

Selbstverantwortete Freiheit und Recht

2021

ISBN 978-3-406-77810-0

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei

beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

vertrag, nämlich derjenige zwischen den dritten Arbeitgebern und ihren Arbeitnehmern, zuständig.⁹²

Aber auch wenn man auf die Urheber des Tariftreueversprechens selbst abstellt, gelangt man nicht zu einer anderen Bewertung. Richtig ist zwar, dass die Tariftreueversprechen faktisch die Kosten der Verlagerung von Wertschöpfungsaktivitäten des Unternehmens auf Subunternehmer erhöhen; damit wird das Outsourcing betriebswirtschaftlich unattraktiv, was mindestens kurzfristig einen Vorteil für die Seite der Arbeitnehmer in den tarifvertraglich gebundenen Unternehmen bedeuten kann. Wiederum gilt genauso wie im Fall der Beschränkung der Geschäftszeiten: Die weitreichende, Drittmärkte betreffende Regelung hat allenfalls mittelbare Vorteile für die tarifvertragsschließenden Arbeitnehmer und verlässt aus diesem Grund den Kernbereich der grundgesetzlich geschützten Tarifautonomie.

Bei privaten Tariftreueversprechen handelt es sich damit um Regelungen, die sich außerhalb der von Art. 9 Abs. 3 GG und § 1 Abs. 1 TVG geschützten Tarifautonomie bewegen. Folglich scheidet das Eingreifen der kartellrechtlichen Bereichsausnahme von vornherein aus.

V. Ergebnis

Die genaue Begrenzung des vom *Albany*-Urteil erfassten Kernbereichs der Tarifautonomie, der bestimmte kollektivrechtliche Regelungen vom deutschen und europäischen Kartellverbot ausnimmt, ist bis heute eine Herausforderung. Folgende Grundsätze sind festzuhalten:

1. Der Umfang der Bereichsausnahme geht nicht weiter als die vom mitgliedsstaatlichen Gesetz- oder gar Verfassungsgeber gesetzten Grenzen der Tarifautonomie. Die äußerste Grenze markieren die vom EuGH in *Albany* aufgestellten Voraussetzungen.
2. In Betracht kommen Vereinbarungen, die bestimmte formale und inhaltliche Voraussetzungen erfüllen:
 - a) Es muss sich zunächst um Kollektivvereinbarungen der zuständigen Sozialpartner in der vom nationalen Gesetzgeber dafür vorgesehenen Form handeln. Die bloße Ausrichtung einer Vereinbarung auf ein sozialpolitisches Ziel hin genügt nicht (Rentenversicherung für Freiberufler). Ebenfalls ausgeschlossen sind Vereinbarungen zwischen Parteien, die nicht in einem Arbeitsverhältnis miteinander stehen (Schlachthofbetreiber und Züchter).
 - b) In materieller Hinsicht sind eine Voraussetzung *ratione materiae* und eine *ratione personae* zu unterscheiden:
 - (1) Die Vereinbarung muss unmittelbar die Arbeitsbedingungen wie beispielsweise das Ende der abendlichen Arbeitszeit betreffen. An dem Erfordernis der Unmittelbarkeit fehlt es beispielsweise, wenn die Sozialpartner nicht die Arbeits-, sondern darüberhinausgehend die Geschäftszeiten tarifvertraglich einschränken. Die daraus resultierende unmittelbare Beschränkung des unternehmerischen Wettbewerbs auf dem nachgelagerten Güter- und Dienstleistungsmarkt ist nicht mehr von der Bereichsausnahme erfasst.
 - (2) Selbst, wenn die Vereinbarung sozialpolitische Zielsetzungen verfolgt, so muss es sich doch um eine solche handeln, die unmittelbar den tarifgebundenen Arbeitnehmern zugutekommt. An diesem Erfordernis fehlt es beispielsweise, wenn die Tarifparteien durch private Tariftreuevereinbarungen versuchen, die Arbeitsbedingungen dritter, tariffremder Arbeitnehmer zu beeinflussen.

⁹² Wessely in Rieble/Junker/Giesen, Ausweitung der Tarifmacht, 2012, 85 (92).



beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

SIMONE KÜHNAST

Die tarifliche Normsetzung unter der Bedingung „arbeitsvertraglicher Nachvollziehung“

Jürgen Sacker, an dessen Lehrstuhl ich von 1998 bis 2001 als wissenschaftliche Mitarbeiterin tätig war und bei dem ich die Ehre hatte zu promovieren, hat sich in zahlreichen Veröffentlichungen intensiv mit den Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie und dem Schnittpunkt von Privat- und Kollektivautonomie befasst.¹ Die in diesem Beitrag erläuterte Entscheidung des BAG vom 13.5.2020² gibt Anlass, sich zu diesem interessanten Grundlagenthema erneut Gedanken zu machen.

I. Der Fall

In dem vom BAG entschiedenen Fall stritten die Parteien über die Geltung von Tarifverträgen für das Arbeitsverhältnis der Klägerin und sich daraus ergebende Differenzvergütungsansprüche. Die Klägerin war Mitglied der IG Metall. Ihr zuletzt gültiger Arbeitsvertrag enthielt keine Bezugnahme auf Tarifverträge. Die zuvor nicht tarifgebundene Beklagte schloss am 15.5.2015 gemeinsam mit dem Unternehmerverband Industrieservice + Dienstleistungen eV auf der einen und der IG Metall auf der anderen Seite einen Manteltarifvertrag (MTV) und einen Entgelttrahmentarifvertrag (ERTV) ab. Der MTV regelt in § 1 den Geltungsbereich und in Abschnitt 6 folgende Schlussbestimmungen:

§ 37 Tarifvertragsansprüche

Ansprüche aus diesem Tarifvertrag setzen voraus, dass die Einführung des Tarifwerkes auch arbeitsvertraglich nachvollzogen wird.

Die Bezugnahme Klausel lautet wie folgt:

„Das Arbeitsverhältnis richtet sich – von den gesetzlichen Vorschriften abgesehen – nach dem jeweils für den Betrieb aufgrund der Tarifgebundenheit des Arbeitgebers soweit und solange der Arbeitgeber tarifgebunden ist geltenden Tarifwerk in seiner jeweils gültigen Fassung. Dieses sind zurzeit die Tarifverträge für die ThyssenKrupp Aerospace Germany GmbH (...).“

§ 38 Inkrafttreten und Kündigung

1. Der Tarifvertrag tritt zum 1. 11. 2014 in Kraft ...

Der ERTV enthält identische Regelungen zum Geltungsbereich in § 1 sowie zu Tarifvertragsansprüchen in § 8. Ferner heißt es in dem ERTV auszuweise:³

¹ Sacker, Allgemeine Arbeitsbedingungen im Schnittpunkt von Privat- und Kollektivautonomie, 1966; Sacker, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, 1969; Sacker, Gruppenautonomie und Übermacht Kontrolle im Arbeitsrecht, 1972; Sacker/Oetker, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie – erläutert anhand aktueller tarifpolitischer Fragen, 1992.

² BAG 13.5.2020 – 4 AZR 489/19, NZA 2020, 1487; Urteilsanmerkungen: Schwarz-Holl GWR 2020, 406; Haußmann ArbRAktuell 2020 289; Laskawy/Lomb EWIR 2020, 763.

³ Vgl. LAG München 9.10.2019 – 11 Sa 130/19, BeckRS 2019, 36718 Rn. 14, das über einen parallel gelagerten Fall zu entscheiden hatte und den Tarifvertrag im Urteil umfangreich zitiert.

§ 7 Tarifeinführung

(...) Ist zum Zeitpunkt der Tarifeinführung das neue tarifliche Monatsentgelt geringer als das alte arbeitsvertragliche, hat der Arbeitnehmer zum Ausgleich der Differenz Anspruch auf eine monatliche Besitzstandszulage. (...)

Zu § 37 Abs. 1 MTV und § 8 Abs. 1 ERTV gibt es ferner eine Protokollnotiz vom 15.5.2015:⁴

Zwischen den Tarifvertragsparteien besteht Einigkeit, dass das neue Tarifwerk seinem Geltungsbereich entsprechend zur Anwendung kommen soll. Soweit dazu eine arbeitsvertragliche Bezugnahme erforderlich ist, wird eine solche arbeitgeberseitig bei Abschluss des jeweiligen Arbeitsvertrages angeboten.

Die Beklagte bot der Klägerin den Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages an, der die tariflich vorgesehene Bezugnahmeregelung enthielt. Der Vertragsschluss kam jedoch nicht zustande, weil die Klägerin nicht gewillt war, einige weitere Vertragsklauseln zu akzeptieren. Die Beklagte zahlte daher weiterhin das bisherige geringere Entgelt. Die Klägerin forderte Zahlung von Differenzvergütung auf der Basis von MTV und ERTV.

Das Arbeitsgericht Offenbach gab der Klage überwiegend statt.⁵ Die Beklagte könne sich gemäß § 162 Abs. 1 BGB nicht darauf berufen, dass die Einführung des Tarifwerks arbeitsvertraglich nicht nachvollzogen worden sei. Sie habe dies selbst verhindert, indem sie von der Klägerin nicht nur die Vereinbarung der Bezugnahmeklausel, sondern gleich den Abschluss eines ganzen Arbeitsvertrages verlangt habe. Dieser habe jedoch für die Klägerin zumindest zwei negative Veränderungen enthalten, welche die Klägerin berechtigterweise habe ablehnen dürfen.

Das LAG Hessen wies die Klage auf die Berufung der Beklagten hin ab.⁶ Der ERTV und der MTV fänden zwischen den Parteien keine Anwendung, weil diesen nicht die in § 4 Abs. 1 S. 1 TVG angeordnete unmittelbare Wirkung zukäme. Vielmehr hätten die Tarifvertragsparteien die Geltung der Tarifverträge von einem Umsetzungsakt der Arbeitsvertragsparteien abhängig gemacht und hiernit wirksam auf die unmittelbare Wirkung der Tarifnormen verzichtet. Die Arbeitsvertragsfreiheit bleibe gewahrt, da die Arbeitnehmer von der Vereinbarung einer Bezugnahmeklausel Abstand nehmen könnten, wenn sie die arbeitsvertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen für günstiger hielten als die tarifvertraglich geregelten. Aufgrund der fehlenden arbeitsvertraglichen Nachvollziehung der Einführung des Tarifwerkes stünden der Klägerin die geltend gemachten Ansprüche nicht zu. § 162 Abs. 1 BGB stehe dem nicht entgegen, da die Tarifvertragsparteien die Vertragskonstruktion zur Vereinbarung der Bezugnahmeklausel – Ergänzung des bestehenden bzw. Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages – nicht vorgegeben hätten.

Die Revision der Klägerin hatte Erfolg.⁷ Im Gegensatz zum LAG Hessen bejahte das BAG einen Rechtsnormcharakter der Inhaltsnormen des MTV und ERTV. Der Wille der Tarifvertragsparteien zur Normsetzung komme bereits durch die Bezeichnung als Tarifvertrag und die Bestimmungen zum Inkrafttreten zum Ausdruck und lasse sich auch § 37 MTV und § 8 ERTV entnehmen. Ein Verzicht der Parteien auf die unmittelbare Wirkung der Tarifnormen liege daher nicht vor. Die streitgegenständlichen Regelungen in § 37 MTV und § 8 ERTV seien jedoch wegen objektiver Gesetzesumgehung nach § 134 BGB unwirksam.⁸ Die diesbezüglichen Ausführungen des BAG münden in den Leitsatz der Entscheidung:

⁴ Vgl. wörtliches Zitat in LAG München 9.10.2019 – 11 Sa 130/19, BeckRS 2019, 36718 Rn. 15.

⁵ ArbG Offenbach 7.2.2018 – 10 Ca 342/16, BeckRS 2018, 50732.

⁶ LAG Hessen 17.1.2019 – 5 Sa 404/8, NZA 2020, 1487.

⁷ BAG 13.5.2020 – 4 AZR 489/19, NZA 2020, 1487.

⁸ Das LAG München 9.10.2019 – 11 Sa 130/19, BeckRS 2019, 36718, hat in einer Parallelsache ebenfalls eine Unwirksamkeit von § 37 MTV und § 8 ERTV gemäß § 134 BGB angenommen, Anm. hierzu: *Straube* ArbRAktuell 2020, 118; *Eufinger* GWR 2020, 166.

Die Tarifvertragsparteien können Ansprüche aus den zwischen ihnen vereinbarten tariflichen Inhaltsnormen nicht davon abhängig machen, dass die tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien eine vertragliche Bezugnahme auf die für den Arbeitgeber jeweils gültigen Tarifverträge vereinbaren. Eine solche „arbeitsvertragliche Nachvollziehung“ von Tarifverträgen als Anspruchsvoraussetzung umgeht die gesetzlich angeordnete unmittelbare Wirkung der Rechtsnormen eines Tarifvertrags nach § 4 Abs. 1 TVG sowie das in § 4 Abs. 3 TVG verankerte Günstigkeitsprinzip und ist daher unwirksam.

Aus der Unwirksamkeit von § 37 MTV, § 8 ERTV folge – so das BAG – nicht die Unwirksamkeit der übrigen tariflichen Vorschriften, da die Tarifverträge auch ohne die unwirksamen Bestimmungen noch eine sinnvolle, in sich geschlossene Regelung enthielten. Insbesondere entstehe durch den Wegfall der Bestimmungen aufgrund der gesetzlichen Regelung des § 4 Abs. 1 S. 1 TVG keine Regelungslücke.

II. Tarifliche Normsetzung und arbeitsvertragliche Gestaltung

Die Entscheidung des BAG beleuchtet die Reichweite der tariflichen Normsetzungsbefugnis und die ihr durch die Privatautonomie gesetzten Grenzen. Dabei ist dem BAG darin zuzustimmen, dass tarifliche Normsetzung nur innerhalb der vom Tarifvertragsgesetz geregelten Modalitäten und Grenzen, insbesondere unter Beachtung des Günstigkeitsprinzips, erfolgen kann.

1. Die tarifliche Normsetzung

Das Bundesverfassungsgericht hat stets hervorgehoben, dass Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG einen Gestaltungsauftrag an den Gesetzgeber richtet, die Bedingungen für eine funktionierende Wahrnehmung der Tarifautonomie bereitzustellen.⁹ Auch wenn die Tarifautonomie dem Gesetzgeber „einen weiten Spielraum zur Ausgestaltung verschafft“, ¹⁰ zwingt Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG den Gesetzgeber zumindest zur Anerkennung der unmittelbaren und zwingenden Wirkung der Tarifnormen.¹¹ Die verfassungsrechtlich garantierte Tarifautonomie ist darauf angelegt, die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer beim Abschluss von Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen und damit ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Entgelte und Arbeitsbedingungen zu ermöglichen.¹² Die tariffähigen Koalitionen sollen durch „unabdingbare Gesamtvereinbarungen“ die materiellen Arbeitsbedingungen sinnvoll regeln.¹³

Da dem Gesetzgeber ein Rechtsnormanerkenntnismonopol zukommt und es keine hinreichende dogmatische Begründung für die Normativität des Tarifvertrages als einer privatrechtlichen Vereinbarung gibt, sind die Koalitionen auf einen grundrechtsergänzenden einfach-gesetzlichen Normenkomplex angewiesen, der ihren Vereinbarungen diese Normativität verleiht.¹⁴ Seiner Verpflichtung zur Schaffung eines Normenkomplexes, der das Institut

⁹ So erstmals BVerfG 18.11.1954 – 1 BvR 629/53, BVerfGE 4, 96 (106), ebenso zB BVerfG 20.10.1981 – 1 BvR 404/78, BVerfGE 58, 233 (248).

¹⁰ BVerfG 19.10.1966 – 1 BvL 24/65, BVerfGE 20, 312 (317f.).

¹¹ BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322 (322 und 340f.); vgl. aber auch Säcker, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht, 1972, 261ff., insb. 265 Fn. 71, der auch privatrechtliche Konstruktionen für möglich erachtet, sofern diese nur die Unabdingbarkeit der Tarifregelungen sicherstellen, wie eine modifizierte gewillkürte oder gesetzliche Vertretung oder eine Gestaltungsermächtigung im Sinn des § 317 BGB.

¹² BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86, NZA 1995, 754 (756); BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, NZA 1991, 809 (811).

¹³ BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322 (341).

¹⁴ Dabei spricht die Entstehungsgeschichte des Art. 9 Abs. 3 GG dafür, die zwingende und unmittelbare Wirkung des Tarifvertrages als unerlässlich im Sinne einer Institutsgarantie anzusehen, vgl. Kühnast, Die Grenzen zwischen tariflicher und privatautonomer Regelungsbefugnis,

der Tarifautonomie bildet, ist der Gesetzgeber im Tarifvertragsgesetz nachgekommen. Den ausgehandelten tariflichen Regelungen im Sinne des § 1 Abs. 1 TVG wird durch § 4 Abs. 1 TVG – vorbehaltlich einer etwaigen Verdrängung in Folge einer Tarifkollision nach § 4a TVG¹⁵ – eine unmittelbare und zwingende Wirkung für die beiderseits Tarifgebundenen (§ 3 Abs. 1 TVG) verliehen, die vom Geltungsbereich der Tarifbestimmungen erfasst werden.¹⁶

Die gesetzlich angeordnete „unmittelbare“ Geltung bedeutet, dass der normative Teil eines Tarifvertrags – wie anderes objektives Recht auch – den Inhalt der erfassten Arbeitsverhältnisse unmittelbar („automatisch“) bestimmt.¹⁷ Der Tarifvertrag entfaltet dabei keine gestaltende Wirkung auf den Inhalt des Arbeitsvertrags. Seine Inhaltsnormen werden nicht in den Arbeitsvertrag inkorporiert und damit nicht zu dessen Bestandteil.¹⁸ Sie gestalten gleichwohl den Inhalt des Arbeitsverhältnisses, allerdings wie ein Gesetz „von außen“.¹⁹ Es bedarf deshalb weder einer Billigung oder Kenntnis noch einer Anerkennung, Unterwerfung oder Übernahme dieser Normen durch die Parteien des Einzelarbeitsvertrags.²⁰ Zudem gelten die Rechtsnormen eines Tarifvertrags nach § 4 Abs. 1 TVG „zwingend“, d. h. abweichende einzelvertragliche Abmachungen werden durch diese verdrängt.²¹ Die Rechtsnormen nach § 1 Abs. 1 TVG sind grundsätzlich arbeitsvertraglich nicht abdingbar.²² Abweichende Abmachungen sind nach § 4 Abs. 3 TVG jedoch zulässig, soweit sie durch den Tarifvertrag gestattet sind oder Regelungen zugunsten des Arbeitnehmers enthalten.

2. Das Günstigkeitsprinzip

Der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG ist nicht auf die Festlegung tariflicher Mindestarbeitsbedingungen begrenzt,²³ doch ergeben sich verfassungsimmanente Schranken der Tarifautonomie aus der Privatautonomie im Rahmen der Berufsfreiheit der Tarifunterworfenen – vorrangig geschützt durch Art. 12 Abs. 1 GG.²⁴ Das in § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG verankerte Günstigkeitsprinzip stellt eine verfassungsgemäße einfachgesetzliche Konkretisierung der verfassungsimmanenten Schranken des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG dar, indem es die Kollision zwischen Tarif- und Privatautonomie zu einer praktischen Konkordanz führt.²⁵ Als einfachgesetzlicher Ausfluss des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips gewährleistet das Günstigkeitsprinzip den Arbeitsvertragsparteien bei der Gestaltung der Arbeitsbedingungen einen privatautonomen Gestaltungsspielraum im Sinne einer umfassenden Flexibilisierung des Tarifvertrages zugunsten des Arbeitnehmers. Das Günstigkeitsprinzip beansprucht

2005, 68; *Krummel*, Die Geschichte des Unabdingbarkeitsgrundsatzes und des Günstigkeitsprinzips im Tarifvertragsrecht, 1991, 202.

¹⁵ Vgl. dazu BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, NZA 2017, 915 insb. Rn. 172ff.

¹⁶ BAG 13.5.2020 – 4 AZR 489/19, NZA 2020, 1487 Rn. 25.

¹⁷ BAG 16.9.1986 – GS 1/82, NZA 1987, 168 (172); BAG 13.5.2020 – 4 AZR 489/19, NZA 2020, 1487 Rn. 26.

¹⁸ Eine solche Inkorporation findet nur im Fall des § 613a Abs. 1 S. 2 BGB im Fall eines Betriebsübergangs statt.

¹⁹ BAG 12.12.2007 – 4 AZR 998/06, NZA 2008, 649 Rn. 42.

²⁰ BAG 16.9.1986 – GS 1/82, NZA 1987, 168 (172); BAG 13.5.2020 – 4 AZR 489/19, NZA 2020, 1487 Rn. 26.

²¹ BAG 24.2.2010 – 4 AZR 691/08, NZA-RR 2010, 530 Rn. 44 mwN; BAG 12.12.2007 – 4 AZR 998/06, NZA 2008, 649 Rn. 43 mwN.

²² BAG 16.9.1986 – GS 1/82, NZA 1987, 168 (172); BAG 13.5.2020 – 4 AZR 489/19, NZA 2020, 1487 Rn. 27.

²³ Ausführlich hierzu *Kühnast*, Die Grenzen zwischen tariflicher und privatautonomer Regelungsbefugnis, 2005, 117–124.

²⁴ *ErFK/Schmidt*, 20. Aufl. 2020, GG Art. 2 Rn. 7, Art. 12 Rn. 15.

²⁵ NK-TVG/*Deinert*, 4. Aufl. 2016, TVG § 4 Rn. 620 mwN in Fn. 1655f.; *Wiedemann/Wank*, TVG, 8. Aufl. 2019, § 4 Rn. 420, 422; *Kühnast*, Die Grenzen zwischen tariflicher und privatautonomer Regelungsbefugnis, 2005, 124–135.

dabei nicht nur für Inhaltsnormen, sondern für alle normativen Regelungen Geltung.²⁶ Die unmittelbare und zwingende Wirkung von Tarifverträgen nach § 4 Abs. 1 TVG verdrängt zwar die individuelle Privatautonomie, Letzterer wird aber im Bereich günstigerer Abreden der Vorrang eingeräumt.²⁷ Das Günstigkeitsprinzip steht damit grundsätzlich nicht zur Disposition der Tarifvertragsparteien.²⁸

Ferner ist anerkannt, dass günstigere „abweichende Abmachungen“ im Sinn des § 4 Abs. 3 TVG dem Tarifvertrag auch zeitlich vorangehen gehen können. Der Tarifvertrag kann bestehende Regelungen in einem Individualvertrag nicht verschlechtern.²⁹ Bessere Tarifverträge lösen den schlechteren Arbeitsvertrag nicht ab, sondern verdrängen ihn zeitweise. Deshalb lebt der Arbeitsvertrag wieder auf, wenn das Tarifniveau der Arbeitsbedingungen unter das arbeitsvertragliche sinkt.³⁰ Dabei findet das Günstigkeitsprinzip auch uneingeschränkte Anwendung auf die unter dem Oberbegriff der Allgemeinen Arbeitsbedingungen zusammengefassten individualvertraglichen Gestaltungsmittel (insbesondere Einheitsregelungen und Gesamtzusagen). Allgemeine Arbeitsbedingungen sind nicht kraft Gesetzes „tarifoffen“ und werden folglich nicht durch verschlechternde Tarifverträge abgelöst.³¹ Rechtfertigen ließe sich eine derartige Eingriffsbefugnis nur über das Ordnungsprinzip³², das der Große Senat des BAG ausdrücklich aufgegeben hat.³³

3. Arbeitsvertragliche Bezugnahme und „Tarifvertragsoffenheit“

Allerdings steht es den Arbeitsvertragsparteien frei, die Bedingungen des Arbeitsvertrages unter den Vorbehalt einer verschlechternden Kollektivvereinbarung zu stellen.³⁴ So geht das

²⁶ Kühnast, Die Grenzen zwischen tariflicher und privatautonomer Regelungsbefugnis, 2005, 140ff., zur Geltung auch für schuldrechtliche Vereinbarungen: 150ff. sowie Kreis, Die Zulässigkeit von Höchstarbeitsbedingungen, 1960, 57.

²⁷ BAG 23.3.2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920 Rn. 41 mwN.

²⁸ BAG 14.12.2011 – 4 AZR 179/10, BeckRS 2012, 67538 Rn. 57; BAG 23.3.2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920 Rn. 41 mwN; BAG 26.8.2009 – 4 AZR 294/08, NZA-RR 2010, 305 Rn. 49 mwN; BAG 13.5.2020 – 4 AZR 489/19, NZA 2020, 1487 Rn. 28; NK-TVG/Deinert, 4. Aufl. 2016, TVG § 4 Rn. 624 mwN in Fn. 1674; Wiedemann/Wank, TVG, 8. Aufl. 2019, § 4 Rn. 421f.; vgl. auch Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 4 Rn. 557; aA wohl Kempen/Zachert/Schubert/Zachert, TVG, 5. Aufl. 2014, § 4 Rn. 364; zu etwaigen Einschränkungen im Wege der praktischen Konkordanz nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip bei der Festlegung von Höchstarbeitszeiten: BAG 25.10.2000 – 4 AZR 438/99, NZA 2001, 328 (330); NK-TVG/Deinert, 4. Aufl. 2016, TVG § 4 Rn. 622; Wiedemann/Wank, TVG, 8. Aufl. 2019, § 4 Rn. 430.

²⁹ BAG 12.12.2007 – 4 AZR 998/06, NZA 2008, 649; BAG 11.10.1967 – 4 AZR 451/66, AP TVG § 1 Tarifverträge: Rundfunk Nr. 1; LAG Hamburg 20.12.1994 – 3 Sa 55/94, LAGE § 4 TVG Günstigkeitsprinzip Nr. 4.

³⁰ Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 4 Rn. 547.

³¹ Kühnast, Die Grenzen zwischen tariflicher und privatautonomer Regelungsbefugnis, 2005, 169.

³² Vgl. hierzu Säcker, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, 1969, 45ff., wonach die Zuständigkeit der Gewerkschaften nicht auf die Verbesserung der Arbeitsbedingungen beschränkt und somit „halbiert“ werden dürfe (49); ders., Gruppenautonomie und Übermacht-kontrolle im Arbeitsrecht, 1972, 288ff.

³³ BAG 7.11.1989 – GS 3/85, NZA 1990, 816. In der Entscheidung hat das BAG das Ordnungsprinzip und unausgesprochen damit auch das Ablösungsprinzip jedenfalls als Kollisionsregel für das Verhältnis von Betriebsvereinbarung und vertraglicher Einheitsregelung abgelehnt und das Günstigkeitsprinzip als maßgebliche Kollisionsnorm beim Zusammentreffen von Allgemeinen Arbeitsbedingungen und nachfolgenden Betriebsvereinbarungen erachtet.

³⁴ Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 4 Rn. 550; vgl. BAG GS 16.9.1986 – GS 1/82 – NZA 1987, 168 und BAG 20.11.1987 – 2 AZR 284/86, NZA 1988, 617 für die Betriebsvereinbarungsoffenheit eines Arbeitsvertrages.

BAG neuerdings davon aus, dass eine konkludente Vereinbarung einer „Betriebsvereinbarungsoffenheit“ regelmäßig dann anzunehmen sei, wenn der Vertragsgegenstand in Allgemeinen Arbeitsbedingungen enthalten ist und einen kollektiven Bezug hat.³⁵ Damit wird im Verhältnis zwischen Allgemeinen Arbeitsbedingungen und Betriebsvereinbarung das Günstigkeitsprinzip zugunsten der Erweiterung des kollektiven Handlungs- und Umverteilungsspielraums der Betriebsparteien faktisch beseitigt.³⁶ Eine Übertragung dieser Rechtsprechung auf das Verhältnis von Tarifvertrag und Arbeitsvertrag verbietet sich, auch wenn es mit Blick auf § 77 Abs. 3 und § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG³⁷ befremdlich erscheinen mag, einer tariflichen Regelung weniger „Durchschlagskraft“ zuzubilligen als einer Betriebsvereinbarung.³⁸ Auf Tarifverträge mit ihrem expliziten Mandat durch Mitgliedschaft ist die Rechtsprechung zur Betriebsvereinbarungsoffenheit von Allgemeinen Arbeitsbedingungen schon im Ansatz nicht übertragbar.³⁹ Der Tarifvertrag gilt weder normativ für die gesamte Belegschaft eines Betriebes noch kommt den Inhaltsnormen des Tarifvertrages ein mit einer Betriebsvereinbarung vergleichbarer kollektiver Bezug zu.

Des Weiteren enthalten arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln keine konkludente umfassende Tarifoffenheit, mit welcher der Arbeitnehmer auf das im TVG normierte Günstigkeitsprinzip generell verzichtet. Die Bezugnahmeklausel denkt das tarifrechtliche Günstigkeitsprinzip mit, weil sie den Tarifvertrag in den Arbeitsverhältnissen der Nichttarifgebundenen so zur Geltung bringen will, wie er tarifrechtlich gelten könnte – und zielt gerade nicht auf Gleichschaltung durch tarifliche Höchsttarbeitsbedingungen. Eine Öffnungsklausel zugunsten des Tarifvertrages, der das Günstigkeitsprinzip faktisch ausschaltet, ist in einer einfachen Tarifbezugnahmeklausel nicht enthalten und auch nicht im Wege ergänzender Auslegung hineinzuinterpretieren.⁴⁰

III. Regelungsintention der Tarifvertragsparteien

1. Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen

Mit der Regelung in § 37 MTV und § 8 ERTV bezweckten die Tarifvertragsparteien, die Arbeitsbedingungen zu vereinheitlichen und das „Rosinenpicken“⁴¹ aus Arbeitsvertrag und Tarifvertrag zu vermeiden. Diese Zielsetzung wird jedoch durch die bloße Vereinbarung einer Bezugnahmeklausel nicht erreicht. Hierfür ist vielmehr erforderlich, dass tatsächlich ein neuer Arbeitsvertrag abgeschlossen bzw. im Änderungsvertrag vereinbart wird, dass hiermit voran-

³⁵ Grundlegend: BAG 5.3.2013 – 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916; kritisch hierzu *Preis/Ulber* NZA 2014, 6; hiergegen *Meinel/Kiehn* NZA 2014, 509. Dem Konzept des 1. Senats haben sich der 3., 5. und 6. Senat angeschlossen: BAG 30.1.2019 – 5 AZR 450/17, NZA 2019, 1065; BAG 25.6.2019 – 3 AZR 458/17, BeckRS 2019, 26495; BAG 11.7.2019 – 6 AZR 40/17, NZA-RR 2019, 590; demgegenüber hat der 4. Senat die konkludente Vereinbarung einer Betriebsvereinbarungsoffenheit bei arbeitsvertraglicher Bezugnahme auf einen Tarifvertrag abgelehnt: BAG 11.4.2018 – 4 AZR 119/17, NZA 2018, 1273.

³⁶ Fundamentale Kritik an diesem Paradigmenwechsel übt *Creutzfeld* NZA 2018, 1111.

³⁷ BAG 19.3.2019 – 3 AZR 201/17, AP BetrAVG § 1 Nr. 79 Rn. 31 leitet aus den gesetzlichen Tarifvorbehalten ab, dass dem Tarifvertrag mehr Gewicht als der Betriebsvereinbarung zukomme.

³⁸ *Greiner* NZA 2020, 609 (610) kritisiert, mit der Entscheidung des BAG v. 13.5.2020 würden sinnvolle flexible Möglichkeiten tarifvertraglicher Gestaltung beseitigt.

³⁹ *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 4 Rn. 550.

⁴⁰ *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 4 Rn. 550.

⁴¹ Ein „Rosinenpicken“ im Sinne eines Vergleichs von Einzelregelungen findet allerdings im Rahmen von § 4 Abs. 3 TVG ohnehin nicht statt, denn verglichen werden Teilkomplexe der unterschiedlichen Regelungen, die in einem inneren Zusammenhang stehen (sog. Sachgruppenvergleich), vgl. hierzu BAG 15.4.2015 – 4 AZR 587/13, NZA 2015, 1274 Rn. 27f.