

# »Juristische Klassiker – neu gelesen«

Ulrich Zachert

Philipp Lotmar, Die Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern<sup>1</sup>

## 1. »Ein gründlich vergessener Wissenschaftler«

Wie konnte *Philipp Lotmar* bei so deutlichen Verdiensten so gründlich vergessen werden, fragt *Thilo Ramm* in einem umfassenden Beitrag über ihn.<sup>2</sup> Weil das so ist,<sup>3</sup> sollen einleitend zum Text einige Hinweise zu seiner Person und Biografie vorangestellt werden.

*Philipp Lotmar* (1850–1922)<sup>4</sup> unterrichtete von 1888 an der Universität Bern römisches Recht und Zivilrecht. Er stammte aus einer wohlhabenden Frankfurter Kaufmanns- und Bankiersfamilie. Er war ebenso wie *Hugo Sinzheimer* (1871–1945) jüdischen Glaubens und Mitglied der »Sozialdemokratischen Partei Deutschlands«, in die er bereits nach Erlass des »Sozialistengesetzes« (1878–1890) eintrat. Da er aufgrund seiner Herkunft und politischen Zuordnung im deutschen Kaiserreich in realistischer Einschätzung keine Aussicht für eine wissenschaftliche Karriere sah, hatte er sich nach Studien bei hervorragenden Vertretern der romanistischen Pandektistik, *Rudolf von Jhering* in Göttingen und *Alois von Brinz* in München, wo er zwölf Jahre Privatdozent war, an der Universität Bern beworben. Für das Arbeitsrecht war vor allem sein umfassendes Werk über den Arbeitsvertrag neu und grundlegend.<sup>5</sup>

Der Text, den ich vorstelle, wird heute in der Regel zwar anerkennend zitiert, dabei wird jedoch insbesondere auf seine Defizite, »die lehrreichen Irrtümer«,<sup>6</sup> verwiesen: Zwar sei es *Lotmar* gelungen, den Tarifvertrag rechtswissenschaftlich zu erfassen und einzuordnen. Jedoch erfolge dies mit den unzulänglichen Mitteln des Individualrechts, indem die Koalitionen als die Vertreter ihrer Mitglieder angesehen werden. Demgegenüber bleibt die Bewertung dieser Arbeit durch *Hugo Sinzheimer*, der in *Lotmar* einen großen jüdischen Rechtsgelehrten und den Begründer der Arbeitsrechtswissenschaft sah, bei der Kennzeichnung der Defizite des *Lotmarschen* Ansatzes zur Legitimation von Tarifverträgen nicht stehen: Auch wenn ihm die Erkenntnis verschlossen geblieben sei, dass der Tarifvertrag Rechtsquelle, also in seiner Wirkung auf die Schaffung objektiven

1 Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik XV, 1900 S. 1–122; abgedruckt in: *Rückert* (Hrsg.), Philipp Lotmar, Schriften zu Arbeitsrecht, Zivilrecht und Rechtsphilosophie, 1992, S. 433–554.

2 *Ramm*, Philipp Lotmar und die Geschichte der Arbeitsverfassungen, ZfA 2004, S. 183.

3 Nur ein Indiz: Er findet sich nicht in dem so verdienstvollen Band, *Kritische Justiz* (Hrsg.), Streitbare Juristen, 1998.

4 Über ihn: *Rückert*, »Frei« und »sozial«: Arbeitsvertrags-Konzeptionen um 1900 zwischen Liberalismen und Sozialismus, ZfA 1992, S. 225 ff.; *Ramm* (Fn. 2), S. 183 ff.; *Nogler*, Philipp Lotmar, Lavoro e Diritto, 1997, S. 128 ff. mit umfassenden bibliografischen Hinweisen; *Dorndorf*, in: *Nutzinger* (Hrsg.), Die Entstehung des Arbeitsrechts in Deutschland, 1988, S. 231 ff.; *ders.*, in: *Caroni* (Hrsg.), Forschungsband Philipp Lotmar (1850–1922), 2003, S. 81 ff.; *Zachert*, Legitimation arbeitsrechtlicher Regelungen aus historischer und aktueller Sicht, RdA 2004, S. 1 ff.

5 *Lotmar*, Arbeitsvertrag, 2 Bände, 1902, 1908, hrsgg. v. *Rehbinder*, 2001.

6 *Rehbinder* (Fn. 5), Vorwort des Herausgebers, S. 17, 28.

Rechts gerichtet ist, habe er dennoch die entwicklungsgeschichtliche Bedeutung des Tarifvertrages zutreffend erkannt, den Arbeitsvertrag zum großen Teil zu ersetzen. Damit habe er das Privatrecht fortentwickelt und so der Idee des »autonomen Arbeitsrechts« den Weg geebnet. Auf ihn gehe der Gedanke der »Unabdingbarkeit« des Tarifvertrages mit dem wesentlichen Element des Vorrangs des Tarifvertrages gegenüber dem Arbeitsvertrag zurück.<sup>7</sup> Tatsächlich stellt *Lotmars* Schrift über Tarifverträge eine bahnbrechende Analyse der Empirie des Tarifvertrages dar und zugleich eine rechtliche Bewertung, die fast alle Probleme erörtert, welche auch heute noch kontrovers diskutiert werden.<sup>8</sup> Dies soll nachfolgend durch Auswahl einiger Textschwerpunkte mit Blick auf den aktuellen Diskurs dokumentiert werden.

## *2. Die Praxis des Tarifvertrages drängt zu seiner rechtlichen Analyse*

Das juristische Interesse *Lotmars* am Tarifvertrag wird dadurch geweckt, dass es sich um ein »Phänomen« handelt, das massenhaft praktiziert ist, das die Arbeitsrechtswirklichkeit prägt und das die Aufmerksamkeit von Sozialökonomien erregt, mit dem jedoch die Rechtswissenschaft offensichtlich nichts anzufangen weiß.

»Die Erscheinung auf dem Arbeitsmarkt, um die es sich dabei handelt, verdient die Aufmerksamkeit, welche ihr hier gewonnen werden soll, schon wegen der Häufigkeit ihres Vorkommens. Sie ist in England bereits im vorigen Jahrhundert vereinzelt aufgetreten, während des 19. in immer anwachsender Zahl in allen Industrieländern wahrzunehmen gewesen, und namentlich in Deutschland haben sich in den letzten Jahrzehnten die Abschlüsse wie die Versuche zu Abschlüssen von Tarifverträgen in fast allen Gewerben dermaßen gehäuft, dass sie alltägliche Vorkommnisse auf dem Arbeitsmarkt geworden sind (S. 1).

Ein Gegenstand von solcher Häufigkeit und Tragweite verdient gewiss eine wissenschaftliche Behandlung. Allein eine juristische d.h. zu den Zwecken und mit den Mitteln der Jurisprudenz erfolgende scheint bisher nicht hervorgetreten zu sein. Die theoretischen oder praktischen Nationalökonomien und Sozialpolitiker haben sich mit dem Tarifvertrag in Rücksicht auf die Vorteile beschäftigt, die er innerhalb einer Volkswirtschaft mit freier Konkurrenz den Urhebern der Arbeitsverträge und namentlich den Arbeitern zu bieten vermag. Auf diese Seite der Sache hat vor bald 30 Jahren Brentano hingewiesen und seitdem mit unablässiger Eifer das Prinzip der Tarifverträge verfochten und seine Verwirklichung empfohlen. Neuerdings haben S. und B. Webb sich ausführlicher mit der Sache befasst, die Wirksamkeit der von ihnen sogenannten kollektiven Vertragsschließung und den Hergang anschaulich dargelegt (S. 3).

Es ist nur natürlich, dass wenn ökonomische Schriftsteller, oder in der Arbeiterbewegung stehende Praktiker sich über Tarifverträge vernehmen lassen, ihre Äußerungen, so wertvoll sie sind, juristische Ansprüche nicht zu erfüllen vermögen. Das Bedürfnis präziser Begriffsbestimmung gegenüber einem Objekte, welches, wie von Natur, auf das Recht angewiesen zu sein scheint, ohne freilich darin aufzugehen, ist ein Bedürfnis, das oft erst der Jurist empfindet und allein zu befriedigen vermag.« (S. 4)

Als Jurist geht es *Lotmar* zunächst darum, den Tarifvertrag gegenüber ähnlichen Erscheinungsformen kollektiver Festlegung von Lohn- und Arbeitsbedingungen abzugrenzen. Er betont hier bereits den *privatautonomen Charakter des Tarifvertrages* und unterscheidet ihn vor allem von den damals verbreiteten, einseitig vom Unternehmer dekretierten *Arbeitsordnungen*.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> *Sinzheimer*, in: Kahn-Freund/Ramm (Hrsg.), *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*, Bd. 1, 1976 (1922), S. 408, 410 f.; *ders.*, *Jüdische Klassiker in der Deutschen Rechtswissenschaft*, 1937, S. 207, 218.

<sup>8</sup> *Dorndorf* (Fn. 4), S. 231, 245; hinzuweisen ist hier noch auf *Martin Becker*, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis in Deutschland*, 1995, S. 259 ff.; zu letzterem: *Nogler*, *AuR* 2006, S. 62 ff.

<sup>9</sup> Ein ähnliches Problem besteht heute noch im japanischen Recht: *Marutschke* (Hrsg.), *Arbeitsverträge und Tarifverträge japanischer Unternehmen*, 1999, 1. ff.; *Nishitani*, *Vergleichende Einführung in das japanische Arbeitsrecht*, 2003, S. 104 ff., 127 ff.

»Die angeführten *einseitigen* (im Originaltext hervorgehoben) Arbeitnehmer- oder Arbeitgebertarife gehören nicht hierher, weil sie nicht *Tarifverträge* (im Originaltext hervorgehoben) d.h. nicht vereinbart sind, vereinbart nämlich zwischen den künftigen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, den Parteien der Arbeitsverträge, für welche die Tarife bestimmt sind.« (S. 9)

### 3. Zum Inhalt von Tarifverträgen

Zum Inhalt der Tarifverträge trifft *Lotmar* bereits Unterscheidungen, die uns heute geläufig sind, weil sie im Tarifvertragsgesetz ihren Niederschlag gefunden haben. Wenn auch die Kategorien von ihm nicht immer mit letzter Trennschärfe definiert werden, so lassen sich doch drei Normtypen des Tarifvertrages herauslesen (S. 11–29): Den Kern bilden nach heutiger Terminologie *Inhaltsnormen*, vor allem solche über Lohn und Arbeitszeit. Hier betont er u.a. die Flexibilität der vorgefundenen Tarifnormen:

»... und haben wir elastische Bestimmungen vor uns, wenn der Lohn nur als Durchschnittslohn oder als Minimallohn oder mit Minimum oder Maximum bestimmt ist, oder wenn ... gesagt ist, dass Nacht- oder Sonntagsarbeit ›nur in ganz dringenden Fällen‹ stattfinden solle.« (S. 27 f.).

Ferner gehören dazu Arbeitsbedingungen im weitesten Sinne.

»... überhaupt hygienische Vorsehrungen, die Bestimmung welche humane Behandlung zusichert, wozu auch die Abschaffung des Duzens (natürlich gegenüber den Arbeitern) gehört.« (S. 18)

Weiter deutet er jedenfalls an, dass es tarifliche Normen gibt, die über das Individualinteresse des Arbeitnehmers hinausgehen, weil sie einen kollektiven Bezug aufweisen. Dazu zählt er u.a. Bestimmungen über die Festlegung von Lehrlingszahlen (S. 26), die wir heute unter der Kategorie der »*Betriebsnormen*« einordnen.<sup>10</sup>

Schließlich nennt er transitorische »Normen«, die nach heutigem Verständnis einen (nur) *schuldrechtlichen Charakter* haben.

»Auf den *Tarifvertrag* (im Originaltext hervorgehoben) selbst bezügliche, nämlich Bestimmungen über Anfang und Ende seiner Geltung – dahin gehört z.B. das Versprechen der Arbeitnehmer ›in den nächsten zwei Jahren keine Lohnforderung zu stellen‹ – über seine Kündigung und Erneuerung, über Organe (z.B. Kontrollkommission, Tarifausschuss, Tarifamt, Einigungsamt) und Methoden seiner Auslegung, Ausbreitung, Durchführung und Verbesserung.« (S. 19, 22 f.)

### 4. Die Schwierigkeiten des Umgangs mit der »kollektiven Autonomie«

Die rechtliche Erfassung von Tarifverträgen, mit der sich *Lotmar* sodann ausführlich auseinandersetzt (S. 29–42: »Abschließung«; S. 48–67: »Koalition«; S. 68–88: »Vertretung«), bereitet besondere Probleme, die sich nicht auf die juristische Ebene beschränken.

»Der bisher betrachtete Tathbestand des Tarifvertrags birgt eine Quelle von Schwierigkeiten, die nicht bei allen Vertragsschließungen zu finden ist. Denn es handelt sich beim Tarifvertrag nicht bloß um die Einigung zweier Paciscenten, deren Vertragsinteressen nicht zusammenfallen, sondern es muss auch, weil auf der Arbeitnehmerseite immer und oft auch auf der Arbeitgeberseite eine Mehrheit steht, eine *interne* (im Originaltext hervorgehoben) Einigung jedenfalls für die eine Partei gewonnen werden. Nur wenn sich auf der Arbeitnehmerseite eine Mehrheit auf eine Proposition geeinigt hat, kann eine solche von ihr ausgehen oder angenommen werden. Die Bildung eines einheitlichen Paciscenten aus einer Vielheit von Berufs-

<sup>10</sup> Zur Weiterentwicklung dieser Überlegungen: *Sinzheimer*, Der korporative Arbeitsnormenvertrag, 1. Teil, 1907 (1977), S. 48 ff.

genossen ist natürlich um so schwerer je größer ihre Zahl überhaupt und je kleiner die Zahl derjenigen ist, die schon vor dem Projekt einer Tarifvertragsschließung gemeinsam der Pflege ihrer Berufsinteressen obliegen.« (S. 32)

Bei der Lektüre dieser Sätze fühlt man sich an aktuelle Auseinandersetzungen von »Spezialistengruppen« innerhalb der großen Gewerkschaften erinnert, welche die Grenzen der Bindungsfähigkeit von Großorganisationen unter spezifischen gesellschaftspolitischen Konstellationen aufzeigen.<sup>11</sup>

Ferner verweist *Lotmar* auf den grundsätzlichen Konflikt zwischen den Vertragsparteien, für den es zur Zeit der Niederschrift des Beitrags plastisches Anschauungsmaterial gab, auf das er mit zahlreichen empirischen Hinweisen Bezug nimmt (S. 29–42).

»Zu den bisher besprochenen Schwierigkeiten, die auf der Vielheit der beteiligten Personen beruhen, tritt eine weitere, die in der *Verschiedenheit der Gesellschaftsklassen* (im Originaltext hervorgehoben) wurzelt, der die Parteien angehören. Die Partei der Arbeitnehmer beim Tarifvertrag besteht aus Angehörigen der Arbeiterklasse, während die Arbeitgeberpartei aus Gliedern der Unternehmerklasse, eines Teils der Besitzendenklasse, besteht.« (S. 34)

»Der ökonomische Unterschied der Gesellschaftsklassen, der mit dem privatrechtlichen Par teilgegensatz von Arbeitnehmern und Arbeitgebern bei Eingehung eines Tarifvertrags zusammenzufallen pflegt, erzeugt erfahrungsgemäß vielerlei Hindernisse dieser Eingehung.« (S. 35)

Scheinen die tatsächlichen Probleme lösbar, wie die um die Jahrhundertwende bereits facettenreiche Tarifpraxis zeigt,<sup>12</sup> so erweisen sich die Hürden der geltenden Rechtsnormen und des allgemeinen Rechtsverständnisses nahezu als unüberwindbar, für die »tarifliche Lebenswelt« eine rechtliche Legitimation zu entwickeln. Die Koalitionsfreiheit stand nicht auf der Tagesordnung oder in den Programmen der herrschenden Kräfte des Kaiserreichs. Zwar sprach sich die geltende Gewerbeordnung in § 152 Abs. 1 prinzipiell gegen Koalitionsverbote aus, betonte aber gleichzeitig in § 152 Abs. 2 die rechtliche Unverbindlichkeit von Absprachen. Vor allem wurden durch § 153 GewO Sonderstrafbestimmungen gegen Streikteilnehmer aufgenommen. Diese Regelung, die in Deutschland erst nach der Novemberrevolution durch ein Gesetz vom 22. Mai 1918 abgeschafft wurde, diente nach Aufhebung des »Sozialistengesetzes« (1878–1890) in wachsendem Maße dazu, gewerkschaftliche Solidarität zwischen Streikenden nicht aufkommen zu lassen und durch den koalitionsrechtlichen »Schutz von Arbeitswilligen« organisierte Lohnkämpfe zu verhindern.

Alles dies analysiert *Lotmar* ausführlich und belegt es mit Beispielen aus der Praxis, die vor allem deutlich machen, dass es Lücken und Nischen gibt, die trotz des extrem engen rechtlichen Korsets zu Kompromissen bei Lohn- und Arbeitsbedingungen durch tarifliche Vereinbarungen führen (z.B. S. 51 ff., 55 f., 59). Dies bringt ihn schließlich zur Überlegung, dass sich das Mandat der Koalitionen und damit deren Legitimation aus dem Recht der Stellvertretung nach §§ 164 ff. BGB ableiten lasse (S. 68–88 mit subtilen zivilrechtlichen Erwägungen). Anschauungsmaterial findet er in Großbritannien in den Studien von *Beatrice Sidney Webb*, die der »Kathedersozialist« *Lujo Brentano* (1844–1931) für den deutschen Sprachraum erschlossen hatte.

»Manche englische Gewerkvereine haben es mit dem Erfordernis vollkommener Vorbereitung auf die schwierige Aufgabe eines Vertreters von Arbeitern bei Eingehung von Tarifverträgen so ernst genommen, dass sie sich nicht auf die beliebige Praxis im Betrieb und in der Führung von Unterhandlungen verlassen, sondern die Vorbereitungswege vorschreiben und

<sup>11</sup> Näher *Kittner*, *Arbeitskampf*, 2006, S. 239 ff.; *Zachert*, *Arbeitskampf in Europa – eine Bewertung aus Sicht des deutschen Arbeitsrechts*, NZA Beil. 2/2006, S. 61, 64 ff.

<sup>12</sup> Angaben bei *Kempen/Zachert/Zachert*, TVG, 4. Aufl. 2006, Grundl. Rn. 17 ff.

den Besitz der Vertreterqualifikation durch ein förmliches Examen nachweisen lassen. Das Buch des Ehepaars Webb gibt hierüber sehr interessante Aufschlüsse. Ein solches Verfahren entspricht dem Ernst von Tarifvertragsverhandlungen und der Bedeutung, die einem wohl überlegten Tarifvertrag zukommt. Eine derartige Behandlung dieser Angelegenheit gewährt auch einige Sicherheit, dass von der Vertragsschließung unsachliche Einflüsse auf beiden Seiten ferngehalten werden ... Ein wohlgeordnetes Vertretungswesen kann sich aber auch nur auf der Grundlage starker, d.h. begüterter, haltbarer und umfassender Koalitionen bilden, und deren Stärke ist an ihre rechtliche Anerkennung geknüpft.«

Wie viel auf die Koalitionen als Grundlage der Vertretung ankommt, kann in den folgenden, auf die Praxis des Berliner Gewerbegerichts als Einigungsamt gestützten Sätzen entnommen werden, die sich doch nur auf die gegenwärtigen, rechtlich nicht anerkannten Koalitionen beziehen:

»Auf Seiten der Arbeiter bot sich keine Schwierigkeit. In allen Fällen war eine anerkannte Vertretung der Arbeiter in Form von Agitations-, Lohn-, Strike-Kommisionen vorhanden, an die man sich wenden konnte. Hier zeigt sich der Nutzen der Kampforganisationen der Arbeiter als wesentliches Hilfsmittel für Aufrechterhaltung des sozialen Friedens. Dagegen fehle es, wenn es sich um größere, ein ganzes Gewerbe berührende Differenzen handelt, oft an einer anerkannten Vertretung der Arbeitgeber.« (im Originaltext hervorgehoben) (S. 73 f.)

Mit diesen Ausführungen ist bereits angedeutet, was *Lotmar* an anderer Stelle zusammenfassend betont.

»Vergegenwärtigt man sich zum Abschluss dieser Erörterung noch einmal die vielen und ungemein innigen Beziehungen, die zwischen Koalition und Tarifvertrag obwalten, so muss man einsehen, dass das ganze Tarifvertragswesen, nämlich die Leichtigkeit der Abschlüsse, der persönliche Umfang der Geltung und die Dauerhaftigkeit der Tarifverträge, durch jene rechtliche Anerkennung, Regelung und Beschirmung aller Koalitionen eine noch nicht abschätzbare Förderung erfahren würden.« (S. 77)

Die Geschichte der industriellen Beziehungen hat uns gelehrt, dass Tarifautonomie nur funktionieren kann, wenn, wie *Lotmar* bereits betont, starken Arbeitnehmerorganisationen verlässliche Arbeitgebervereinigungen gegenüberstehen, die als autonome Normgeber für kollektive Vereinbarungen (verfassungs-)rechtlich anerkannt sind. *Lotmars* scharfes, am römischen Recht geschultes juristisches Denken führt ihn zu der wohl einzig möglichen Lösung einer Legitimation der Tarifparteien im Rahmen des geltenden Rechts mit allen damit verbundenen Unzulänglichkeiten.<sup>13</sup> Zugleich weist sein rechtspolitischer Vorschlag, vor allem die Aufhebung des § 152 Abs. 2 GewO (S. 117)<sup>14</sup> im Sinne »des Prinzips Hoffnung« in die Richtung, die nach Vorarbeiten *Hugo Sinzheimer*<sup>15</sup> die Tarifvertragsordnung vom Dezember 1918 und die Weimarer Verfassung vom August 1919 sowie nach der Katastrophe der rechten Diktatur in einem zweiten erfolgreicher Anlauf das Tarifvertragsgesetz vom April und das Grundgesetz vom Mai des Jahres 1949 genommen haben.

### 5. Die Wirkung von Tarifverträgen: individuelle und kollektive Freiheiten

In besonderem Maße innovativ und glänzend entwickelt ist das Kapitel über die Rechtswirkungen von Tarifverträgen (S. 89–115). Daran, dass Tarifverträge *privatautonom legitimiert* sind, ein Gedanke der seit einigen Jahren in der

<sup>13</sup> Genauer hierzu *Martin Becker* (Fn. 8), S. 264 ff.; *Dorndorf* (Fn. 4), Die Entstehung, S. 246 f.

<sup>14</sup> *Martin Becker* spricht von einer »Doppelstrategie« (Fn. 8), S. 266; *Lotmar* hat diesen Gedanken ebenso wie weitere Aspekte später aufgegriffen und vertieft: Empfiehlt sich die gesetzliche Regelung des Tarifvertrages? (1908), in: *Rückert* (Fn. 4), S. 565 ff.

<sup>15</sup> Vor allem *Sinzheimer*, Der Tarifgedanke in Deutschland (1915), in: *Kahn-Freund/Ramm*, Bd. 1 (Fn. 7), S. 150; *ders.* (Fn. 10); *ders.*, Ein Arbeitstarifgesetz – Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht (1916).

Tarifdiskussion an Zustimmung gewinnt,<sup>16</sup> konnte für *Lotmar* kein Zweifel bestehen (S. 89 f.), denn die einschlägigen staatlichen Normen der §§ 152, 153 GewO waren weit davon entfernt, das Zustandekommen von Tarifverträgen zu fördern. Immerhin erscheint es rechtshistorisch nicht uninteressant, sich diesen Ausgangspunkt auch in der aktuellen Debatte zu vergegenwärtigen. Die empirisch nicht bestreitbare Wirkung von Tarifverträgen begründet *Lotmar* rechtlich in zweifacher Weise: Sie müsste jedenfalls gewohnheitsrechtlich hergeleitet werden können (S. 92), ergebe sich aber auch aus dem geschriebenen Recht. So lege § 612 Abs. 2 BGB ausdrücklich fest, dass beim Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung als vereinbart anzusehen sei, wenn die Höhe der Vergütung nicht bestimmt werde.

433

Bemerkenswert erscheint in diesem Zusammenhang, dass *Lotmar* davon ausgeht, Tarifverträge würden automatisch in den Arbeitsvertrag inkorporiert.<sup>17</sup> Dies ist noch nicht die normative Wirkung, die § 4 Abs. 1 TVG anordnet. Jedoch weisen *Lotmars* Ausführungen bereits entschieden über die Rechtslage in England hinaus. Dort sind bis heute Tarifverträge ohne ausdrückliche Vereinbarung zwischen den Tarifparteien, die in der Regel nicht erfolgt, unverbindlich.<sup>18</sup>

»Allein ihre Festsetzung im Tarifvertrag hat die Folge – und dies ist eine *Rechtswirkung des Tarifvertrags* – (im Originaltext hervorgehoben), dass sie auch ohne Festsetzung im Arbeitsvertrag dennoch als Bestandteile desselben für das Arbeitsverhältnis gelten, dass sie von den Paciscenten des Arbeitsvertrags in diesen nicht erst aufgenommen zu werden brauchen, weil sie kraft des für die Paciscenten verbindlichen Tarifvertrags ohne weiteres *Bestandteile* (im Originaltext hervorgehoben) ihres Arbeitsvertrages sind.« (S. 98)

*Lotmar* geht sodann noch einen Schritt weiter. Er befürwortet im Verhältnis des Tarifvertrages zum Arbeitsvertrag den *Vorrang des Tarifvertrages*. Dies ist die entscheidende Weichenstellung, die Tarifrecht und Betriebspraxis bis heute geprägt hat.<sup>19</sup>

»Mit dem Abschluss oder der Genehmigung eines Tarifvertrages sagen die hierdurch von ihm betroffenen Arbeiter und Arbeitgeber (die Parteien) einander zu, im *Geltungsbereich des Tarifvertrags keinen Arbeitsvertrag abzuschließen zu anderen Bedingungen als den im Tarifvertrag festgesetzten* (im Originaltext hervorgehoben). Aus dieser Zusage werden die Parteien gegen einander berechtigt und verpflichtet, in jenem Bezirk nur tarifmäßige Arbeitsverträge abzuschließen.« (S. 99)

»Die eigentümliche Natur des Tarifvertrags macht sich dann geltend, wenn von ihm abweichende Arbeitsverträge abgeschlossen werden, indem das Kollektivversprechen, das die Mehrheit gegeben, oder empfangen hat, sich gegen den Versuch individueller Abweichung dergestalt durchsetzt, dass dieser Versuch misslingt, und die kollektiv vereinbarten Lohn- und Arbeitsbedingungen sich jedem Arbeitsvertrag mitteilen.

Diese Präponanz des Tarifvertrags über den Arbeitsvertrag, die den Haupttitel seines privatrechtlichen Wertes ausmacht, steht mit allgemeinen Grundsätzen nicht im Widerspruch ...« (S. 115)

Es fällt auf, dass in diesem Zusammenhang »betriebliche Regelungen« ins Blickfeld *Lotmars* gelangen. Auch insoweit bejaht er den Vorrang des Tarifvertrages. Bei allen Unterschieden zur aktuellen Kontroverse um den Tarifvorrang gegenüber Betriebsvereinbarungen nach § 77 Abs. 3 BetrVG spielte jedoch damals ebenso wie heute die Frage eine Rolle, welche Rechtsquelle die bessere oder stärkere Legitimation habe. *Arbeitsordnungen* waren zu *Lotmars* Zeit *einsitzige Rechtsakte* des Unternehmers. Deshalb lag die Argumentation nahe, dass

<sup>16</sup> Nur ErfK/Dieterich, 7. Aufl. 2007, Art. 9 GG Rn. 54 ff. mit Nachw.

<sup>17</sup> Anders insoweit wohl Ramm (Fn. 2), S. 221.

<sup>18</sup> Hierzu Zachert, Gedanken zur Vertragsfreiheit im Arbeitsrecht aus rechtsvergleichender Sicht, in: FS Richardi, 2007, S. 111, 114 ff. mit Nachw.

<sup>19</sup> Zur Wirkung über die deutsche Rechtskultur hinaus: Nogler (Fn. 4), S. 128, 131 ff.

die *vertragliche Rechtsgrundlage des Tarifvertrages* im Zweifel das Recht ist, welches sich gegenüber dem einseitig erlassenen durchsetzt.

»Die Gewerbeordnung lehrt, dass wenigstens in gewissen Fällen der individuelle Arbeitsvertrag gegenüber der generellen Arbeitsordnung nicht aufkommen kann. Ist solches nun schon bei Arbeitsordnung möglich, so kann es umso eher und in weiterem Umfang für den Tarifvertrag angenommen werden. Der Tarifvertrag ist ein *Vertrag* (im Originaltext hervorgehoben), die Arbeitsordnung, wie von vielen und mit guten Gründen gelehrt wird, eine *einseitige* (im Originaltext hervorgehoben) Verfügung. Kann der Urheber einer solchen von ihren Bestimmungen nicht immer in Arbeitsverträgen abweichen, so ist eine solche Unstatthaftigkeit gegenüber einer *zweiseitigen* (im Originaltext hervorgehoben) Regelung noch einleuchtender.« (S. 112)

Aus allem ergibt sich geradezu notwendig, dem Tarifvertrag somit eine *zwingende Wirkung* zuzuschreiben. Er wird eine Rechtsquelle »*sui generis*« (S. 99).

»Den Tarifvertrag in seinen wesentlichen Bestimmungen für nicht derogierbar erklären heißt ihm eine Ordnung zuzuschreiben, die vom Gesetz ausgehend als zwingend bezeichnet wird.« (S. 108)

Die nach wie vor oder sogar zunehmend schwierige Balance zwischen individuellen und kollektiven Freiheiten, deren Scharnier im geltenden Recht das Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 TVG ist,<sup>20</sup> gerät dagegen noch nicht in *Lotmars* Blickfeld. Gleichwohl war mit diesen Überlegungen die Richtung vorgegeben, und *Sinzheimer* greift keinen Deut zu hoch, wenn er in der Würdigung des hier vorgestellten Beitrags von *Lotmar* schreibt: »*Lotmar* kann überhaupt als der rechtswissenschaftliche Entdecker des Tarifvertrags in Deutschland gelten«.<sup>21</sup>

## 6. Noch einmal: Was bleibt?

*Lotmars* Beitrag, der fast den Charakter einer kleinen Monografie über kollektives Arbeitsrecht aufweist, gäbe noch Stoff für weitere »Entdeckungen«. Dazu zählen seine Ausführungen über Konfliktlösungen wie Schlichtungen (S. 42–48) und skizzenhafte Überlegungen eines gesetzlichen Rahmens des Tarifvertragsrechts (S. 116–122). Statt weiterer Erläuterungen sollen hier jedoch noch einmal einige markante Aspekte des Textes, die über die Zeit hinausweisen, hervorgehoben werden.

Überraschend und faszinierend an der Person und am Werk *Lotmars* ist zunächst die »Koexistenz« zweier grundlegend unterschiedlicher Denkschulen bzw. -richtungen, nämlich der vom romanischen Recht geprägten Pandektenwissenschaft und des Positivismus einerseits<sup>22</sup> sowie der Rechtstatsachenforschung, die es als wissenschaftlichen Zweig um die Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert noch gar nicht gab<sup>23</sup> und als deren Begründer *Eugen Ehrlich* gilt.<sup>24</sup> Zugleich besaß er fundierte Kenntnisse historischer und ökonomischer Zusammenhänge, verbunden mit einem ausgesprochenen Gespür für soziale Fragen.<sup>25</sup> Die methodisch präzise und strenge Rechtsschule der romanistischen Pandektistik trug dazu bei, dass er mit der Norm und an der Norm argumentierte, also das Recht bei allen Auslegungsspielräumen nicht verdrehte.

<sup>20</sup> Ausführlich mit Nachw.: Kempen/Zachert/Zachert, TVG, § 4 Rn. 258 ff.

<sup>21</sup> *Sinzheimer*, Jüdische Klassiker (Fn. 7), S. 207, 218.

<sup>22</sup> Hierzu mit Differenzierungen *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1967, S. 430 ff.

<sup>23</sup> Hierzu *Rebbinder*, Vorwort des Herausgebers (Fn. 5), S. 30 ff.

<sup>24</sup> *Ehrlich*, Grundlagen der Soziologie des Rechts, 1913; zu ihm: *Sinzheimer*, Jüdische Klassiker (Fn. 7), S. 187 ff.; *Röhl*, Rechtssoziologie, 1987, S. 28 ff.

<sup>25</sup> Zum Hintergrund insoweit *Rückert*, Philipp Lotmars Konzeption von Freiheit und Wohlfahrt durch »soziales Recht«, in: *ders.* (Fn. 1), S. XXXII ff.; *Rebbinder*, Vorwort des Herausgebers (Fn. 5), S. 17, 19 ff.

Zugleich setzte ihn der Blick über den Zaun der Juristerei in die Lage, soziale Verwerfungen zu erkennen und rechtsdogmatische sowie rechtspolitische Vorschläge zu machen, um diese zu überwinden.<sup>26</sup> Das alles hat nichts an Aktualität verloren.

435

Ein anderer Aspekt, der nicht hoch genug eingeschätzt werden kann, ist *Lotmars* Erkenntnis, dass das Zivilrecht mit allen Hilfskonstruktionen wie der der Stellvertretung zu kurz greift, um »das Phänomen kollektiver Regelungen der Arbeitsbedingungen« durch die Verbände zu erfassen. Damit war die »Koalitionsfreiheit als neuer Grundrechtstyp«<sup>27</sup> noch nicht aus der Taufe gehoben. Jedoch ist es in dem Beitrag nicht nur angelegt, vielmehr weist *Lotmar* ausdrücklich darauf hin,<sup>28</sup> dass die facettenreiche Tarifpraxis dazu drängt, den Verbänden und ihren Aktivitäten die rechtliche Legitimation nicht zu versagen. Damit zusammenhängend lassen sich aus der Entwicklung des nationalen Tarifrechts mit aller gebotenen Vorsicht Erkenntnisse für die Diskussion um »Tarifvereinbarungen auf europäischer Ebene« ziehen. Auf europäischer Ebene existieren zurzeit knapp 230 »Branchenvereinbarungen« zwischen europäischen Branchengewerkschaften und Arbeitgeberverbänden mit Themen, die von den Arbeitsbedingungen bis zur Nichtdiskriminierung reichen. Hierzu kommen knapp 100 transnationale Vereinbarungen dieser Art, die europäische Betriebsräte mit den Unternehmen abgeschlossen haben. Dies ist sicher erst ein Anfang, und es geschieht bislang ohne klare Rechtsgrundlage. Deshalb hat die Europäische Kommission im Februar 2005 den Vorschlag eines Rahmens für transnationale Tarifverträge erarbeitet.<sup>29</sup> Vorschläge für Konfliktlösungen vor allem durch Formen einer Schlichtung liegen ebenfalls vor.<sup>30</sup> Die Umsetzung dieser Ausarbeitungen erweist sich allerdings als ausgesprochen zäh und schwierig. Wem die Entwicklung nicht schnell genug geht, mag sich an die Entstehung des nationalen Tarifrechts erinnern. Der Tarifgedanke hat sich auf dieser Ebene praktisch durchgesetzt, ehe er rechtlich erfasst wurde. Es mag sein, dass die Entwicklung auf transnationaler Ebene ähnlich verlaufen wird.

26 Vgl. wiederum *Rehbinder*, Vorwort des Herausgebers (Fn. 5), S. 17 ff.; *Zachert* (Fn. 4), S. 1, 3 f.

27 Kempen/Zachert/Kempen, TVG, Grundl. Rn. 56 ff.

28 Siehe unter 4. dieser Ausführung am Ende.

29 Jüngst *Zachert*, Europäische Kollektivverträge – Wahnsinn ohne Grenzen oder ein Gebot der Vernunft?, in: FS Hromadka, 2007 im Erscheinen.

30 *Valdés dal-Ré* (Hrsg.), Labour Conciliation, Mediation and Arbitration in European Union Countries, 2003; *Brenninkmeijer/Sprengers/Roo/Jagtenberg* (Hrsg.), Effective Resolution of Collective Labour Disputes, 2006.