

# Einleitung

## I. Allgemeine Zielsetzung – Forschungsstand

### 1. Problemdefinition

Die von *Theodor Tomandl* im Jahr 1969 getroffene Feststellung, dass 50 Jahre Praxiserfahrung mit dem kollektiven Arbeitsrecht nicht ausgereicht hätten, um die Grundfragen dieses Rechtsgebiets zu beantworten,<sup>1)</sup> hat auch Jahrzehnte später nichts an ihrer Berechtigung verloren. Geschuldet ist diese nach wie vor zu konstatierende Unsicherheit im Umgang mit dem kollektiven Arbeitsrecht wohl dem diesem Regelungskomplex eigentümlichen Dualismus von individuellem Freiheitsanspruch einerseits und Fremdbestimmung durch kollektive Machtverbände andererseits, deren effektivste Einwirkungsmöglichkeit darin besteht, die Arbeitsbedingungen des Einzelarbeitsverhältnisses durch die von der Arbeitsrechtsordnung zur Verfügung gestellten Regelungsinstrumente – KollV und BV – normativ zu gestalten. Was dabei soziologisch als Antagonismus von Individualismus und Kollektivismus beschrieben wird,<sup>2)</sup> materialisiert sich aber auf der Ebene des Rechts als Konflikt mit dessen Kernfunktion, die freie Selbstbestimmung des Einzelnen zu sichern und zu garantieren.<sup>3)</sup> Dieser fundamentalen Konfliktkonstellation wird aber dadurch die Spitze genommen, dass speziell der kollektivvertraglichen Rechtsgestaltung großes Vertrauen entgegengebracht wird. Lehre und Rechtsprechung begreifen den KollV als ein Instrument, gerechte und inhaltlich ausgewogene Arbeitsbedingungen zu erzeugen und sehen damit im Ergebnis des kollektivvertraglichen Verhandlungsprozesses einen angemessenen Ausgleich antagonistischer Inte-

---

<sup>1)</sup> *Tomandl*, Der Kollektivvertrag – doch ein Instrument des Privatrechts I, ZAS 1969, 161.

<sup>2)</sup> Dazu grundlegend *Floretta*, Struktur und Strukturwandel im Arbeitsrecht, DRdA 1962, 157 (163 ff). Es geht um den Konflikt zwischen der als „Individualismus“ etikettierten Freiheitsidee (*Messner*, Lohngerechtigkeit heute, in *Mayer-Maly/Richardi/Schambeck/Zöllner* [Hrsg.], Arbeitsleben und Rechtspflege. Festschrift für Gerhard Müller [1981] 717 [718]) einerseits und der mit dem Schlagwort „Kollektivismus“ bezeichneten Konzeption der Schutzrealisierung durch kollektive Machtverbände andererseits (*Karakatsanis*, Die kollektivrechtliche Gestaltung des Arbeitsverhältnisses und ihre Grenzen [1963] 70).

<sup>3)</sup> Dies gilt speziell für das Privatrecht: *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 89 ff und *ders*, Fundamentale Rechtsgrundsätze. Zur rechtsethischen Verfassung der Sozietät (1988) 190 ff, 291. Siehe auch *Lindner*, Fremdbestimmung durch Selbstbestimmung – Die „Entscheidungsalternative“ als Grundrechtsproblem, AöR 140 (2015) 542 (543): Selbstbestimmung als „Paradigma unserer Rechtsordnung“.

ressenpositionen verwirklicht.<sup>4)</sup> Die solcherart dem KollV zuerkannte „Richtigkeitsgewähr“ lässt sich insoweit als Paradigma des kollektiven Arbeitsrechts auffassen. Ob aber der KollV in allen Fällen als der idS uneingeschränkt „richtige“ Vertrag gelten kann, ist die zentrale Forschungsfrage der vorliegenden Untersuchung.

Zweifel daran ergeben sich vor allem aus der Grundvoraussetzung für die Zuerkennung der Richtigkeitsgewähr. Ein rechtliches Regelwerk kann nur dann als „richtig“ gelten, wenn diejenigen, für die dadurch Rechtswirkungen erzeugt werden sollen, ihre Ermächtigung dazu gegeben haben.<sup>5)</sup> Oder anders ausgedrückt: Die für die Richtigkeitsgewähr des KollV zwingend erforderliche Legitimation kollektivvertraglicher Normsetzung,<sup>6)</sup> diese wiederum verstanden als Geltungsvoraussetzung kollektivvertraglich erzeugter Normen,<sup>7)</sup> ist dort

<sup>4)</sup> Siehe dazu stellvertretend *Karl/Marhold*, Der Mindestlohn im Arbeitsrecht. Zwischen Kollektivautonomie und Gesetzeszwang, *Gesellschaft & Politik* 2012, H 1–2, 1; *Binder*, Kollektives Arbeitsrecht<sup>5</sup> (2009) 17; *Jabornegg*, Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten durch Kollektivvertrag und Betriebsvereinbarung und deren gerichtliche Kontrolle, in *Jabornegg/Resch/Stoffels*, Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht (2007) 1 (4); *Rebhahn/Kietaihl*, Nachwirkung kollektivvertraglicher Zulassungsnormen, *ecolex* 2005, 54 (57); *Runggaldier*, Grenzen der Kollektivvertragsautonomie bei der Regelung des Entgelts (1995) 107; *dens*, Kollektivvertragliche Mitbestimmung bei Arbeitsorganisation und Rationalisierung (1983) 36; *Marhold*, Aktuelle Probleme des österreichischen Kollektivvertragsrechts, in *Heinze/Söllner* (Hrsg), Arbeitsrecht in der Bewährung. Festschrift für Otto Rudolf Kissel (1994) 735; OGH 22. 1. 2020, 9 ObA 125/19a; 8 ObA 20/12t DRdA 2013, 262 = ZAS-Judikatur 2013/4, 26 = wbl 2013/37, 102 = RdW 2013/91, 94 = infas 2013 E 6 = ARD 6282/4/2012; 9 ObA 112/11b RdW 2012/43, 36 = infas 2012 A 33 = ARD 6206/1/2012; auch der EuGH äußert sich in diese Richtung: EuGH C-45/09, *Rosenblatt*, Slg 2010, I-9391 Rz 41, 68f, 76 = EuZA 4 (2011) 373 (Besprechungsaufsatz von *Maschmann*) = NJW 2010, 3767 (*Bauer/von Medem*) = DB 2010, 2339 = ZESAR 2011, 227 (mit Besprechungsaufsatz von *Joussen*); verb Rs C-297/10 und C-298/10, *Hennigs und Mai*, Slg 2011, I-7965 Rz 65f, 92 = DRdA 2012/26, 379 (*Felten*) = EuZA 5 (2012) 225 (Besprechungsaufsatz von *Forst*) = NZA 2011, 1100 = DÖV 2011, 896 = EuZW 2011, 883 = ZESAR 2012, 234 (*Mair*).

<sup>5)</sup> *Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht. Funktionsweise und Qualitätsmerkmale gesetzlicher Regelungsmuster (2010) 100; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht. Ein Lehrbuch I (1997) 285; *A. Wiedemann*, Die Bindung der Tarifnormen an Grundrechte, insbesondere an Art. 12 GG (1994) 208; *Mayer-Maly*, Privatrechtliche Probleme der wirtschaftlichen und sozialen Selbstverwaltung, in *Wissenschaftliche Abteilung der Bundeswirtschaftskammer* (Hrsg), Probleme der wirtschaftlichen und sozialen Selbstverwaltung (1967) 71 (73f).

<sup>6)</sup> *Waltermann*, Fehlentwicklungen in der Leiharbeit, NZA 2010, 482 (487); *Windbichler*, Das Spannungsverhältnis von Kollektivautonomie und Privatautonomie im Arbeitsleben, in *Rüthers* (Hrsg), Der Konflikt zwischen Kollektivautonomie und Privatautonomie im Arbeitsleben (2002) 101 (102); *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I 285; *Kreiling*, Die Erstreckung betrieblicher und betriebsverfassungsrechtlicher Tarifnormen auf Außenseiter (2004) 216; *Löwisch*, Die Voraussetzungen der Tariffähigkeit, ZfA 1970, 295 (303).

<sup>7)</sup> *Giesen*, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb. Gegenstand und Reichweite betrieblicher und betriebsverfassungsrechtlicher Tarifnormen (2002) 185;

zweifelhaft, wo die Regelungsadressaten den Regelsetzern den Auftrag zur normativen Gestaltung ihrer Rechtsbeziehungen versagen. Bezogen auf den Prozess kollektivvertraglicher Rechtsgestaltung ist diese Situation bei jenen AN gegeben, die sich dafür entschieden haben, dem ÖGB, als der dominierenden Kollektivvertragspartei auf Arbeitnehmerseite, nicht beizutreten, die sich also in der Terminologie des ArbVG dafür entschieden haben, „Außenseiter“ (§ 12 Abs 1 aE ArbVG) zu bleiben. Die Annahme von der Richtigkeitsgewähr des KollV wird damit aber gegenüber den Außenseitern brüchig. Ob daher der KollV auch für die Außenseiter als der uneingeschränkt „richtige“ Vertrag gelten kann, ist das zentrale Erkenntnisinteresse der vorliegenden Untersuchung.

## 2. Stand der Forschung

### 2.1. Gesetzliche Außenseiterwirkung des Kollektivvertrags

Die rechtsdogmatische Forschung hat sich bislang mit der Frage, ob die Richtigkeitsgewähr des KollV angesichts des nicht gelösten Legitimationsproblems auch für die Gruppe der Außenseiter Geltung beanspruchen kann, nicht beschäftigt. Gegenstand der Forschung ist bislang nur ein Teilausschnitt des Untersuchungsthemas, nämlich die Frage nach der Kompatibilität der durch § 12 Abs 1 ArbVG angeordneten Erstreckung kollektivvertraglicher Regelungsinhalte auf jene AN, die nicht Mitglied der den KollV auf Arbeitnehmerseite abschließenden freiwilligen Interessenvereinigung sind (sog „Außenseiterwirkung“), mit den Vorgaben und Wertentscheidungen der Rechts(Verfassungs-)ordnung. Die Beschäftigung damit ist wiederum im Zusammenhang mit der in den späten 60er und frühen 70er Jahren des vergangenen Jahrhunderts intensiv geführten Diskussion um die Rechtsnatur und den rechtlichen Geltungsgrund kollektivvertraglicher Rechtserzeugung zu sehen, war doch die Existenz der gesetzlichen Außenseiterwirkung des KollV Initialzündung für diese damals überaus kontrovers geführte Debatte<sup>8)</sup> und darüber hinaus gleichzeitig auch der Prüfstein für die Überzeugungskraft der in diesem Zusammenhang von der Forschung erarbeiteten Deutungsmuster.

Ob in diesem Kontext die gesetzlich angeordnete Außenseiterwirkung des KollV als verfassungskonform angesehen werden kann, wird von der Lehre kontrovers beurteilt. Neben Vertretern, die für den österreichischen Rechtsbereich die gesetzliche Außenseiterwirkung des KollV aus rechtlicher Perspektive

---

*Arnold*, Differenzierungsklauseln – Legitimatorisch betrachtet, in *Lobinger/Richardi/Wilhelm* (Hrsg), Festschrift für Eduard Picker (2010) 873 (877f); *ders*, Betriebliche Tarifnormen und Außenseiter (2007) 186f, 272, 330, 355; *Coester*, Vorrangprinzip des Tarifvertrages (1974) 45; *Zöllner*, Die Rechtsnatur der Tarifnormen nach deutschem Recht. Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Rechtssetzung und Privatautonomie (1966) 7; *Biedenkopf*, Grenzen der Tarifautonomie (1964) 52, 59, 121.

<sup>8)</sup> *Holzner*, „Legitimationsprobleme“ der Satzung? DRdA 1994, 7.

als unproblematisch erachten,<sup>9)</sup> identifizieren andere die Normerstreckung auf Außenseiter insbesondere vor der Folie des Verfassungsrechts als rechtlich klärungsbedürftig,<sup>10)</sup> während wieder andere Vertreter angesichts der mit der gesetzlichen Außenseiterwirkung des KollV verbundenen rechtlichen Spannungen den Wunsch nach einer verfassungsrechtlichen Absicherung derselben artikulieren.<sup>11)</sup> Die mehr problemverschleiende als erklärende Einordnung der gesetzlichen Außenseiterwirkung des KollV als „Spezifikum“,<sup>12)</sup> Charakteristikum<sup>13)</sup> oder als „Austriaca“<sup>14)</sup> kann jedenfalls nicht darüber hinwegtäuschen, dass die gesetzlich angeordnete Erstreckung kollektivvertraglicher Regelungsinhalte auf Nicht-Gewerkschaftsmitglieder vor dem Hintergrund des Basisaxioms des Privatrechts, das sich durch die allein von der eigenen Willensentscheidung determinierte Möglichkeit zur Selbstregelung der eigenen Rechtsbeziehungen kennzeichnet,<sup>15)</sup> in der Tat „radikal“<sup>16)</sup> ist. Dadurch, dass

<sup>9)</sup> *Firlei*, Flucht aus dem Kollektivvertrag – Rechtsfragen zur Verlagerung, Dezentralisierung und Auflösung seiner Ordnungs- und Schutzfunktionen – Schluss, DRdA 2001, 221 (229); *Floretta*, Schlußwort, in *Floretta/Strasser* (Hrsg.), Die kollektiven Mächte im Arbeitsleben (1963) 77.

<sup>10)</sup> *Schrank*, Legitimationsprobleme der Satzung von Kollektivverträgen, in *Martinek/Cerny/Floretta/Holzer/Krejci/Kuderna* (Hrsg.), Arbeit, Recht und Gesellschaft. Festschrift für Walter Schwarz (1991) 801 (802); *Tomandl*, ZAS 1969, 170 f; *Adomeit*, Zur Theorie des Tarifvertrages, RdA 1967, 297 (305 FN 40).

<sup>11)</sup> *Martinek*, Kollektivvertragsautonomie und Gleichbehandlung, in Dimensionen und Perspektiven des Rechts. Festschrift für Wilhelm Rosenzweig (1988) 329 (331); *Schantl*, Die Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivverträgen (Satzungserklärung) im System der Rechtserzeugungsmethoden, ZAS 1969, 172 (177); siehe dazu auch *Cerny*, Grundsätze und Probleme des Kollektivvertragsrechts, in *Achitz/Maßl* (Hrsg.), Zeitenblicke. Sozialpolitik im Wandel (2010) 145 (152) und *dens*, Entwicklung der Arbeitsverfassung aus der Sicht der Arbeitnehmer, in *Grillberger* (Hrsg.), 30 Jahre ArbVG (2005) 9 (19).

<sup>12)</sup> So *Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>13</sup> (2017) Rz 3/118; siehe weiters *Pfeil* in *Gahleitner/Mosler* (Hrsg.), Arbeitsverfassungsrecht II<sup>6</sup> (2020) § 12 Rz 2; *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht<sup>3</sup> (2016) 492; *Cerny*, Arbeitsbeziehungen und soziales Gleichgewicht, in *Achitz/Maßl* (Hrsg.), Zeitenblicke. Sozialpolitik im Wandel (2010) 59 (62 f); *Loritz*, Das Schicksal kollektivvertraglich gestalteter Arbeitsbedingungen nach Verbandsaustritt des Arbeitgebers oder Betriebsübergang, in *Tomandl* (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Kollektivvertragsrechts (2003) 87 (90); *Marhold*, Kollektivarbeitsrecht<sup>2</sup> (1999) 73.

<sup>13)</sup> *Strasser*, Kollektivvertrag und Verfassung (1968) 19; *Tomandl*, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie in österreichischer Sicht, in *Duvernell* (Hrsg.), Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Probleme der modernen Demokratie (1968) 127 (139).

<sup>14)</sup> *Tomandl*, Der Kollektivvertrag – doch ein Instrument des Privatrechts II, ZAS 1969, 206 (211).

<sup>15)</sup> So die klassisch gewordene Definition der „Privatautonomie“ gegeben von *Flume*, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in *von Caemmerer/Friesenhahn/Lange* (Hrsg.), Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860–1960 I (1960) 135 (136) und *dens*, Das Rechtsgeschäft II<sup>2</sup> (1975) 1; ähnlich auch die Definition von *Bydlinski*, System 147: Privatauto-

kraft Gesetzes das Grundprinzip, Mitglied der freiwilligen Interessenvereinigung sein zu müssen, um vom Regelungsinhalt des KollV normativ erfasst zu werden (§ 8 Z 1 ArbVG), aufgehoben wird, unterwirft das ArbVG den Außenseiter der Fremdbestimmung durch Regelseiter,<sup>17)</sup> zu denen der Außenseiter selbst in keiner rechtlichen Beziehung steht.<sup>18)</sup> Bereits an dieser Stelle wird deutlich, dass dieser Effekt der gesetzlichen Außenseiterwirkung des KollV sich nicht mit der deutungsmächtig gewordenen Einordnung des KollV als „Institut des Privatrechts“<sup>19)</sup> vereinbaren lässt.

Diese Inkonsistenz<sup>20)</sup> hat die Lehre veranlasst, unterschiedliche Deutungsansätze zu entwickeln, um diesen Effekt der gesetzlichen Außenseiterwirkung des KollV mit den Wertungsvorgaben der Verfassungsordnung zu harmonisieren. Favorisiert wird dabei der Rekurs auf das Erkenntnis des VfGH vom 29. September 1994,<sup>21)</sup> worin der VfGH davon spricht, an der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des KollV nicht zu zweifeln.<sup>22)</sup> Diese verfassungsrechtliche „Unbedenklichkeitsbescheinigung“ kann durch den vom VfGH selbst vorgenommen Verweis auf die einfachgesetzliche Rechtslage der Jahre 1919/20 aber nur für das Rechtsinstitut „Kollektivvertrag“ an sich gelten, nicht aber für die gesetzliche Außenseiterwirkung des KollV. Indem der VfGH seine Argumentation zentral auf der einfachgesetzlichen Rechtslage der Jahre 1919/20 aufbaut, scheidet der Versuch, die gesetzliche Außenseiterwirkung des KollV als verfassungskonforme Rechtswirkung des KollV erklären zu können,

nomie bedeute, dass „die Beteiligten selbst eine rechtliche Regelung für sich nach ihrem rechtlich freien Willen setzen können“.

<sup>16)</sup> *Holzer*, Kollektivvertragsunterworfenheit des Arbeitgebers bei Verbandsaustritt und bei Betriebsübergang, in *Martinek/Wachter* (Hrsg), Arbeitsleben und Rechtsordnung, Festschrift für Gerhard Schnorr (1988) 117.

<sup>17)</sup> Betont von *Pernthaler*, Das Problem der verfassungsrechtlichen Einordnung (Legitimation) des Kollektivvertrages, ZAS 1966, 33 (38).

<sup>18)</sup> Dies betont auch *Strasser* in *Floretta/Strasser*, ArbVG-Handkommentar (1975) 98.

<sup>19)</sup> Stellvertretend dafür: *Marhold/Friedrich*, Arbeitsrecht<sup>3</sup> 456f; *Strasser/Jabornegg*, Kollektives Arbeitsrecht<sup>4</sup> (2001) 103; *Floretta*, Die Rechtsnatur der Quellen des kollektiven Arbeitsrechtes (Kollektivvertrag, Satzung, Betriebsvereinbarung), in *Floretta/Kafka*, Zur Rechtstheorie des kollektiven Arbeitsrechtes (1970) 5 (28).

<sup>20)</sup> Hinweis darauf bei *Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>13</sup> Rz 3/064 und *Jabornegg*, Grenzen kollektivvertraglicher Rechtssetzung und richterliche Kontrolle, JBl 1990, 205 (206).

<sup>21)</sup> So etwa von *Pfeil* in *Gahleitner/Mosler*, Arbeitsverfassungsrecht II<sup>6</sup> § 12 Rz 5; *Berka*, Verfassungsrecht. Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium<sup>7</sup> (2018) Rz 664; *Jabornegg/Resch/Födermayr*, Arbeitsrecht<sup>6</sup> (2017) Rz 733; *Öhlinger*, Die Verankerung von Selbstverwaltung und Sozialpartnerschaft in der Bundesverfassung, JRP 2008, 186 (191 FN 38); *Tomandl*, Anm zu VfGH 29. 9. 1994, V 85, 86/92, ZAS 1995/15, 138 (141).

<sup>22)</sup> VfGH V 85, 86/92 VfSlg 13.880 = DRdA 1995, 58 = DRdA 1996/2, 30 (*Rebhahn*) = ZASB 1995, 9 = ZAS 1995/15, 135 (*Tomandl*) = ÖJZ-VfGH 1996/2, 472 = wbl 1995, 212 = ZfVB 1995/1545 = ZfVB 1995/1591 = ZfVB 1995/1627 = ZfVB 1995/1644 = ARD 4635/26/95.

da die nunmehr von § 12 Abs 1 ArbVG statuierte Außenseiterwirkung des KollV erst im Jahr 1930 mit dem ATerrG<sup>23)</sup> in die österreichische Rechtsordnung implementiert wurde. Ähnliches gilt für die Berufung<sup>24)</sup> auf die Anfang der 1970er Jahre abgegebenen Stellungnahmen des VfGH<sup>25)</sup> und des OGH,<sup>26)</sup> worin sich beide Höchstgerichte zur Notwendigkeit einer verfassungsrechtlichen Absicherung der kollektivvertraglichen Rechtsgestaltung äußern. Auch hier ist der entscheidende Argumentationspunkt die vom Bundesverfassungsgesetzgeber im Jahr 1920 vorgefundene einfachgesetzliche Rechtslage, die beide Höchstgerichte zu dem Schluss gelangen lässt, die normative Rechtsgestaltung durch KollV für verfassungskonform zu erachten.<sup>27)</sup> Aber auch hier erschüttert die zeitliche Geschehensabfolge die Überzeugungskraft der Argumentation. Akzeptiert man, dass präkonstitutionelle Rechtszustände in der Lage sind, geltende verfassungsrechtliche Vorgaben einzuschränken oder zu relativieren, versagt dieser subjektiv-historisch fundierte Deutungsansatz dann, wenn sich der behauptete Rechtszustand rechtshistorisch nicht nachweisen lässt, was aber bei der gesetzlichen Außenseiterwirkung des KollV der Fall ist, erlangte diese doch als Bestandteil des ATerrG erst fast zehn Jahre *nach* Inkrafttreten des B-VG<sup>28)</sup> einfachgesetzliche Rechtsgeltung.<sup>29)</sup>

Für andere Deutungsversuche, die heteronome Erfassung von nichtorganisierten AN durch kollektivvertragliche Normen in das Wertsystem der Rechts(Verfassungs-)ordnung zu integrieren, sind wiederum praktische Notwendigkeiten und Opportunitäten prägend. Vertreter dieses Ansatzes berufen sich auf die soziale Schutzfunktion des KollV, die im Wege der gesetzlichen Außenseiterwirkung des KollV auch den Nicht-Gewerkschaftsmitgliedern zugute kommen soll,<sup>30)</sup> betonen das Erfordernis, dass im betrieblichen Bereich gleiche Arbeitsbedingungen für alle AN unabhängig von ihrer Organisationszugehörigkeit gelten müssen und sehen die gesetzliche Außenseiterwirkung des

<sup>23)</sup> BGBl 1930/113.

<sup>24)</sup> Löschnigg, Arbeitsrecht<sup>13</sup> Rz 3/066; Marhold/Friedrich, Arbeitsrecht<sup>3</sup> 456.

<sup>25)</sup> Verfassungsgerichtshof, Stellungnahme des VfGH, DRdA 1972, 106 ff.

<sup>26)</sup> Oberster Gerichtshof, Stellungnahme des OGH, DRdA 1972, 103 ff.

<sup>27)</sup> Verfassungsgerichtshof, DRdA 1972, 106; Oberster Gerichtshof, DRdA 1972, 103.

<sup>28)</sup> Das B-VG ist am 10. 11. 1920 (= Tag der 1. Sitzung des NR) in Kraft getreten: Art 151 Abs 1 idF BGBl 1920/1.

<sup>29)</sup> Das ATerrG ist mit seiner die Außenseiterwirkung des KollV betreffenden Norm (§ 3 Z 4 leg cit) am 22. 4. 1930 in Kraft getreten: § 7 Abs 1 ATerrG; Heindl, Das Antiterrorgesetz (1930) 3. Siehe dazu auch H. Müller, Ist eine verfassungsrechtliche Absicherung des Kollektivvertragsrechtes wirklich überflüssig? DRdA 1972, 209 (227 ff). Ausführlich dazu siehe Erster Teil P IV 1.1.

<sup>30)</sup> Reissner in Neumayr/Reissner (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht II<sup>3</sup> (2018) § 12 ArbVG Rz 6; Löschnigg, Arbeitsrecht<sup>13</sup> Rz 3/118; M. Löschnigg, Die Satzung im Arbeitsrecht (2010) 142; Runggaldier in Tomandl/Risak (Hrsg), Arbeitsverfassungsgesetz (3. Lfg 2007) § 12 Rz 7; Tomandl, Diskussionsbeitrag, in Floretta/Strasser (Hrsg), Die kollektiven Mächte im Arbeitsleben (1963) 45.

KollV als dasjenige Instrument an, die Beschäftigungsbedingungen im betrieblichen Bereich für organisierte und nichtorganisierte AN gleichermaßen zu vereinheitlichen<sup>31)</sup> und warnen schließlich vor der Gefahr, dass kollektivvertraglich normierte Entgelt- und Beschäftigungsstandards ineffektiv bleiben, wenn diese nicht auch für jene AN gelten, die sich dafür entschieden haben, der freiwilligen Arbeitnehmerinteressenvereinigung nicht anzugehören.<sup>32)</sup> Solche an rechtspraktischen Bedürfnissen orientierte Erklärungsversuche sind aber nicht von derart überzeugendem Gewicht, um den gravierenden Eingriff in die Freiheitssphäre des Außenseiters rechtfertigen zu können. Denn: Wer von kollektivvertraglichen Standards geschützt werden will, kann sich der freiwilligen Arbeitnehmerinteressenvereinigung anschließen und damit dem kollektivvertraglichen Regelungsinhalt der Grundregel des § 8 Z 1 ArbVG entsprechend für sein Arbeitsverhältnis normative Geltung verschaffen. Wenn im betrieblichen Bereich der Bedarf an einheitlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen besteht, stellt dafür die Rechtsordnung neben der BV das Regelungsinstrument inhaltlich gleichförmig ausgestalteter Arbeitsverträge zur Verfügung und damit eine Gestaltungsform, die nach einer neueren Auffassung die Bedeutung kollektivvertraglicher Rechtsetzung ohnehin bereits relativiert.<sup>33)</sup> Die stark von verelendungstheoretischen Befürchtungen inspirierten Warnungen vor einem Lohndumping durch nichtorganisierte AN negieren die durch die Sozialgesetzgebung ausgestaltete existenzsichernde Rahmenordnung, zumal die Sozialrechtsordnung Hilfe und Unterstützung erst dann versagt, wenn der Einzelne es ablehnt, eine angemessen entlohnte Beschäftigung anzunehmen (§ 9 Abs 2 AIVG).

Die bisherigen Untersuchungen zur Kompatibilität der Regelung von § 12 Abs 1 ArbVG mit den Vorgaben der Rechts(Verfassungs-)ordnung offenbaren damit ein Defizit an einer den historischen und rechtstatsächlichen Gegebenheiten gerecht werdenden Einordnung der gesetzlichen Außenseiterwirkung des KollV. Der Darlegungslast, warum der Außenseiter es hinnehmen muss, gegen seinen Willen in eine fremdbestimmte Regelordnung einbezogen zu

<sup>31)</sup> Pfeil in *Gahleitner/Mosler*, Arbeitsverfassungsrecht II<sup>6</sup> § 12 Rz 3; *Kietaibl*, Arbeitsrecht I<sup>10</sup> (2017) 226; *Runggaldier* in *Tomandl/Risak*, Arbeitsverfassungsgesetz § 12 Rz 7; *Holzner*, DRdA 1994, 16; *Pernthaler*, Verfassungsrechtliche Probleme der autonomen Rechtsetzung im Arbeitsrecht, ZÖR 17 (1967) 45 (64).

<sup>32)</sup> Pfeil in *Gahleitner/Mosler*, Arbeitsverfassungsrecht II<sup>6</sup> § 12 Rz 3; *Resch* in *Jabornegg/Resch* (Hrsg), Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (Stand 2019) § 12 Rz 3; *Reissner* in *ZellKomm* II<sup>3</sup> § 12 ArbVG Rz 6; *Jabornegg/Resch/Födermayr*, Arbeitsrecht<sup>6</sup> Rz 790; *Marhold/Friedrich*, Arbeitsrecht<sup>3</sup> 492; *Haberlik*, Vereinigungsfreiheit der Arbeitnehmer (2002) 104; *Floretta*, Kollektivmacht und Individualinteressen im Arbeitsrecht, in *Floretta/Strasser* (Hrsg), Die kollektiven Mächte im Arbeitsleben (1963) 59 (61 f); siehe auch *Cerny*, Kampfansage des EuGH, in *Achitz/Maßl* (Hrsg), Zeitenblicke. Sozialpolitik im Wandel (2010) 81 (85), dem zufolge die Außenseiterwirkung des § 12 ArbVG vor Lohn- und Sozialdumping fördernden Entscheidungen á la *Laval*, *Viking* und *Rüffert* schütze.

<sup>33)</sup> *Kietaibl*, Allgemeine Arbeitsbedingungen (2011) 4.

werden, wird von der Forschung nicht entsprochen. Dieser Befund ist Anlass dafür, Notwendigkeit und Sinnhaftigkeit einer gesetzlich angeordneten Erstreckung kollektivvertraglich erzeugter Normen auf Außenstehende aus einer rechtsdogmatischen Perspektive kritisch zu hinterfragen.

## 2.2. Richtigkeitsgewähr des Kollektivvertrags

Selten hat eine Lehre eine derartige Strahlkraft entwickelt wie die von *Walter Schmidt-Rimpler* in seiner berühmt gewordenen Abhandlung „Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts“<sup>34)</sup> vorgestellte These von der Richtigkeitsgewähr einer vertraglichen Interessenübereinkunft. Die Annahme von der durch den Verhandlungsmechanismus erzeugten inhaltlichen Ausgewogenheit vertraglicher Gestaltungen ist nicht nur für die heutige zivilistische Dogmatik prägend,<sup>35)</sup> sondern entfaltet auch für die Normsetzung durch KollV enorme Anziehungskraft. In fast schon seltener Einmütigkeit betrachtet die Lehre den KollV als Instrument, um die auf der Ebene individualrechtlicher Beziehungen funktionsunfähige Vertragsfreiheit auf höherer Ebene wiederherzustellen und attestiert dabei dem KollV, ausgewogene und sachgerechte Regelungen zu treffen.<sup>36)</sup> Entscheidender als diese etwas lyrisch anmutenden Zuschreibungen sind für die vorliegende Themenstellung jedoch die dogmatischen Schlussfolgerungen, die die Lehre aus der dem KollV zuerkannten Richtigkeitsgewähr zieht. So soll die Richtigkeitsgewähr des KollV die Intensität der grundsätzlich bestehenden Grundrechtsbindung kollektivvertraglicher Rechts-

<sup>34)</sup> *Schmidt-Rimpler*, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147, 130 ff.

<sup>35)</sup> *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit. Subjektive und objektive Gestaltungskräfte im Privatrecht am Beispiel der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr (2019) 60 ff; *P. Bydlinski*, Bürgerliches Recht I Allgemeiner Teil<sup>8</sup> (2018) Rz 6/2; *Grundmann* in *Grundmann/Micklitz/Renner* (Hrsg), Privatrechtstheorie I (2015) 875; *Koppensteiner*, Markt, Wettbewerb und Vertrag, JBl 2015, 137; *Leitner*, Transparenzgebot, Privatautonomie und Auslegung, JBl 2011, 428; *Wiebe* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON 1.00 (2010) § 863 Rz 4; speziell in Bezug auf das Arbeitsvertragsrecht siehe *Thüsing*, Angemessenheit durch Konsens – Zu den Grenzen der Richtigkeitsgewähr arbeitsvertraglicher Vereinbarungen, RdA 2005, 257 ff.

<sup>36)</sup> Stellvertretend: *Jabornegg/Resch/Födermayr*, Arbeitsrecht<sup>6</sup> Rz 734; *Mosler*, Entwicklungstendenzen im Kollektivvertragsrecht, DRdA 2012, 283 (292); *Aigner*, Die Inhaltskontrolle des Kollektivvertrages, in *Tomandl* (Hrsg), Aktuelle Probleme des Kollektivvertragsrechts (2003) 41 (51, 57, 61); *Binder*, Die Kartellwirkung des Kollektivvertrages, in *Kramer/Schuhmacher* (Hrsg), Beiträge zum Unternehmensrecht. Festschrift für Hans-Georg Koppensteiner (2001) 549 (559); *Runggaldier*, Grenzen der Tarifautonomie bei der Regelung von Gratifikationen – zugleich ein Beitrag zum tarifdispositiven Richterrecht, in *Heinze/Schmitt* (Hrsg), Festschrift für Wolfgang Gitter (1995) 811 (818); *ders*, Grenzen 107; *Marhold* in FS Kissel 735; *Bydlinski*, Die Stellung der Rechtsordnung zu Arbeitskämpfen, in *Floretta/Strasser* (Hrsg), Die kollektiven Mächte im Arbeitsleben (1963) 79 (89).



gestaltung abschwächen können,<sup>37)</sup> die gerichtliche Kontrolle des kollektivvertraglichen Regelungsinhalts weitgehend überflüssig<sup>38)</sup> und die Bindung des KollV an das verfassungsrechtliche Legalitätsprinzip (Art 18 Abs 1 B-VG) entbehrlich machen<sup>39)</sup> sowie die Zulässigkeit dispositiver kollektivvertraglicher Normen rechtfertigen können.<sup>40)</sup> Überdies beruht die von *Peter Pernthaler* entwickelte Theorie von der „Sozialautonomie“, die den Einbau der kollektivvertraglichen Rechtsgestaltung im Allgemeinen und der gesetzlichen Außenseiterwirkung des KollV im Besonderen in das Wert- und Strukturgefüge der Verfassungsordnung sicherstellen soll,<sup>41)</sup> zentral auf der dem Ergebnis des kollektivvertraglichen Verhandlungsprozesses zugeschriebenen Richtigkeitsgewähr.<sup>42)</sup>

Ob allerdings die Richtigkeitsgewähr des KollV auch gegenüber den Außenseitern Geltung beanspruchen kann, darüber finden sich in den vorliegenden Untersuchungen nur punktuelle Äußerungen, was sich aber als gewichtiges Manko der bisherigen Forschung erweist. Denn: Geht man davon aus, dass als „richtig“ nur das anerkannt werden kann, was gewollt und vereinbart wurde,<sup>43)</sup> erscheint es fraglich, die eben erwähnten, mit der Richtigkeitsgewähr des KollV verbundenen dogmatischen Schlussfolgerungen auch auf jene AN zu beziehen, denen gegenüber sich die Normsetzung durch KollV als heteronome Ordnung präsentiert. Mit dieser Infragestellung wird aber auch die die kollektivvertragliche Rechtsetzung vor der Folie des Verfassungsrechts sanierende Annahme einer „Sozialautonomie“ brüchig, operiert dieses Modell – wie vorhin erwähnt –<sup>44)</sup> doch entscheidend mit der dem KollV zugeschriebenen Richtigkeitsgewähr.

---

<sup>37)</sup> B. Schwarz, Rechtsfragen der Anwendung von Kollektivvertragsbestimmungen, DRdA 1994, 365 (376); *Runggaldier* in FS Gitter 825 f, 827; siehe dazu auch *Aigner* in *Tomandl*, Aktuelle Probleme des Kollektivvertragsrechts 57 ff.

<sup>38)</sup> *Runggaldier*, Grenzen 25.

<sup>39)</sup> *Strasser*, Diskussionsbeitrag, in *Floretta/Strasser* (Hrsg), Die kollektiven Mächte im Arbeitsleben (1963) 45.

<sup>40)</sup> *Runggaldier*, Grenzen der Regelungsbefugnis der Kollektivvertragsparteien, DRdA 2008, 479 (486 f).

<sup>41)</sup> Dazu *Pernthaler*, Kammern und Pflichtmitgliedschaft in Österreich aus der Sicht des öffentlichen Rechts, in *Bundesarbeitskammer* (Hrsg), Kammern und Pflichtmitgliedschaft in Österreich. Eine Untersuchung aus der Sicht des öffentlichen Rechts sowie aus politikwissenschaftlicher, ökonomischer, demoskopischer und soziologischer Sicht (1994) 17 (66 ff); *ders*, Die arbeitsrechtlichen Rechtsetzungsbefugnisse im Lichte des Verfassungsrechts, in *Schwarz/Spielbüchler/Martinek/Grillberger/Jabornegg* (Hrsg), Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsordnung. Festschrift für Rudolf Strasser (1983) 3 (9 ff).

<sup>42)</sup> *Pernthaler* in FS Strasser (1983) 15 f.

<sup>43)</sup> *Renner*, Machtbegriffe zwischen Privatrecht und Gesellschaftstheorie, in *Möslein* (Hrsg), Private Macht (2016) 505 (508); *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I 285; *A. Wiedemann*, Bindung 208; *Mayer-Maly* in *Wissenschaftliche Abteilung der Bundeswirtschaftskammer*, Probleme der wirtschaftlichen und sozialen Selbstverwaltung 73 f.

<sup>44)</sup> Siehe Einleitung P I 2.2.

### 2.3. Legitimation kollektivvertraglicher Rechtsetzung

Diese Bruchstelle veranlasst die vorliegende Untersuchung, das Betrachtungsfeld zu erweitern. Gefragt werden soll nach der Legitimation kollektivvertraglicher Normsetzung gegenüber jenen AN, die der den KollV abschließenden freiwilligen Arbeitnehmerinteressenvereinigung – im Wege des Beitritts zu dieser – keine Ermächtigung erteilt haben, die Bedingungen für ihr Arbeitsverhältnis normativ zu regeln. Als ursprünglich staatsrechtliche Kategorie<sup>45)</sup> wird der Begriff „Legitimation“ auch in der Forschung zum Recht der kollektiven Rechtsgestaltung verwendet. Allerdings hat die Forschung bislang nur die verfassungsrechtliche Einordnung des KollV als Regelungsform und die Möglichkeit zur Satzungserklärung als Legitimationsprobleme diskutiert.<sup>46)</sup> Hingegen fehlt eine Detailuntersuchung zur Legitimation kollektivvertraglicher Normsetzung gegenüber nichtorganisierten AN. Dieses Manko ist umso bemerkenswerter als in der Forschung zum (deutschen) TVG in den letzten Jahren umfangreiche Monographien erschienen sind, die dieses spezifische Legitimationsproblem thematisieren.<sup>47)</sup> Das Problem der Legitimation kollektivvertraglicher Regelungsbefugnisse gegenüber der Gruppe der Außenseiter scheint damit von der Forschung für den deutschen Rechtsbereich als besonders drängend empfunden zu werden. Diese Sensibilität ist aus zwei Gründen erstaunlich: Zum einen scheint auf den ersten Blick die deutsche Verfassungsordnung einer umfassenden Regelungsbefugnis der Tarif(Kollektiv-)vertragsparteien gegenüber zugänglicher zu sein als die österreichische,<sup>48)</sup> und zum anderen ist der Erstreckungsumfang der von § 3 Abs 2 TVG vorgesehenen Außenseiterwirkung des TV durch die Begrenzung auf betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Normen weit enger angelegt als die auf bestimmte Normentypen nicht beschränkte Außenseiterwirkung des KollV gem § 12 Abs 1 ArbVG.<sup>49)</sup>

Dennoch hat sich die Lehre bislang nicht veranlasst gesehen, für den österreichischen Rechtsbereich die Frage nach der Legitimation kollektivvertrag-

<sup>45)</sup> Vgl *Biedenkopf*, Grenzen 47.

<sup>46)</sup> Siehe zum Problem der Legitimation der Satzung (§ 18 ArbVG) *Holzner*, DRdA 1994, 7ff und *Schrank* in FS Schwarz 801 ff sowie zum Problem der verfassungsrechtlichen Legitimation des KollV *Pernthaler*, ZAS 1966, 33 ff.

<sup>47)</sup> *Greiner*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfluralität<sup>2</sup> (2011); *Kamanabrou* (Hrsg), Erga-Omnes-Wirkung von Tarifverträgen (2011); *Arnold*, Betriebliche Tarifnormen und Außenseiter. Zur Legitimation der tarifvertraglichen Regelungsbefugnis (2007); *Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie. Tarifrecht im Spannungsfeld von Arbeits-, Privat- und Wirtschaftsrecht (2005); *Giesen*, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung.

<sup>48)</sup> Dies wegen Art 9 Abs 3 GG iVm dem in Art 20 Abs 1 GG grundgelegten „Sozialstaatsprinzip“.

<sup>49)</sup> Siehe auch *Fornasier*, Wege zur Stärkung der Tarifbindung – ein rechtsvergleichender Streifzug zur Untersuchung funktionaler Äquivalente der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, Soziales Recht 7 (2017) 239 (244).