG, § 7 AEntG) läßt *Hartmann* rechtstechnisch angedockt bei Beurteilungsspielraum und Ermessen zweitens nur zu, wenn der Staat eine gleichwertige tarifunabhängige Regelungsalternative hat (S. 207 ff., 339 ff.). Der Gedankengang ist in sich herausfordernd. Dabei wird nicht ganz klar, ob in diesem Denken eine abstrakte Alternative ausreicht – der Staat könnte handeln – oder ob er bereits gehandelt haben muß. Vieles deutet auf ersteres (auch S. 211 f.), vor allem die Auseinandersetzung mit dem MiArbG aber auf letzteres hin, wenn hervorgehoben wird, daß sich der Anwendungsbereich der Regelungsinstrumente § 7 AEntG und MiArbG nur teilweise überschneide (S. 345 ff.) und das Gesetz die Anforderungen an eine solche Handlungsalternative nicht erfülle. Ist damit die abstrakte Möglichkeit einer anderen, diesen Anforderungen genügenden Regelung unerheblich?

6. Hinter dem letzten Kapitel 5, Die Rolle der negativen Tarifvertragsfreiheit in der künftigen Entwicklung des deutschen und europäischen Arbeitsrechts (S. 363-446), versteckt sich eine Auseinandersetzung mit den Grundlagen von Außenseiterschutz und Außenseiterbindung im Unionsrecht, den Perspektiven eines unionsrechtlichen Tarifvertragsrechts, dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten und der Rezeption anderer Verständnisse der Tarifbindung in manchen dieser Rechtsordnungen im deutschen Recht. Die unionsrechtliche negative Tarifvertragsfreiheit unabhängig davon zu untersuchen, ob ein unionsrechtliches Tarifvertragsrecht wegen Art. 153 Abs. 5 AEUV überhaupt vorstellbar ist (S. 366), überzeugt, dem sozialen Dialog ab S. 373 ff. breiten Raum einzuräumen, weniger, denn Art. 155 Abs. 2 AEUV ist Gesetzgebung (siehe auch *Hartmann* selbst, S. 383). Der Überblick über die Lösungen in anderen Mitgliedstaaten ist ausgesprochen gründlich und informativ, aber jedenfalls dann keine Rechtsvergleichung im klassischen Sinne mehr, wenn mit Sekun-

3 Etwa S. 168.

därliteratur gearbeitet wird. Dem entgeht trotz aller Mühe auch *Hartmann* nicht; letztlich kann es bereits problematisch sein, sich auf englischsprachige Texte von einzelnen Wissenschaftlern zu stützen (Aktualität; mangels weiterer Quellen keine Kontrollmöglichkeit der Qualität). Gerade die negative Tarifvertragsfreiheit ist zudem ein schönes Beispiel dafür, daß der vertiefte Blick in eine bestimmte Rechtsordnung wertvoller als Viel-Länder-Rechtsvergleichung sein kann: *Hartmann* erwähnt zum französischen Tarifrecht nur knapp ein Günstigkeitsprinzip (S. 406), während sich bei genauer Betrachtung herausstellt, daß das französische Recht die normative Wirkung erheblich weiter einschränkt, indem es etwa auch problematisch ist, wenn ein Tarifvertrag eine Pflicht vorsieht, zu der im Arbeitsvertrag nichts vereinbart ist, also im Denken von § 4 Abs. 3 TVG die abweichende Abmachung fehlt. Die größere Bedeutung der Privatautonomie der Arbeitsvertragsparteien könnte auch der Preis für die *erga-omnes* Wirkung sein, eine *erga-omnes* Wirkung also das Gesamtgefüge verschieben.⁴ Vorbildlich ist dann die Auseinandersetzung mit dem Vorschlag einer *erga omnes* Wirkung für das deutsche Recht und insbesondere das Zerschlagen des hierbei eingebrachten rechtsvergleichenden Arguments auf S. 439.

7. *Felix Hartmann* legt ein fulminantes Plädoyer zugunsten eines privatrechtlich-mandatarischen Verständnisses des Tarifvertragssystems vor. Sorgsam recherchierte und durchdachte Arbeitsrechtswissenschaft auf höchstem Niveau, welche in ihrer durchaus fundamentalistische Züge tragenden Konsequenz und Kompromißlosigkeit aber dann möglicherweise das Tarifrecht doch nicht nur weiterentwickelt, sondern jedenfalls teilweise (Betriebsnormen, siehe oben) hinter einen doch breit anerkannten *acquis* zurückführen soll und letztlich auch den Eindruck erweckt, als werde die Emanzipation des Tarifrechts vom allgemeinen Zivilrecht insgesamt eher als Rückschritt empfunden. Wissenschaft darf das und muß das. Wen man damit überzeugt, steht freilich auf einem anderen Blatt.

III.1. Indem *Höpfner* die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis und damit den Endpunkt der tarifrechtlichen Betrachtung zum Thema nimmt, legt er den Grundstein für eine breitere Betrachtung tarifrechtlicher Fragen in sechs Kapiteln nebst Einleitung (S. 25-31) und einer Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse (S. 589-619). Kapitel 1, Historische Entwicklung des Koalitions- und Tarifvertragswesens (S. 33-108), hat noch mehr einen einführenden Charakter, ist aber nicht durchgängig als chronologische Darstellung angelegt, sondern gelangt beim Hinterfragen des Kräfteungleichgewichts ab S. 40 rasch zu Fragestellungen der Gegenwart, die dann teilweise mit der Vergangenheit rückgekoppelt werden, und streift auch ökonomische Überlegungen (S. 55 ff.).

4 Dazu jüngst M. *Halberstadt*, Die Gestaltung des Arbeitsvertrags durch Tarifvertrag im französischen Recht, 2017, S. 169 ff. (vom Verf. betreute Dissertation).

2. Vor allem wird die historische Herausbildung der Wesensmerkmale des deutschen Tarifrechts Kapitel 2, Die Grundlegung der Tarifgeltung: Vom Schuldvertrag zur Normwirkung (S. 109-226), zugeordnet. Höpfner arbeitet auf eine angenehm gründliche Art die rechtliche Erfassung des Tarifvertrags, der zunächst nur eine mehr tatsächliche Erscheinung ohne rechtliches Kleid ist, und seiner Wirkungen in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung sowie der Gesetzgebung auf. Tiefe und Breite insbesondere der Untersuchung von Lotmars privatrechtlichem Verständnis und der daran geäußerten Kritik sind auch deshalb gerechtfertigt, weil so einerseits Möglichkeiten und Grenzen eines Tarifsystems auf der Grundlage des bürgerlichen Rechts sehr differenziert herausgestellt werden und andererseits auch die Herausbildung des Mitgliederbezugs des deutschen Tarifrechtssystems sowie die damit verbundenen Probleme im einzelnen nachvollzogen werden können (etwa S. 157 ff., 202 ff.). Hierbei ist auch zu erkennen, daß die Frage der Außenseiterbindung mit Überlegungen zur Emanzipation vom Zivilrecht über eine normative und zwingende Wirkung eng verbunden ist (Sinzheimer, S. 162 f., 185 ff.; v. Gierke, S. 183 f.; Jacobi, S. 206) und in welchem Maße auch weitere Elemente des deutschen Tarifrechts von Anbeginn an miteinander verzahnt sind; dazu sei beispielhaft die sehr frühe Auseinandersetzung um eine Allgemeinverbindlicherklärung genannt (S. 218 ff.). Anhand dieser Passagen wird spätestens auch ein Vorteil der breit angelegten Herangehensweise Höpfners erkennbar.

3. Mit Kapitel 3, Tarifvertrag und Tarifgeltung in der modernen Tarifrechtsdogmatik (S. 227-340) ist Höpfner in der gegenwärtigen Auseinandersetzung um zentrale, aber durchaus heterogene Themen (Funktionen des Tarifvertrags, sein Rechtsnormcharakter, dogmatisches Verständnis der Tarifgeltung, Legitimation der Tarifmacht) angekommen, die den systematischen Mantel für die Untersuchung vielfältiger Fragen bilden. Zu erwähnen sind insbesondere die – im Zusammenhang mit der von Höpfner abgelehnten Ordnungsfunktion – als Ergebnis schon in der Überschrift auf S. 243 vorweggenommene klare Positionierung gegen eine Bevorzugung von Industrieverbänden gegenüber Berufsverbänden und gegen die Rechtsprechung des BAG zu § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Bei beidem wird einzelproblembezogen, auf dem Boden der wissenschaftlichen Auseinandersetzung argumentiert, durchaus überzeugend und mit besonderer Gründlichkeit, aber auch nicht unbedingt auf der Basis grundlegender neuer Konzepte oder argumentativer Ansätze, und ebenfalls nicht getrieben von einer Mission. Ein markanter Einzelproblembezug mit einer Argumentation, die keineswegs immer übergreifende Auswirkungen hat, prägt auch die weitere Arbeit (beispielhaft: S. 256 ff. zu verschiedenen Aspekten, die als Folge des Rechtsnormcharakters behandelt werden, die an zwei Stellen behandelte Ewigbindung bei § 3 Abs. 3 TVG, S. 310 ff. und S. 390 ff., oder auch die Untersuchung der Nachwirkung, S. 407 ff.). Hierbei bricht Höpfner die Auseinandersetzung auch mit komplexen tarifrechtlichen Fragen nicht selten auf einzelne Urtei-

le unter Nennen des Senats und teilweise auf die Stellungnahme einzelner, namentlich genannter Autoren herunter. Ob einem bestimmten Senat zu folgen ist oder nicht, ist vereinzelt sogar noch in der Zusammenfassung zu lesen.

4. Das dritte Kapitel betrachtet in seinem letzten Hauptgliederungspunkt von S. 308 an die privatautonome Legitimation der Tarifautonomie und bildet zusammen mit Kapitel 4, Die negative Koalitionsfreiheit: Fernbleiberecht und Schutz vor Tarifgeltung (S. 341-388), sowie Kapitel 5, Gesetzliche Erweiterungen der Tarifgeltung (S. 389-498), die wesentliche Schnittstelle zur Monographie *Hartmanns*, wobei sich die jeweils angesprochenen Einzelfragen keineswegs gänzlich decken. *Höpfner* geht moderat pragmatisch vor, ohne jedoch die Bedeutung der privatautonomen Legitimation oder des Außenseiterschutzes kleinzuschreiben. Doch nimmt er Weichenstellungen und Kompromisse durch das TVG hin. Hybridkonstruktionen, die tarifrechtliche Mechanismen durch bürgerlich-rechtliche Institute erklären, finden seinen Beifall konsequenterweise nicht (S. 310 ff., 325 ff.) und es gelingt ihm, dies so zu begründen, daß ihm viele zustimmen werden. *Höpfner* läßt bei den Betriebsnormen auch einen weiteren Blick als den eines bürgerlich-rechtlichen Verständnisses in Reinlehre zu, was gerade bei den Ordnungsnormen des § 3 Abs. 2 TVG über das Anknüpfen an das Weisungsrecht des Arbeitgebers eine Sicht erlaubt, die nicht konträr zu einer jahrzehntelangen Praxis steht. Die Abschnitte zur negativen Koalitionsfreiheit (S. 342 ff.) und auch den Betriebsnormen (S. 443 ff.) sind durch den Einbezug der Entwicklung erneut von der erfreulichen Gründlichkeit anderer historischer Teile der Arbeit geprägt. Für das Verständnis von *Werhob* und *Alemo-Herron* (S. 370 ff.) hingegen ist die abstraktere Betrachtung *Hartmanns* weiterführender.

5. *Höpfner* schließt seine Untersuchung mit Kapitel 6, Grenzen der Tarifgeltung (S. 499-588), dessen Gegenstand das Günstigkeitsprinzip von § 4 Abs. 3 TVG und von S. 522 an kartellrechtliche Grenzen sind, zwei Aspekte, die nicht nur über die thematische Festlegung dieser Arbeit in einen systematischen Zusammenhang gebracht werden können, sondern die vor allem verbindet, daß man § 4 Abs. 3 TVG als Ausdruck eines Kartellverbots verstehen kann (von *Höpfner* abgelehnt, S. 507-509, siehe aber auch S. 539 oben). Im Abschnitt zum Günstigkeitsprinzip, der sich auf einige grundlegende Eckpunkte beschränkt, werden von S. 514 an auch Tarifkollisionen problematisiert. Die Untersuchung der kartellrechtlichen Grenzen ist zum einen die hauptsächliche Grundlage dafür, daß die Arbeit in ihrem Untertitel auch ökonomische Grundlagen nennt (S. 523 ff.). Aus der Perspektive des deutschen Rechts ist das Verhältnis von Kartell- und Tarifvertragsrecht vor allem in solchen Bereichen noch diskussionswürdig, die nicht ohne weiteres zum Oberthema der Tarifgeltung passen (S. 544 ff.), doch wird *Höpfner* davon ausgegangen sein, daß nur eine Gesamtbetrachtung sinnvoll ist, um die Neufassung von

§ 1 GWB zu erfassen (S. 551 ff.). Nach zuvor eher knappen Passagen zum Unionsrecht (S. 261, 370 ff.) wird auf S. 559-588 auf der Grundlage vor allem einer Rechtsprechungsanalyse ausführlich die Rechtslage nach unionsrechtlichem Kartellrecht untersucht, welche wie so zahlreiche Facetten des Unionsrechts nicht Teil eines dogmatisch bis in den letzten Winkel durchdachten Gesamtsystems ist und schon begrifflich eingeordnet werden muß (Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen). Die Gedanken *Höpfners* (S. 579 ff.) sind auch zu diesem Punkt schlüssig. Gleichwohl bleibt etwas der Eindruck, als füge sich der Abschnitt zum Kartellrecht jedenfalls in dieser Breite nicht ohne weiteres in die Struktur der Erzählung dieser Monographie ein.

6. Eine Arbeit, in der gründlich begründete, häufig überzeugende und stets vertretbare Einzelergebnisse im Zentrum stehen, was auch daran ersichtlich wird, daß die jeweiligen Kapitel nicht durch ein Gesamtergebnis abgeschlossen werden. Es wird auf höchstem dogmatischen Niveau nach und nach untersucht, was *Höpfner* der Tarifgeltung thematisch zuordnet. Zu den Fragen des geltenden Rechts wäre aus meiner Sicht eine nicht nur in der Sache, sondern auch sprachlich klarer Rechtsfragen und Strukturen und weniger Senate und Personen in den Vordergrund stellende Vorgehensweise zielführender gewesen. Das kann man aber auch anders sehen. In den jeweiligen Abschnitten zur rechtlichen Entwicklung, die die Arbeit ohnehin besonders lesenswert machen, ist diese Form der Einzelauseinandersetzung ohnehin sinnvoll.

IV. Man wird den beiden Schriften nicht gerecht, wenn man sie über die wenigen Worte zur thematischen Schnittmenge hinaus vergleicht, weil sie unterschiedlicher kaum angelegt sein könnten. Der Arbeitsrechtswissenschaft tut beides gut. Es ist möglicherweise eine Eigenart des Arbeitsrechts, wenn zu Beginn des 21. Jahrhunderts Habilitationsschriften von beeindruckender Qualität zu Themen geschrieben werden, die von den Anfängen des Tarifrechts an durchgängig Gegenstand wissenschaftlicher Auseinandersetzung waren. Von Rückwärtsgewandtheit zu sprechen, würde den Punkt nicht treffen, denn die Probleme sind ungelöst. Allerdings zeigen die beiden Arbeiten exemplarisch, daß nach jahrzehntelangem Diskurs und allein vier weiteren Habilitationsschriften zu tarifrechtlichen Themen in den 2000er Jahren der Raum im deutschen Recht eng ist und man sich entweder von vielem lösen (*Hartmann*) oder sich geduldsam Einzelproblemen zuwenden muß (*Höpfner*), während das Unionsrecht für diese Art von Untersuchung noch gar nicht bereit ist. Es erscheint überlegenswert, ob die beiden Schriften auch wegen ihrer Qualität für kommende Nachwuchswissenschaftlerinnen und –wissenschaftler nicht Anlaß sein könnten zu überlegen, sich in ihren Qualifikationsschriften anderen Fragestellungen zuzuwenden. Das Arbeitsrecht ist nicht arm an möglichen Themen.