

Studien zum
deutschen und europäischen Arbeitsrecht

92

Malek Said

Die personelle Reichweite der Tarifmacht

Eine methodische und rechtshistorische Untersuchung
unter besonderer Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern
und „kleinen Leistungsanbietern“



Nomos

**Studien zum
deutschen und europäischen Arbeitsrecht**

Herausgegeben von

Prof. Dr. Martin Henssler, Universität zu Köln

Prof. Dr. Martin Franzen, Ludwig-Maximilians-Universität München

Prof. Dr. Felix Hartmann, LL.M. (Harvard), Freie Universität Berlin

Prof. Dr. Clemens Höpfner,
Westfälische Wilhelms-Universität Münster

Prof. Dr. Abbo Junker, Ludwig-Maximilians-Universität München

Prof. Dr. Peter Schüren, Westfälische Wilhelms-Universität Münster

Prof. Dr. Katharina Uffmann, Ruhr-Universität Bochum

Band 92

Malek Said

Die personelle Reichweite der Tarifmacht

Eine methodische und rechtshistorische Untersuchung
unter besonderer Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern
und „kleinen Leistungsanbietern“



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

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

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2020

ISBN 978-3-8487-8089-1 (Print)

ISBN 978-3-7489-2507-1 (ePDF)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2020 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen. Sie entstand während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Deutsches und Europäisches Arbeits- und Sozialrecht. Rechtsprechung und Literatur befinden sich auf dem Stand des 23.9.2020.

Mein tief empfundener Dank gebührt meinem akademischen Lehrer und Doktorvater, Professor Dr. Dr. h.c. Ulrich Preis. Er begleitete die Arbeit stets konstruktiv mit der nötigen Ruhe und Gelassenheit, wobei er mir den nötigen Freiraum zur persönlichen Entfaltung überließ. Sein Vertrauen, seine motivierende, gutherzige Art und die stete Hilfsbereitschaft weiß ich sehr zu schätzen. Ich habe die Zeit am Lehrstuhl sehr genossen. Es gab viele unglaublich schöne Momente, die ich nicht vergessen werde.

Für die Anfertigung des Zweitgutachtens möchte ich mich bei Professor Dr. Martin Henssler bedanken. Seine spannenden Vorlesungen weckten bereits im Grundstudium mein Interesse für das Arbeitsrecht.

Ich möchte mich auch ganz herzlich bei Professor Dr. Daniel Ulber bedanken. Er stand mir seit Anbeginn des Schwerpunktstudiums bis zur Auswahl und dem Prozess der Erstellung der Dissertation mit Rat und Tat bei. Stets gab er mir das Gefühl mit der Ausarbeitung einen wissenschaftlichen Beitrag zu leisten.

Vielfältige Unterstützung erhielt ich von Professor Dr. Felipe Temming und Dr. Stephan Seiwerth. Beide nahmen sich ausgiebig Zeit meine aufkommenden und drängenden Fragen zu beantworten.

Für eine unvergessliche Zeit mit vielen wertvollen Momenten, möchte ich mich bei meinen Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl bedanken. Insbesondere mit Dr. Alberto Povedano Peramato und Kai Morgenbrodt verbrachte ich unzählige Stunden heiterer Diskussionen im Büro und an der Kaffeebude. Tief mit euch verbunden blicke ich gerne an die Zeit zurück.

Ganz besonders möchte ich meiner Verlobten danken. Ihre bedingungslose Liebe und grenzenlose Unterstützung hatten maßgebenden Anteil am erfolgreichen Abschluss der Arbeit. Auf ihre Hilfsbereitschaft, ihre Fürsorge und ihren Zuspruch konnte ich mich immer verlassen.

Vorwort

Abschließend danke ich meinen Eltern und meiner Familie für ihren Rückhalt, ihr Vertrauen und den Zuspruch, den sie mir in jeder Lebenslage entgegenbrachten. Ihre humorvolle, lockere und fröhliche Art ermöglichte es mir die Arbeit zu fertigen. Ihnen, insbesondere meinen Eltern, die nie an mir zweifelten, ist in Liebe diese Arbeit gewidmet.

Malek Said

Inhaltsverzeichnis

Einführung	17
A. Die gegenwärtige Problematik	17
B. Gang der Untersuchung	21
Kapitel 1 – Historie: Ökonomische Unterlegenheit als Ursache der kollektiven Gegenmachtbildung – vom Spätmittelalter bis hin zur Zunftverfassung	24
A. Vorbemerkung: Anforderungen an die Vorläufer des Tarifvertrages	25
B. Anfänge kollektiver Gegenmacht	26
I. Tarifliche Vereinbarungen und Arbeitskämpfe	27
1. Gesellenverbände	27
2. Knappschaften	27
3. Tarifvertragsähnliche Abmachungen	28
II. Die Rechtsverhältnisse der „Tarifgebundenen“	32
1. Tarifbindung im persönlichen Abhängigkeitsverhältnis	32
2. „Tarifbindung“ in der Drittbeziehung	34
a) Die Vereinbarung zu Speyer 1362	34
b) Verlagswesen im Bergbau	35
C. Ökonomische Unterlegenheit als Grund – Persönliches und wirtschaftliches Abhängigkeitsverhältnis als Folge	37
I. Der ökonomische Wandel	38
1. Arbeitskräfteüberschuss	38
2. Produktionsveränderung	38
II. Ergebnis der ökonomischen Perspektive	40
Kapitel 2 – Historische Entwicklung im Zeichen des Liberalismus: Die engere Konzeption der Grundrechtsgewährleistung nach der Zunftverfassung	41
A. Die Mehrdimensionalität der Koalitionsfreiheit	42
I. Die Ausgangslage: „Vertragsfreiheit“ durch Koalitionsverbote	43

Inhaltsverzeichnis

II. Die sozialgeschichtliche Komponente des Grundrechts	44
III. Der abwehrrechtliche Gehalt	47
IV. Die liberale Komponente	50
1. Die Vereinigung als Grundlage	50
2. Die assoziative Selbsthilfe	51
3. Ausprägungen assoziativer Selbsthilfe	51
 Kapitel 3 – Das dogmatische Fundament der Tarifautonomie und dessen einfachgesetzlich determinierte Gewährleistungsdimension	 53
A. Die Koalitionsfreiheit als Ausdruck individueller Freiheit	54
I. Doppelgrundrecht	54
II. Ableitung aus Art. 19 III GG	55
1. Der Wortlaut	55
2. Die unmittelbare Entstehungsgeschichte	56
3. Historie und Sinn und Zweck	57
4. Systematik	57
B. Die kollektive Dimension	58
I. Betätigungsfreiheit	58
1. Zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen	59
2. Vergleich zu Art. 9 I GG	59
3. Zweckorientierte Überlegungen	60
4. Erst - Recht - Schluss aus Art. 9 III Satz 3 GG	61
5. Die unmittelbare Entstehungsgeschichte	62
a) Vorbehalte	64
b) Fehlende Rückschlüsse	64
c) Betätigungsfreiheit und Schrankendogmatik	64
II. Tarifautonomie	66
1. Etymologie	66
2. Torso	67
III. Die Bedeutung der Ausgestaltungsgesetzgebung	68
1. Notwendigkeit einer Ausgestaltungsdogmatik	69
2. Abwehrrechtliche Annäherung	69
a) Das Schutzgut als Angelpunkt	69
b) Tarifautonomie als natürliche Freiheit	71
aa) Regelungsbefugnis	71
bb) Normsetzungsmacht	74
IV. Zwischenergebnis	75

V. Dogmatische Herleitung tarifautonomer Ausgestaltungsgesetzgebung	76
1. Institutsgarantie der Koalitionsfreiheit	76
2. Widerspruch zum Wesen der Tarifautonomie	78
3. Herleitung aus dem objektiven Gehalt der Grundrechte	79
a) Staatliche Schutzpflichten	80
b) Die kompetentielle Bewirkungsdimension	81
VI. Reichweite des Konstituierungserfordernisses	81
1. Die Kernbereichslehre des Bundesverfassungsgerichts	82
a) Der Kernbereich als Schutzbereichsbegrenzung	82
b) Der Kernbereich und die Ausgestaltungsgesetzgebung	85
aa) Die Formel des „Unerlässlichen“	86
bb) Die Abwägungslehre	87
VII. Die Unerlässlichkeit der normativen Regelungsmacht	89
1. Die unmittelbare und zwingende Wirkung	89
2. Begründungsansätze der Normsetzungsmacht	92
a) Ein hybrides Gebilde	92
b) Erklärungsmodelle	92
aa) Integrationstheorie	92
bb) Delegationstheorie	93
cc) Kollektiv ausgeübte Privatautonomie	94
c) Schwächen	95
d) Vereinigungslösung	99
 Kapitel 4 – Die Interpretation des „Arbeitsverhältnisses“ im TVG	 102
A. Methodische Grundlagen der Auslegung	103
I. Destruktive Ansätze	103
II. Verstehen	104
III. Das Auslegungsziel	104
1. Die subjektive Theorie	104
2. Die objektive Theorie	105
3. Eine kritische Betrachtung	106
a) Die Bewertung der Auslegungsziele	106
aa) Überschreitung der legislativen Vorsehungskraft	106
bb) Das Sprachproblem	107
b) Die vermittelnde Sichtweise als Lösungsmechanismus der Positivisten	109
IV. Die strukturierende Rechtslehre	110
1. Richterliche Gesetzgebung	111

Inhaltsverzeichnis

2. Gesetzesbindung	113
3. Rückführung der Entscheidung auf die Auslegungscanonis	114
V. Die Auslegungsmittel	115
1. Der Wortlaut	115
2. Systematik	118
a) Äußeres System	118
b) Inneres System	119
3. Genese	120
a) Die Fiktionalisierung einer verfahrensmäßigen Einheitsentscheidung	121
b) Zurechnungsmodell	122
4. Telos	123
a) Wertungsfragen	123
b) Textnähe	123
c) Akzessorietät	124
d) Transparenz	124
VI. Fazit zur Methode	124
B. Folgerung für die Auslegung des TVG	126
C. Auslegung des „Arbeitsverhältnisses“ durch das BAG	127
I. Einbeziehung von Nichtarbeitsverhältnissen	127
II. Fazit	131
III. Der weitere Untersuchungsverlauf	131
D. Das TVG und die Interpretation des „Arbeitsverhältnisses“	132
I. Einbeziehung „kleiner Leistungsanbieter“	132
1. Vorfrage: Der Arbeitnehmerbegriff im Normgefüge des TVG	132
2. Ergebnis der Vorfrage: Persönliche Abhängigkeit	138
3. Die Auslegung gemäß den methodischen Grundsätzen	138
a) Der Wortlaut	138
b) Die Systematik und Historie	139
aa) Die Hintergründe der Entstehung des TVG	140
bb) Kontextualisierung des „Arbeitsverhältnisses“	141
(1) Vermeintliche Klarheit	141
(2) Erhellung	144
(3) Fehlendes gesetzgeberisches Bewusstsein	148
4. Zwischenfazit zur Auslegung: Ein spätes Bekenntnis	150
II. Ergebnis der Auslegung bei „kleinen Leistungsanbietern“	152

III. Abweichende Beurteilung: Leiharbeitnehmer im TVG	153
1. Entwicklung	153
2. Irrelevanz	154
Kapitel 5 – Die verfassungskonforme Interpretation des „Arbeitsverhältnisses“ im TVG	155
A. Die verfassungsgeleitete Interpretation	155
B. Bedeutung der verfassungskonformen Auslegung	156
I. Herleitung	157
1. Vermutungsregelung und die Einheit der Rechtsordnung	158
2. Der Grundsatz der Normerhaltung	159
II. Gefahren judikativer Erhaltung	160
III. Grenzziehung und Fazit	162
Kapitel 6 – Die rechtsfortbildende Einbeziehung „kleiner Leistungsanbieter“ und von Leiharbeitnehmern	165
A. Definition und Bedeutung der Analogie	166
I. Die planwidrige Regelungslücke	167
1. Allgemeines	168
a) Das gesetzgeberische Regelungsziel	168
b) Differenzierung zur positivistischen Rechtsnormtheorie	170
c) Verbesserungsbedürftigkeit	170
d) Frage der Wertung	171
2. Die verschiedenen Arten von Lücken	171
a) Normlücken	172
b) Regelungs- bzw. Gesetzeslücken	172
c) Rechtslücken	173
II. Vergleichbare Interessenlage	173
B. Analoge Einbeziehung von „kleinen“ Selbständigen in § 12a TVG	175
I. Nachträgliche planwidrige Gesetzeslücke	175
1. Das (verfehlt) Regelungsziel des TVG	176
2. Planwidrige Regelungslücke durch Annahme verfassungsgeleiteter Rechtsfortbildung	178
II. Ergebnis der analogen Einbeziehung von „kleinen Leistungsanbietern“	179

Inhaltsverzeichnis

C. Analoge Einbeziehung von Leiharbeitnehmern in das TVG	179
I. Die rechtlichen Beziehungen	180
1. Allgemeines	180
2. Rechtsbeziehung zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer	180
3. Rechtsbeziehung zwischen Entleiher und Verleiher	182
4. Verhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer	183
II. Tarifverträge zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmern	186
1. Equal Pay Grundsatz als Ausgangspunkt der Überlegung	186
a) Inhalt und Bedeutung	186
b) Tarifvertragliche Dispositivität	187
2. Diametrale Gefechtslage	188
3. Ökonomische Strukturbedingungen	190
4. Fazit zu den Strukturbedingungen der Leiharbeit	191
III. Unvereinbarkeit mit dem Regelungsziel	192
IV. Kompensation durch schuldrechtliche Gestaltungen	193
1. Ansprüche des Leiharbeitnehmers gegenüber dem Entleiher	193
2. Regelungszuständigkeit	197
3. Die Verpflichtung des Entleihers gegenüber dem Verleiher	198
a) Die sachlich gegenständliche Reichweite der Tarifautonomie	198
b) Abhängige Arbeit und der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag	201
4. Grenzen der entleiherseitigen Drittbegünstigungen	204
a) Entgeltgleichheit	204
b) Mitbestimmungsrechte des Verleihers	205
c) Eingriff in die positive Koalitionsfreiheit	206
d) Eingriff in Artikel 12 GG des Verleihers	207
e) Kartellrechtliche Grenzen	210
aa) Die Albany-Doktrin	211
(1) Dialog der Sozialpartner	213
(2) Die Form der Vereinbarung	215
(3) Gegenstand der Vereinbarung	215
bb) Die Anwendung der Grundsätze	217
(1) Die firmentarifliche und verbandsrechtliche Konstellation	217
(2) Die Vereinbarung auf der Entleiherseite	220
(a) Janusköpfige Tarifregelung	220

(aa) Verhältnismäßigkeitsprüfung	221
(bb) Das Wesen der Tarifautonomie	223
(cc) Bereichsscheidung	224
(b) Einwirkung zugunsten des Gegenmachtprinzips	227
V. Kompensation durch normative Vereinbarungen zwischen Entleiher- gewerkschaften und dem Verleiher	228
1. Verleiherbezogene Tarifzuständigkeit	229
2. Verstoß gegen den Gleichheitssatz	231
VI. Kompensation durch dreiseitig wirkende Tarifverträge	232
VII. Kompensation durch Betriebsnormen auf der Entleiherseite	233
D. Ergebnis der Analogie und argumentative Rückführung auf das AÜG	234
E. Bestimmung zur Entmündigung der Verleiherbranche und Zwischenfazit	235
Kapitel 7 – Verfassungsrechtliche Analyse der Einbeziehung kleiner Leistungsanbieter und von Leiharbeitnehmern: Zugleich eine Kritik am Status quo des TVG	237
A. Der Wortlaut: „jedermann“	238
I. Systematische Einschränkung durch das Begriffspaar der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“	239
1. Wortlautauslegung	239
a) Vorabbestimmung	239
b) Die „Arbeitsbedingungen“	240
2. Historische Auslegung	242
a) Eine weitreichende Normsetzungsmacht	246
b) Gewerkschaftsschützende Schutzbereichsdimension	247
3. Historie und Telos	251
a) Tarifautonomie als Korrektur der Privatautonomie	251
aa) Die strukturelle Unterlegenheit	257
(1) Persönliche Abhängigkeit	261
(2) Fabrikarbeiter als Stereotyp	261
bb) Die ökonomische Zweckbindung	262
b) Die Ordnungsfunktion des Tarifvertrages	264
aa) Reflex	265
bb) Entlastungswirkung	265
B. Einfachgesetzliche Umsetzung	266

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 8 – Ausgestaltungsgesetz in Abweichung einer rechtsverhältnisbezogenen Verengung: Ein eigener Gesetzesvorschlag	268
A. Gesetzgebungsvorschlag	269
I. Zielsetzung	270
II. Lösung	270
B. Änderungen des TVG	271
Kapitel 9 – Kartellrechtliche Zulässigkeit einer ursachenspezifischen Konzeption	273
A. Kartellrechtliche Grenzen der Einbeziehung Selbständiger	273
I. Verhältnis zwischen § 1 GWB und Art. 101 AEUV	273
II. Anwendungsvorrang des Unionsrechts	273
III. Folgen für die nationale Gesetzgebung	274
IV. Bereichsausnahme für wirtschaftliche Abhängigkeitsverhältnisse	275
1. Pavlov	276
2. FNV- Kunsten	276
a) Bereichsausnahme für „Scheinselbständige“	277
b) Vergleichbare Situation wie Arbeitnehmer	279
V. Fazit	281
VI. Die Vertragsgestaltung	282
VII. Auswirkungen auf das nationale Recht	283
VIII. Herausnahme jenseits der Kartellrechtsimmunität	285
1. Die Vereinbarung	285
a) Rechtskonstruktiver Spielraum	286
b) Begrenzung durch Grundfreiheiten	287
2. Zwischenstaatlichkeitsklausel	288
3. „Rule of Reason“	290
B. Ergebnis der kartellrechtlichen Analyse	292
Kapitel 10 – Thesenartige Zusammenfassung	294
Literaturverzeichnis	299