

Luisa Manon Sandforth

Teilnahme an der Tarifentwicklung nach Betriebsübergang

Vereinbarungen zur Sicherung einer dynamischen
Tarifgeltung nach einem Betriebsübergang



Nomos

Studien zum Arbeitsrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Georg Caspers, Universität Erlangen-Nürnberg

Prof. Dr. Richard Giesen, Universität München

Prof. Dr. Matthias Jacobs, Bucerius Law School, Hamburg

Prof. Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. Horst Konzen, Eltville

Band 37

Luisa Manon Sandforth

Teilnahme an der Tarifentwicklung nach Betriebsübergang

Vereinbarungen zur Sicherung einer dynamischen
Tarifgeltung nach einem Betriebsübergang



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.: Hamburg, Bucerius Law School., Diss., 2021

ISBN 978-3-8487-7903-1 (Print)

ISBN 978-3-7489-2752-5 (ePDF)

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. 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.

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Januar 2019 an der Bucerius Law School, Hochschule für Rechtswissenschaften, Hamburg vorgelegt und dort im Dezember 2020 als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 26. April 2021 statt. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur sind bis Januar 2019 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt zunächst meinem hoch geschätzten Doktorvater Herrn Prof. Dr. Matthias Jacobs. Er förderte das Entstehen dieser Arbeit stets als wertvoller Gesprächspartner und gewährte mir gleichzeitig die volle akademische Freiheit. Bei Frau Prof. Dr. Anja Mengel (LL.M. Columbia) bedanke ich mich herzlich für die Erstellung des Zeitweitgutachtens. Besonderer Dank gebührt zudem Herrn Dr. Steffen Krieger, der meine Begeisterung für das Thema dieser Arbeit weckte.

Ich bedanke mich zudem bei meinen Freunden Dr. Lisa Allegra Markert, Dr. Friederike Wieland, Dr. Gerrit Bulgrin (LL.M. Columbia), Dr. Daniel Mattig und Maximilian Trommer, die mich durch die Zeit der Promotion begleitet und mir als Gesprächspartner einen wertvollen Austausch ermöglicht haben.

Schließlich danke ich meiner Schwester Leontine Sandforth, meiner Freundin Dr. Larissa Schobert-Jahn und meinem Mann Torben Sandforth ganz besonders dafür, dass sie mich während jeder Phase des Entstehens dieser Arbeit liebevoll unterstützt und motiviert haben. Ihnen und der Mutter meines Mannes, Inge Sominka, danke ich außerdem für die sorgfältige Durchsicht meiner Arbeit und ihre konstruktive Kritik.

Ganz besonderer Dank gebührt meinen Eltern, Annette und Dr. Franz Sandforth. Ihre Förderung und ihre großzügige Unterstützung haben meinen bisherigen Werdegang überhaupt erst möglich gemacht.

Hamburg, Oktober 2021

Luisa Sandforth

Inhaltsübersicht

Teil 1 Einführung	21
A. Einführung in die Thematik	21
I. Bedeutung der Sicherung einer Teilnahme an der Tarifentwicklung	23
II. Gestaltung und Verlauf eines Betriebserwerbs	23
III. Gang der Untersuchung	25
B. Rechtliche Ausgangslage	25
I. Voraussetzungen eines Betriebsübergangs	26
II. Fortgeltung eines beim Veräußerer normativ geltenden Tarifvertrags	27
III. Fortgeltung schuldrechtlicher Anwendbarkeit von Tarifverträgen	77
IV. Ergebnis	97
C. Rahmenbedingungen einer vertraglichen Gestaltung	99
I. Parteien der Vereinbarung	99
II. Vereinbarungszeitpunkt	102
III. Gestaltungsbedarf	104
Teil 2 Gestaltungsmöglichkeiten	107
A. Verpflichtung des Erwerbers zur Schaffung und Aufrechterhaltung einer Tarifbindung	107
I. Verpflichtung zur Begründung und Aufrechterhaltung einer Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband	108
II. Verpflichtung zum Abschluss eines Anerkennungstarifvertrags	198
B. Verpflichtung des Erwerbers zur Tarifierstellung ohne Tarifbindung	256
I. Verpflichtung zur Tarifierstellung gegenüber dem Veräußerer	258
II. Verpflichtung zur Tarifierstellung gegenüber dem einzelnen Arbeitnehmer	282
III. Verpflichtung zur Tarifierstellung gegenüber der Arbeitnehmervertretung	282

Inhaltsübersicht

IV. Verpflichtung zur Tarifierung gegenüber der Gewerkschaft	293
V. Ergebnis	303
Teil 3 Wesentliche Erkenntnisse in Thesen	305
Literaturverzeichnis	311
Abkürzungsverzeichnis	335

Inhaltsverzeichnis

Teil 1 Einführung	21
A. Einführung in die Thematik	21
I. Bedeutung der Sicherung einer Teilnahme an der Tarifentwicklung	23
II. Gestaltung und Verlauf eines Betriebserwerbs	23
1. Kausalgeschäft	23
2. Vollzug	24
III. Gang der Untersuchung	25
B. Rechtliche Ausgangslage	25
I. Voraussetzungen eines Betriebsübergangs	26
II. Fortgeltung eines beim Veräußerer normativ geltenden Tarifvertrags	27
1. Fortgeltung infolge eigener Tarifgebundenheit des Erwerbers	27
a) Firmentarifvertrag	27
aa) Übergang der Tarifbindung	28
(1) Einzelrechtsnachfolge	28
(a) Haustarifvertrag	28
(b) Anerkennungstarifvertrag mit statischer Verweisung	29
(c) Anerkennungstarifvertrag mit dynamischer Verweisung	29
(2) Gesamtrechtsnachfolge: Verschmelzung, Spaltung, Vermögensübertragung	29
bb) Weitere Voraussetzungen der Fortgeltung	30
(1) Keine Verdrängung durch anderen Tarifvertrag	30
(2) Kein Herauswandern aus dem Geltungsbereich	32
cc) Beendigung der Tarifgeltung	32
(1) Zwingende Wirkung	32
(2) Ende der zwingenden Wirkung des Tarifvertrags	33
(a) Folge: Nachwirkung	34

(b) Erzwingung von Vertragsänderungen	35
dd) Zwischenergebnis	37
ee) Europarechtskonforme Auslegung aufgrund der Vorgaben von Art. 3 RL 2001/23/EG?	37
(1) Anwendbarkeit der Richtlinie	38
(2) Drittwirkung der Richtlinie	39
(3) Vorgaben der Richtlinie	40
(a) Ziele der Richtlinie	40
(b) Erreichen des Ziels bei Verschmelzung und Vermögensübertragung	42
(i) Recht zur außerordentlichen Kündigung nach § 314 Abs. 1 BGB	43
(ii) Recht auf Vertragsanpassung gem. § 313 Abs. 1 BGB	45
(c) Erreichen des Ziels bei Spaltung und Teilübertragung	47
ff) Zwischenergebnis	48
b) Verbandstarifvertrag	48
aa) Grundsätzlich kein Übergang der Mitgliedschaft	48
bb) Weitergeltung kraft (freiwilliger) Mitgliedschaft	49
cc) Ende der Tarifgeltung bei Verbandsmitgliedschaft	50
(1) Ende zwingender Geltung	50
(2) Ende der Geltung bei Nachwirkung	52
dd) Zwischenergebnis	52
c) Allgemeinverbindlicherklärung	53
d) Zwischenergebnis	54
2. Fortgeltung gem. § 613a Abs. 1 Sätze 2–4 BGB	55
a) Anwendungsbereich von § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB	56
aa) Fortgeltungsanordnung als Auffanglösung: Verhältnis zur normativen Geltung	56
bb) Anwendbarkeit trotz Tarifbindung des Arbeitgebers?	58
b) Umfang der Fortgeltung	60
c) Statische Geltung	61
d) Beendigungsmöglichkeiten der Tarifgeltung nach § 613a Abs. 1 BGB	62
aa) Individualvertragliche Ablösung, § 613a Abs. 1 Sätze 2 und 4 BGB	62
(1) Änderung nach Jahresfrist	62

(2) Änderung vor Jahresfrist	63
(a) Verlust der zwingenden Wirkung innerhalb Jahresfrist	64
(i) Kündigungsrecht des Erwerbers?	65
(ii) Änderung von Tarifverträgen	67
(b) Vereinbarung eines anderen Tarifvertrags	68
(i) Ablösung durch bestehende arbeitsvertragliche Tarifwechselklausel	69
(ii) Ablösung durch Erzwingung einer Vertragsänderung	72
bb) Kollektivrechtliche Ablösung, § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB	74
(1) Ablösung durch Tarifvertrag	74
(2) Ablösung durch Betriebsvereinbarung	75
e) Zwischenergebnis	76
3. Ergebnis	77
III. Fortgeltung schuldrechtlicher Anwendbarkeit von Tarifverträgen	77
1. Bezugnahmeklauseltypen	78
2. Fortgeltung von Bezugnahmeklauseln bei Betriebsübergang	80
3. Teilnahme an der Tarifentwicklung durch Bezugnahmeklausel	80
a) Gleichstellungsabreden nur bei ausdrücklicher Formulierung	82
b) Bezugsobjekt bei Tarifpluralität	83
aa) Einfluss der „neuen“ Tarifeinheit	83
bb) Umgang mit mehrdeutigen Klauseln	84
c) Zwischenergebnis	88
4. Möglichkeiten der Beendigung schuldrechtlicher Tarifgeltung	89
a) Beendigung der Tarifgeltung im Ganzen	89
b) „Entdynamisierung“ dynamischer Bezugnahmeklauseln	90
aa) Vertragliches Entdynamisierungsrecht	90
bb) „Sachliche Gründe“ zur Rechtfertigung einer Änderungskündigung?	91
cc) Richtlinienkonforme Auslegung von § 2 KSchG	94

5. Zwischenergebnis	96
IV. Ergebnis	97
1. Geltung des Veräußerertarifvertrags	97
2. Teilnahme an der Tarifentwicklung	98
C. Rahmenbedingungen einer vertraglichen Gestaltung	99
I. Parteien der Vereinbarung	99
1. Arbeitnehmer	99
2. Arbeitnehmervertretung	100
3. Gewerkschaft	100
4. Veräußerer	101
5. Erwerber	101
II. Vereinbarungszeitpunkt	102
III. Gestaltungsbedarf	104
Teil 2 Gestaltungsmöglichkeiten	107
A. Verpflichtung des Erwerbers zur Schaffung und Aufrechterhaltung einer Tarifbindung	107
I. Verpflichtung zur Begründung und Aufrechterhaltung einer Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband	108
1. Verpflichtung gegenüber dem Veräußerer	108
a) Verpflichtung zum Eintritt in einen Arbeitgeberverband	109
aa) Vereinbarkeit mit Art. 12 GRCh	109
(1) Private als Grundrechtsadressaten	110
(2) Anwendungsbereich	111
bb) Vereinbarkeit mit der negativen Koalitionsfreiheit	113
(1) Existenz und Verortung der negativen Koalitionsfreiheit	113
(2) Schutzbereich	118
(3) Grundrechtsverpflichtete	119
(4) Beschränkung der gewährleisteten Freiheit i. S. v. Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG	120
(5) Verfügung über eine grundrechtsgeschützte Position	121
(a) Kein Ausschluss der Dispositionsbefugnis durch Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG	123
(i) Verständnis des Wortlauts	125

(ii) Genese und historische Entwicklung	126
(iii) Telos	131
(iv) Systematik	136
(v) Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG ist kein allgemeines Dispositionsverbot	137
(b) Anderweitiger Ausschluss der Dispositionsbefugnis	138
(i) Menschenwürdekern	139
(ii) Objektiver Gehalt	140
(iii) Überwiegendes öffentliches Interesse	141
(iv) Wesensgehalt	143
(v) Widerruflichkeit	144
(c) Dispositionsfähigkeit	145
(i) Einsichtsfähigkeit	145
(ii) Freiwilligkeit	146
(6) Zwischenergebnis	148
cc) Keine Unwirksamkeit gem. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB	149
dd) Kein Vertrag zulasten Dritter	149
ee) Zwischenergebnis	150
b) Verpflichtung zum Verbleib im Arbeitgeberverband	151
aa) Vereinbarkeit mit der negativen Koalitionsfreiheit	151
(1) Dispositionsbefugnis	152
(a) Überwiegendes öffentliches Interesse	152
(b) Kein Totalverzicht	153
(2) Dispositionsfähigkeit	156
(a) Freiwilligkeit	156
(b) Einsichtsfähigkeit	157
(i) Materielle Begrenzung des Verzichts	158
(ii) Formelle Begrenzung des Verzichts	159
(3) Zeitliche Begrenzung durch § 134 BGB i. V. m. § 39 Abs. 2 BGB analog	160
(a) Vorliegen der Analogievoraussetzung	161
(b) Modifikation der Frist aus § 39 Abs. 2 BGB durch Art. 9 Abs. 3 GG?	162

(c) Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Vorgabe aus § 39 Abs. 2 BGB	165
bb) Zwischenergebnis	166
c) Rechtsfolgen bei Nichterfüllung und Durchsetzung	166
aa) Schadensersatz	167
bb) Sicherung der Durchführung	169
(1) Aufschiebende Bedingung	169
(2) Vollstreckbarkeit	169
(a) Eintrittsverpflichtung	170
(b) Verpflichtung zum Verbleib im Arbeitgeberverband	171
(3) Vertragsstrafe	172
d) Zwischenergebnis	172
2. Verpflichtung gegenüber dem einzelnen Arbeitnehmer	172
3. Verpflichtung gegenüber der betrieblichen Arbeitnehmervertretung	173
a) Vereinbarungsbefugnis des Betriebsrats	173
aa) Bindung des Erwerbers durch Vereinbarung zwischen Veräußerer und Betriebsrat	173
bb) Vereinbarung des Erwerbers mit Betriebsrat	178
(1) Rechtsverbindliche Beteiligung des Erwerbers an einer Vereinbarung zwischen Veräußerer und Erwerber	180
(2) Vertragsschluss durch Vertreter ohne Vertretungsmacht	181
(a) Unmittelbare Anwendung von §§ 177 ff. BGB	182
(b) Entsprechende Anwendung von § 177 ff. BGB	182
(c) Folgen der analogen Anwendung von §§ 177 ff. BGB	184
cc) Aufgabenzuweisung bezüglich des Gegenstands der Vereinbarung	184
(1) Betriebsvereinbarung	185
(2) Regelungsabrede	186
(a) Aufgabenzuweisung aus § 106 BetrVG	187
(b) Aufgabenzuweisung aus § 112 BetrVG	188
(c) Aufgabenzuweisung aus Normen zum Verhältnis zu Koalitionen	189
b) Vereinbarungsbefugnis der Personalvertretung	191

c) Zwischenergebnis	192
4. Verpflichtung gegenüber der Gewerkschaft	192
a) Regelungskompetenz der Gewerkschaft	193
b) Vereinbarkeit mit Art. 9 Abs. 3 GG	193
aa) Negative Koalitionsfreiheit des Arbeitgebers	193
(1) Kein Ausschluss der Verfügbarkeit nach Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG	194
(2) Möglichkeit eines wirksamen Grundrechtsverzichts	194
bb) Koalitionsfreiheit des Arbeitgeberverbands	196
c) Zwischenergebnis	197
5. Ergebnis	198
II. Verpflichtung zum Abschluss eines Anerkennungstarifvertrags	198
1. Zulässigkeit eines solchen Anerkennungstarifvertrags	199
a) Zulässigkeit der Vereinbarung eines Anerkennungstarifvertrags mit dynamischer Verweisung	200
aa) Einschränkung der Anforderungen	200
bb) Keine Verpflichtung zur verantwortlichen Rechtssetzung des Arbeitgebers	202
cc) Verpflichtung zur verantwortlichen Rechtssetzung der Gewerkschaft	203
(1) Recht zur ordentlichen Kündigung	203
(2) Sachliche Kriterien für die Vorhersehbarkeit?	205
dd) Zwischenergebnis	206
b) Zulässigkeit des Kündigungsausschlusses	206
aa) Tarifverträge allgemein	207
bb) Anerkennungstarifvertrag mit dynamischer Verweisung	208
(1) Beschränkung wegen verantwortlicher Wahrnehmung der Tariftmacht	208
(2) Beschränkung zum Schutz des Erwerbers	210
(a) Recht zur außerordentlichen Kündigung	211
(b) Rechtsgedanke aus § 39 Abs. 2 BGB	212
(c) Rechtsgedanke aus § 624 BGB und § 15 Abs. 4 TzBfG	213
(d) Zeitliche Begrenzung abhängig vom Regelungsgegenstand des Tarifvertrags	214

(e) Rechtsfolge bei Überschreitung der zulässigen Dauer	215
cc) Zwischenergebnis	216
2. Verpflichtung zum Abschluss des Anerkennungstarifvertrags	216
a) Verpflichtung gegenüber dem Veräußerer	216
aa) Zulässigkeit der Verpflichtung zum Abschluss eines Anerkennungstarifvertrags	217
(1) Vereinbarkeit mit Art. 28 GRCh	217
(2) Vereinbarkeit mit Art. 9 Abs. 3 GG	218
(3) Vereinbarkeit mit § 138 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 12 Abs. 1 GG	221
(4) Keine Unwirksamkeit gem. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB	223
(5) Zwischenergebnis	223
bb) Zulässigkeit der Verpflichtung zur Unterwerfung unter fremde Tarifverträge	224
(1) Vereinbarkeit mit Vorgaben aus Art. 3 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 Satz 1 RL 2001/23/EG	224
(a) Drittwirkung	224
(b) Zwingende Vorgabe	225
(2) Vereinbarkeit mit Unionsgrundrechten	226
(a) Anwendungsbereich	227
(b) Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GRCh	228
(c) Vereinbarkeit mit Art. 16 GRCh	229
(3) Vereinbarkeit mit Art. 9 Abs. 3 GG	230
(a) Verletzung der Koalitionsfreiheit des Erwerbers	230
(i) Druck zum Beitritt	231
(ii) Negative Tarifvertragsfreiheit	233
(b) Verletzung der Rechte des Arbeitgeberverbands aus Art. 9 Abs. 3 GG	237
(4) Vereinbarkeit mit § 138 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 12 Abs. 1 GG	239
cc) Zwischenergebnis	240
b) Verpflichtung gegenüber dem einzelnen Arbeitnehmer	240

c) Verpflichtung gegenüber der betrieblichen Arbeitnehmersvertretung	240
aa) Betriebsrat	241
bb) Personalrat	242
d) Verpflichtung gegenüber einer Gewerkschaft	243
aa) Freiwillige tarifvertragliche Vereinbarung	244
(1) Rechtscharakter des Vorvertrags	246
(2) Vereinbarkeit mit Grundrechten des Erwerbers	248
(3) Keine Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB	248
bb) Erkämpfbare tarifvertragliche Vereinbarung	249
(1) Erkämpfbarkeit von Vorverträgen allgemein	252
(2) Erkämpfbarkeit einer dynamischen Verweisung	252
cc) Schuldrechtliche Vereinbarung	255
dd) Zwischenergebnis	255
3. Durchsetzung	256
4. Ergebnis	256
B. Verpflichtung des Erwerbers zur Tarifierung ohne Tarifierung	256
I. Verpflichtung zur Tarifierung gegenüber dem Veräußerer	258
1. Gestaltungsmöglichkeiten	258
a) Kein Vertrag zulasten Dritter	258
b) Vertrag zugunsten Dritter	259
aa) Anspruch auf Vereinbarung einer Bezugnahme Klausel	260
bb) Einräumung eines Optionsrechts	261
c) Möglichkeit der Zuwendung an einen unbestimmten Personenkreis	262
2. Vereinbarkeit mit höherrangigem und einfachem Recht	263
a) Vereinbarkeit mit europarechtlichen Vorgaben	263
b) Vereinbarkeit mit Art. 9 Abs. 3 GG	263
aa) Verletzung der Rechte des Erwerbers aus Art. 9 Abs. 3 GG	263
bb) Verletzung der Rechte von Koalitionen aus Art. 9 Abs. 3 GG	264
c) Vereinbarkeit mit § 138 BGB i. V. m. Art. 12 GG	266
aa) Grundsatz: Vereinbarung als Grundrechtsbetätigung	266

bb) Ausnahme: Unzulässiger Druck	267
cc) Bindungsdauer	267
d) Unwirksamkeit gem. § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB	269
aa) Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB	269
(1) Für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert	270
(2) Einseitig durch den Veräußerer gestellt	272
(3) Ausgehandelt	273
(4) Kontrollfreiheit trotz Unabdingbarkeit im Einzelfall	275
(5) Teleologische Reduktion von §§ 305 ff. BGB?	276
bb) Inhaltskontrolle	278
e) Zwischenergebnis	281
3. Reichweite der Tarifgeltung	281
II. Verpflichtung zur Tarifierung gegenüber dem einzelnen Arbeitnehmer	282
III. Verpflichtung zur Tarifierung gegenüber der Arbeitnehmervertretung	282
1. Bindung an Tarifvertrag durch Dienst- oder Betriebsvereinbarung	283
a) Vereinbarungsparteien	283
aa) Vereinbarung mit dem Veräußerer	283
(1) Betriebsvereinbarung	284
(2) Dienstvereinbarungen	285
bb) Vereinbarung mit dem Erwerber	286
b) Sachliche Regelungsbefugnis	286
aa) Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 BetrVG	287
bb) Kein Verzicht auf eigene inhaltliche Gestaltung	288
2. Regelungsabrede als Vertrag zugunsten Dritter	289
3. Zwischenergebnis	293
IV. Verpflichtung zur Tarifierung gegenüber der Gewerkschaft	293
1. Vereinbarung in einem Tarifvertrag	294
a) Tarifierbarer Regelungsgegenstand	294
b) Überschreitung der tariflichen Regelungsbefugnis	295
c) Kein Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG	299
aa) Freiwillige tarifvertragliche Regelung in einem Haustarifvertrag	300
bb) Erstreikbare tarifvertragliche Regelung	301

2. Im Wege einer schuldrechtlichen Vereinbarung	302
3. Zwischenergebnis	303
V. Ergebnis	303
Teil 3 Wesentliche Erkenntnisse in Thesen	305
Literaturverzeichnis	311
Abkürzungsverzeichnis	335

Teil 1 Einführung

A. Einführung in die Thematik

Die Tarifentwicklung bestimmt in vielen Fällen wesentlich die Arbeitsbedingungen in einem Betrieb. Das ist dann der Fall, wenn der jeweils gültige Tarifvertrag kraft beiderseitiger Tarifbindung oder kraft Parteivereinbarung auf das Arbeitsverhältnis einwirkt. Die Geltung von Arbeitsbedingungen des jeweils aktuellen Tarifvertrags ist für Arbeitnehmer häufig deshalb vorteilhaft, weil neuere Tarifverträge meist bessere Arbeitsbedingungen vorsehen als ihre Vorgänger.¹ So kam es beispielsweise in den Jahren 1998 bis 2017 im Durchschnitt aller Branchen in Deutschland zu einer Steigerung des Tariflohns von 1,5 % bis 3,1 % gegenüber dem Vorjahr.² Diese tariflichen Verbesserungen sind für die Arbeitnehmer nicht nur vorteilhaft, sondern wegen der jährlichen Inflationsrate (zwischen 0,3 % und 5,1 % in Deutschland von 1992 bis 2018)³ auch wichtig, um ihren Lebensstandard überhaupt halten zu können.

Kommt es zu einem Betriebsübergang, kann innerhalb der Belegschaft erhebliche Unsicherheit über die künftige Entwicklung von Arbeitsbedingungen entstehen. § 613a Abs. 1 Sätze 2–4 BGB sichert zwar auch tarifvertraglich entstandene Besitzstände der Arbeitnehmer; tarifliche Verbesserungen nach Betriebsübergang werden hiervon jedoch nicht erfasst.⁴ Während Arbeitnehmer mit dem früheren Arbeitgeber (im Folgenden: Veräußerer) unter Umständen die Teilnahme an der Tarifentwicklung schuldrechtlich vereinbart haben oder sich für diesen Arbeitgeber entschieden hatten, weil dieser in der Vergangenheit tarifgebunden war und sie so an der Tarifentwicklung teilhaben konnten, kann die Teilnahme an der Tarifentwicklung beim Betriebserwerber ungewiss sein. § 613a Abs. 6 BGB gibt den Arbeitnehmern zwar das Recht, einem Betriebsübergang zu widersprechen und so einen Wechsel ihres Vertragspartners zu vermeiden; dieser Schritt will aber wohl überlegt sein. Fällt der Arbeitsplatz des Arbeitnehmers nämlich im Zuge des Betriebsübergangs beim Veräußerer

1 Vgl. *Däubler*, Anm. zu BAG v. 29.8.2001 – 4 AZR 332/00, RdA 2002, 303, 306.

2 *Schulten*, Statistisches Taschenbuch Tarifpolitik, 2.3.

3 <http://www.inflationrate.com> zuletzt abgerufen am 15.1.19.

4 Vgl. BAG v. 3.7.2013 – 4 AZR 961/11, NZA-RR 2014, 80, Rn. 16.

weg, kommt im Falle eines Widerspruchs eine betriebsbedingte Kündigung durch den Veräußerer in Betracht.⁵

Auch für Veräußerer und Erwerber kann die Ausübung des Widerspruchsrechts missliche Folgen haben. Die Übernahme der Arbeitnehmer kann für den Erwerber nämlich ein entscheidendes Motiv zum Kauf eines Betriebs darstellen. Eine solche Motivation liegt besonders häufig dann vor, wenn es um den Kauf eines Betriebs geht, der wesentlich auf Fachkräfte angewiesen ist. Bei dienstleistungsgeprägten Betrieben kann sogar der gesamte Betriebsübergang scheitern, wenn die Anzahl der Widersprüche so groß ist, dass keine oder nur wenige Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber übergehen könnten.⁶

Aus diesen und weiteren Gründen⁷ kann bei allen Beteiligten ein Bedürfnis bestehen, die künftige Teilnahme der Arbeitsverhältnisse an der Tarifentwicklung schon vor Betriebsübergang festzulegen. Die große praktische Relevanz der Frage, ob und wie solche Vereinbarungen möglich sind, zeigt sich auch darin, dass Personalüberleitungsvereinbarungen über die Tarifgeltung in den letzten Jahren immer wieder Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidungen waren.⁸ In deren Mittelpunkt stand regelmäßig die Frage, ob die jeweilige Vereinbarung zu einer dynamischen Anwendung bestimmter Tarifverträge führen würde.⁹

5 Vgl. ErfK/Preis, BGB § 613a Rn. 156; Bernsau/Dreher/Hauck/Dreher, BGB § 613a Rn. 203; Mückl/Fuhlrott u. a., Arbeitsrecht in der Umstrukturierung/Fuhlrott, 3 Rn. 284; Bachner/Gebhardt, Betriebsübergang/Interessenausgleich/Sozialplan, S. 77.

6 WHSS/Willemsen, G Rn. 153; Übernahme der Hauptbelegschaft kann ein wesentliches Kriterium für das Vorliegen eines Betriebsübergangs sein, EuGH v. 11.03.1997 – Rs. C-13/95, NZA 1997, 433, Rn. 14.

7 Dazu noch unter Teil 1 C.I.

8 Vgl. BAG v. 13.12.2017 – 4 AZR 202/15, NZA 2018, 793; v. 30.8.2017 – 4 AZR 95/14, NZA 2018, 255; v. 23.2.2011 – 4 AZR 439/09, NZA-RR 2012, 253; v. 23.2.2011 – 4 AZR 536/09, NZA-RR 2011, 510; v. 26.8.2009 – 4 AZR 290/08, NZA 2010, 891; v. 10.12.2008 – 4 AZR 881/07, NZA-RR 2009, 537; nicht als Personalüberleitungsvereinbarung bezeichnet, aber mit ähnlichem Zweck: BAG v. 19.9.2006 – 1 ABR 2/06, NZA 2007, 277; v. 20.4.2005 – 4 AZR 292/04, NZA 2006, 281.

9 Vgl. BAG v. 13.12.2017 – 4 AZR 202/15, NZA 2018, 793, Rn. 19 ff.; v. 30.8.2017 – 4 AZR 95/14, NZA 2018, 255, Rn. 16 ff.; v. 23.2.2011 – 4 AZR 439/09, NZA-RR 2012, 253, Rn. 21 ff.; v. 23.2.2011 – 4 AZR 536/09, NZA-RR 2011, 510, Rn. 14 ff.; v. 26.8.2009 – 4 AZR 290/08, NZA 2010, 891, Rn. 21 ff.; v. 10.12.2008 – 4 AZR 881/07, NZA-RR 2009, 537, Rn. 13 ff.; v. 19.9.2006 – 1 ABR 2/06, NZA 2007, 277, Rn. 15; v. 20.4.2005 – 4 AZR 292/04, NZA 2006, 281 f.

I. Bedeutung der Sicherung einer Teilnahme an der Tarifentwicklung

Die Teilnahme eines Arbeitsverhältnisses an der Tarifentwicklung findet statt, wenn auf ein Arbeitsverhältnis die jeweils aktuelle Fassung bestimmter tariflicher Regelwerke und die diese gegebenenfalls ersetzenden Tarifverträge (Tarifsukzession) anzuwenden sind.¹⁰ Eine Sicherung der Teilnahme an der Tarifentwicklung nach Betriebsübergang kommt logisch nur dann in Betracht, wenn die Arbeitsverhältnisse bereits vor dem Betriebsübergang an einer Tarifentwicklung teilnahmen. Eine Teilnahme an der Tarifentwicklung kann beim Veräußerer kraft beiderseitiger Tarifbindung stattfinden oder (ggf. zusätzlich) schuldrechtlich erzeugt werden.¹¹ Schuldrechtlich wird die Teilnahme an der Tarifentwicklung in der Regel durch eine sogenannte dynamische Bezugnahme Klausel im Arbeitsvertrag sichergestellt.¹²

II. Gestaltung und Verlauf eines Betriebserwerbs

Zunächst soll der Verlauf eines Betriebserwerbs skizziert werden, um nachzuvollziehen, in welchen Fällen es überhaupt zu einem Rechtsträgerwechsel mit der Folge kommt, dass die bestehende Teilnahme an der Tarifentwicklung infrage gestellt wird.

1. Kausalgeschäft

Die Übertragung eines Betriebs erfolgt auf Grundlage eines Kausalgeschäfts zwischen Veräußerer und Erwerber.¹³ Dabei ist die Rechtsnatur des

¹⁰ Vgl. Löwisch/Rieble, TVG § 3 Rn. 591.

¹¹ Bei beiderseitiger Tarifgebundenheit gilt das sog. Ablösungsprinzip (*lex posterior derogat legi priori*). Die Parteien können den früheren Tarifvertrag jederzeit ändern oder ersetzen, Däubler TVG/Deinert, TVG § 4 Rn. 106; MAH ArbR/Hamacher/van Laak, § 68 Rn. 162; BAG v. 14.9.2011 – 10 AZR 358/10, NZA 2011, 1358, Rn. 17; v. 15.4.2008 – 9 AZR 159/07, NZA-RR 2008, 586, Rn. 50; v. 24.10.2007 – 10 AZR 878/06, NZA 2008, 131, Rn. 18; zur schuldrechtlichen Teilnahme an der Tarifentwicklung: MAH ArbR/Hamacher/van Laak, § 68 Rn. 77 f.

¹² MAH ArbR/Hamacher/van Laak, § 68 Rn. 77 f., Rn. 114.

¹³ MAH ArbR/Cohen, § 53 Rn. 82; Bachner/Gehrhardt, Betriebsübergang/Interessenausgleich/Sozialplan, S. 44; vgl. Bernsau/Dreher/Hauck/Dreher, BGB § 613a Rn. 156.

Kausalgeschäfts ohne Relevanz.¹⁴ In der Praxis wird es sich in vielen Fällen um einen Unternehmenskaufvertrag handeln.¹⁵ Allerdings ist das Kausalgeschäft abstrakt von der eigentlichen Übertragung des Betriebs, also dem Vollzug.¹⁶ Der Vollzug erfolgt am Übergabestichtag, welcher häufig in der Zukunft liegt.¹⁷ Der Vollzug liegt in der tatsächlichen Übernahme der betrieblichen Organisationsgewalt.¹⁸ Von der Ausgestaltung des Vollzugs hängt es ab, ob die Tarifgeltung im Betrieb beeinflusst wird.

2. Vollzug

Bei der Übertragung im Wege des *Share Deal* ändert sich der Rechtsträger des Betriebs nicht; es findet kein Arbeitgeberwechsel statt.¹⁹ Der Erwerb von Unternehmensteilen führt demzufolge auch nicht zu einem Betriebsübergang i. S. v. § 613a BGB.²⁰ Ein Betriebsübergang kann demgegenüber vorliegen, wenn Betriebsmittel eines Unternehmens im Wege der Einzelrechtsnachfolge auf einen anderen Inhaber übertragen werden (sog. *Asset Deal*).²¹ Der Betriebsübergang findet in dem Zeitpunkt statt, in dem der Betrieb auf den anderen Betriebsinhaber übergeht, § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB. Der Betrieb geht dann auf einen anderen Betriebsinhaber

14 Picot/Schnitker, Rn. 156; MAH ArbR/Cohen, § 53 Rn. 83.

15 MAH ArbR/Cohen, § 53 Rn. 83.

16 Vgl. MAH GmbH-Recht/Picot, § 21 Rn. 228.

17 Vgl. MAH GmbH-Recht/Picot, § 21 Rn. 228.

18 Picot/Schnitker, Rn. 189, Bachner/Gerhardt, Betriebsübergang/Interessenausgleich/Sozialplan, S. 45; EuGH v. 26.5.2005 – C-478/03, NZA 2005, 681, Rn. 36; BAG 27.10.2005 – 8 AZR 568/04, NZA 2006, 668, 671; anders noch BAG v. 26.3.1996 – 3 AZR 965/94, AP Nr. 148 zu § 613a BGB.

19 BAG v. 23.3.2017 – 8 AZR 89/15, NZA 2017, 981, Rn. 17; Picot/Schnitker, Rn. 6.

20 Picot/Schnitker, Rn. 6; WHSS/Willemsen, B Rn. 6; Bachner/Köstler/Matthießen/Trittin, Arbeitsrecht bei Unternehmensumwandlung und Betriebsübergang/Bachner, § 2 Rn. 19; trotzdem kann im Einzelfall ein Interesse daran bestehen, die Teilnahme der Arbeitsverhältnisse an der Tarifentwicklung zu sichern, vgl. dazu beispielsweise die Vereinbarung der Parteien in der Entscheidung LAG Rheinland-Pfalz v. 20.7.2006 – 6 Sa 103/06, juris. Schließlich nehmen die Anteilseigner auf das Unternehmen Einfluss, sodass ein Wechsel der Anteilseigner auch mittelbar die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer beeinflussen kann. Da die Teilnahme an der Tarifentwicklung nur beim Betriebsübergang aufgrund der lediglich statischen Tarifanwendung nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB beim Betriebsübergang unmittelbar infrage steht, soll sich diese Arbeit auf die Betrachtung des Betriebsübergangs beschränken.

21 Zu den Voraussetzungen siehe sogleich unter Teil 1 B.I.

über, wenn der Betriebsinhaber die rechtlich begründete Leitungsmacht übernimmt.²²

III. Gang der Untersuchung

Nun muss die rechtliche Lage im Falle eines Betriebsübergangs beleuchtet werden, um herauszuarbeiten, inwieweit schon ohne Gestaltung eine Geltung des Veräußererarifvertrags und Teilnahme an der Tarifentwicklung beim Erwerber stattfindet und gesichert ist. Da ein Sicherungsinteresse, sofern es besteht, beim Arbeitnehmer liegt, muss insoweit untersucht werden, ob und wie der Erwerber die Tarifgeltung und insbesondere die Teilnahme an der Tarifentwicklung ohne Mitwirkung des Arbeitnehmers beenden kann (Teil 1 B). Anschließend werden Regelungsinteressen verschiedener Parteien zum Abschluss einer Vereinbarung, der Vereinbarungszeitpunkt und der mögliche Gestaltungsbedarf beleuchtet (Teil 1 C). Schließlich wird herausgearbeitet, welche Vereinbarungen in Betracht kommen und schließlich deren Wirksamkeit unter Berücksichtigung der Regelungsbefugnis der Parteien überprüft (Teil 2).

B. Rechtliche Ausgangslage

In diesem Kapitel soll untersucht werden, ob und wie Tarifverträge, die für das Arbeitsverhältnis zwischen Veräußerer und Arbeitnehmer galten, auch für das Arbeitsverhältnis zwischen Erwerber und Arbeitnehmer gelten. Dabei wird herausgearbeitet, ob und inwieweit die Tarifgeltung und die Teilnahme der Arbeitsverhältnisse an der Tarifentwicklung nach Betriebsübergang bereits ohne besondere Vereinbarung anlässlich des Betriebsübergangs gesichert ist. Dazu wird jeweils zunächst untersucht, ob ein Tarifvertrag auch nach Betriebsübergang für das Arbeitsverhältnis gilt, und anschließend geprüft, ob und unter welchen Voraussetzungen der Erwerber die Tarifgeltung oder einzelne Tarifbedingungen einseitig zuungunsten des Arbeitnehmers ändern kann. Auf Grundlage dessen kann festgestellt werden, in welchen Fällen und auf welcher Grundlage eine

22 Picot/Schnitker, Rn. 189, Bachner/Gerhardt, Betriebsübergang/Interessenausgleich/Sozialplan, S. 45; EuGH v. 26.5.2005 – C-478/03, NZA 2005, 681, Rn. 36; BAG v. 27.10.2005 – 8 AZR 568/04, NZA 2006, 668, 671; anders noch BAG v. 26.3.1996 – 3 AZR 965/94, AP Nr. 148 zu § 613a BGB.

rechtliche Gestaltung notwendig ist, wenn die Teilnahme an der Tarifentwicklung sichergestellt werden soll.

I. Voraussetzungen eines Betriebsübergangs

Bei einem Betriebsübergang vollzieht sich ein Übergang der Arbeitsverhältnisse gem. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB kraft Gesetzes für die dem veräußerten Betrieb oder Betriebsteil zugeordneten Arbeitsverhältnisse.²³ Ein Betriebsübergang setzt voraus, dass ein Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber übergeht, § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB. Ein Betrieb oder Betriebsteil ist eine auf gewisse Dauer angelegte, hinreichend strukturierte und selbstständige wirtschaftliche Einheit, in der ein Unternehmer mithilfe persönlicher, sächlicher und immaterieller Mittel bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt.²⁴ Darüber hinaus setzt § 613a BGB die tatsächliche Fortführung, nämlich die Wahrung der Identität des Betriebs oder Betriebsteils durch den Erwerber, voraus.²⁵ Unter welchen Voraussetzungen eine solche Fortführung angenommen wird, hängt von der Art des Betriebs ab, nämlich von der ausgeübten Tätigkeit und den betrieblichen Besonderheiten.²⁶ § 613a BGB differenziert nicht zwischen privatrechtlichen Betrieben und solchen der öffentlichen Hand. Folglich ist die Norm auch im Rahmen von Privatisierungen, also der Übertragung einer Dienststelle auf eine juristische Person des Privatrechts, anwendbar.²⁷

23 Vgl. Bernsau/Dreher/Hauck/Dreher, BGB § 613a Rn. 122; Mückl/Fuhlrott u. a., Arbeitsrecht in der Umstrukturierung/Fuhlrott, 3 Rn. 86; ErfK/Preis, BGB § 613a Rn. 66, 72.

24 Jauerning/Mansel, BGB § 613a Rn. 3; MüKoBGB/Müller-Glöge, BGB § 613a Rn. 14.

25 BAG v. 7.4.2011 – 8 AZR 730/09, NZA 2011, 1231, Rn. 15; v. 17.12.2009 – 8 AZR 1019/08, NZA 2010, 499, Rn. 20; ErfK/Preis, BGB § 613a Rn. 50; BeckOK BGB/Fuchs/Baumgärtner, § 613a Rn. 15.

26 BAG v. 13.12.2007 – 8 AZR 937/06, NZA 2008, 1021, Rn. 12; MüKoBGB/Müller-Glöge, BGB § 613a Rn. 26; Bergmann, ZfPR 2009, 81, 82.

27 MAH Medizinrecht/Thomae, § 12 Rn. 160; Schaub/Abrendt, § 116 Rn. 43, 46; vgl. BAG v. 25.5.2000 – 8 AZR 416/99, NZA 2000, 1115, 1117.

II. Fortgeltung eines beim Veräußerer normativ geltenden Tarifvertrags

Zunächst wird die Fortgeltung eines beim Veräußerer normativ geltenden Tarifvertrags untersucht. Normativ, d. h. unmittelbar und zwingend, gelten Tarifverträge gem. § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG zwischen beiderseits Tarifgebundenen. Ein Tarifvertrag gilt also für ein Arbeitsverhältnis beim Veräußerer normativ, wenn der Veräußerer kraft Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband oder als Partei eines Tarifvertrags an den Tarifvertrag gebunden ist und der Arbeitnehmer seinerseits kraft Mitgliedschaft in der tarifschließenden Gewerkschaft an denselben Tarifvertrag gebunden ist. Da beiderseitige Tarifbindung stets Voraussetzung normativer Tarifgeltung ist, ist eine normative Fortgeltung beim Erwerber nur möglich, wenn der Arbeitnehmer die Mitgliedschaft in der Gewerkschaft aufrechterhält.

1. Fortgeltung infolge eigener Tarifgebundenheit des Erwerbers

Eine normative Fortgeltung aufgrund der Tarifgebundenheit des Erwerbers kommt kraft Übergang oder Übernahme der Tarifbindung oder aufgrund eigener Verbandsmitgliedschaft in Betracht. Zunächst ist danach zu differenzieren, ob der Tarifvertrag beim Veräußerer normativ gilt, weil dieser selbst Tarifpartei ist [a)], oder ob der Tarifvertrag infolge seiner Mitgliedschaft im tarifvertragsschließenden Arbeitgeberverband gilt [b)].

a) Firmentarifvertrag

Wurde der Tarifvertrag nicht von einem Arbeitgeberverband, sondern von einem einzelnen Arbeitgeber (in der Regel dem Veräußerer selbst) mit der Gewerkschaft geschlossen, handelt es sich um einen sogenannten Firmentarifvertrag.²⁸ Firmentarifverträge lassen sich in Haustarifverträge und Anerkennungstarifverträge unterteilen.²⁹ Ein Haustarifvertrag bezeichnet einen Tarifvertrag, der spezifische Regelungen für das Unternehmen enthält, während ein Anerkennungstarifvertrag (auch: verweisender Tarifvertrag oder Verweisungstarifvertrag) einen oder mehrere Tarifverträge statisch oder dynamisch in Bezug nimmt.³⁰

28 Däubler TVG/*Peter*, TVG § 2 Rn. 135.

29 *Abrendt*, RdA 2012, 129, 130.

30 Vgl. *Abrendt*, RdA 2012, 129, 130.

aa) Übergang der Tarifbindung

Tarifverträge gelten nur zwischen beiderseits Tarifgebundenen normativ, vgl. § 4 Abs. 1 TVG. Dementsprechend kommt eine Tarifgeltung beim Erwerber nur in Betracht, wenn dieser an den Firmentarifvertrag des Veräußerers gebunden ist. Fraglich ist also, ob und unter welchen Umständen die Tarifbindung auf den Erwerber übergehen kann.

(1) Einzelrechtsnachfolge

Im Falle der Einzelrechtsnachfolge geht die Bindung an einen Firmentarifvertrag nicht mit dem Betriebsübergang auf den Erwerber über. Der Firmentarifvertrag gilt deshalb im Falle der Einzelrechtsnachfolge grundsätzlich nicht normativ fort.³¹ Zu einer normativen Fortgeltung kommt es nur dann, wenn der Erwerber mit der tarifvertragschließenden Gewerkschaft die Übernahme des Tarifvertrags vereinbart.³² Dazu ist jedoch eine (freiwillige) Vereinbarung mit der Gewerkschaft nötig.³³

(a) Haustarifvertrag

Auch im Falle einer freiwilligen Übernahme eines Haustarifvertrags kann eine Teilnahme an einer Tarifentwicklung nicht als gesichert angesehen werden: Der Erwerber ist dann als Tarifpartei zwar gem. § 3 Abs. 1 TVG an die jeweils gültige Fassung gebunden. Ohne Mitwirkung des Erwerbers, der nun einzige Tarifpartei auf Arbeitgeberseite ist, kann allerdings kein neuer Tarifvertrag abgeschlossen werden und damit auch keine Tarifentwicklung stattfinden. Eine Verpflichtung zu einer Bindung an die jeweils gültige Fassung eines Haustarifvertrags kommt daher nicht in Betracht, um die Teilnahme der Arbeitnehmer an der Tarifentwicklung sicherzustellen.

31 Vgl. *Jacobs*, NZA-Beil. 2009, 45 f.; *WHSS/Hobenstatt*, E Rn. 98 m. w. N.

32 *HWK/Willemsen/Müller-Bonanni*, BGB § 613a Rn. 262; *Grobys/Panzer-Heemeier/Döring/Sartorius/Groß*, Betriebsübergang Rn. 104.

33 *MAH ArbR/Cohnen*, § 54 Rn. 67.

(b) Anerkennungstarifvertrag mit statischer Verweisung

Gleiches gilt auch für Tarifverträge, die statisch auf einen oder mehrere andere Tarifverträge verweisen: Auch hier kommt es ohne Mitwirkung des Erwerbers nicht zu einer Veränderung der anwendbaren Regelungen.

(c) Anerkennungstarifvertrag mit dynamischer Verweisung

Anders liegt der Fall, wenn es sich bei dem Firmentarifvertrag um einen Anerkennungstarifvertrag handelt, der dynamisch auf einen oder mehrere andere Tarifverträge verweist.³⁴ Zulässig ist eine Verweisung auf einen Tarifvertrag ganz oder teilweise fremder Tarifparteien nach der Rechtsprechung des BAG nur in engen Grenzen – der Tarifvertrag, auf den verwiesen wird, muss nach seinem räumlichen, betrieblichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich eng mit dem Anerkennungstarifvertrags zusammenhängen.³⁵ Wird in einem solchen Anerkennungstarifvertrag dynamisch auf einen Verbandstarifvertrag verwiesen,³⁶ bleibt die Dynamik bei einer normativen Fortgeltung durch Übernahme des Anerkennungstarifvertrags beim Erwerber erhalten.

(2) Gesamtrechtsnachfolge: Verschmelzung, Spaltung, Vermögensübertragung

Anders liegt der Fall, wenn es sich um eine Gesamtrechtsnachfolge handelt: Bei der Verschmelzung geht der Firmentarifvertrag als Teil der Verbindlichkeiten nach § 20 Abs. 1 UmwG auf den übernehmenden Rechtsträger über.³⁷ Letzterer wird Tarifpartei anstelle des übertragenden Rechts-

34 Ob ein Firmentarifvertrag dynamisch auf andere Tarifwerke verweist, sodass die von anderen Tarifvertragsparteien geschaffenen Regelungen durch den Firmentarifvertrag konstitutiv übernommen werden, ist eine Frage der Auslegung, vgl. Däubler TVG/*Bepler*, TVG § 4 Rn. 997.

35 *Löwisch/Rieble*, TVG § 1 Rn. 29.

36 Die Verweisung eines Firmen- auf einen Verbandstarifvertrag ist der typische Fall eines verweisenden Tarifvertrags, vgl. Däubler TVG/*Bepler*, TVG § 4 Rn. 996.

37 WHSS/*Hohenstatt*, E Rn. 102 f.; BAG v. 24.6.1998 – 4 AZR 208/97, NZA 1998, 1346, 1347 (für Verschmelzung gem. § 2 Nr. 2 UmwG); v. 4.7.2007 – 4 AZR 491/06, NZA 2008, 307, Rn. 20; v. 15.6.2016 – 4 AZR 805/14, NZA 2017, 326, Rn. 33 (für Verschmelzung gem. § 2 Nr. 1 UmwG); a. A. *Kreßel*, BB 1995, 925,

trägers.³⁸ Im Falle der Spaltung kommt es nur dann zu einer Rechtsnachfolge in den Firmentarifvertrag gem. § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG, wenn die Rechtsnachfolge in den Firmentarifvertrag im Spaltungs- und Übernahmevertrag gem. § 126 Abs. 1 Nr. 9 UmwG vorgesehen ist.³⁹ Bei der Vermögensübertragung hängt die Rechtsnachfolge in den Firmentarifvertrag davon ab, ob es sich um eine Vollübertragung (§ 174 Abs. 1 UmwG) oder eine Teilübertragung (§ 174 Abs. 2 UmwG) handelt: Bei einer Vollrechtsübertragung gilt das zur Verschmelzung Dargelegte, im Falle der Teilübertragung gilt das zur Spaltung Dargelegte.⁴⁰ Auch soweit der Firmentarifvertrag auf den Erwerber übergeht, bleibt dieser an die jeweils gültige Fassung dieses Tarifvertrags gebunden. Allerdings gilt auch hier, dass die Teilnahme an der Tarifentwicklung bei Haustarifverträgen und Anerkennungstarifverträgen mit statischer Verweisung in der Hand des Erwerbers liegt. Lediglich bei Übergang eines Anerkennungstarifvertrags mit dynamischer Verweisung findet eine Teilnahme an der Tarifentwicklung ohne weitere Mitwirkung des Erwerbers statt.

bb) Weitere Voraussetzungen der Fortgeltung

Ist der Erwerber durch Übernahme oder Übergang des Firmentarifvertrags an diesen gebunden, gilt der Firmentarifvertrag im Betrieb nur normativ, wenn dort weiterhin alle übrigen Voraussetzungen seiner normativen Geltung erfüllt sind. Dazu darf er nicht verdrängt werden; außerdem muss der Betrieb weiterhin in den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallen.

(1) Keine Verdrängung durch anderen Tarifvertrag

Der Tarifvertrag gilt für die Arbeitsverhältnisse tarifgebundener Arbeitnehmer beim Erwerber nicht, solange er von einem anderen Tarifvertrag verdrängt wird. Eine Verdrängung kann gem. § 4a Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 TVG

930, der im automatischen Übergang der kollektivrechtlichen Verpflichtungen aus Firmentarifverträgen einen Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG sieht.

38 Jacobs, NZA-Beil. 2009, 45, 46.

39 BAG v. 21.11.2012 – 4 AZR 85/11, NZA 2013, 512, Rn. 27 zur Spaltung in Form einer Ausgliederung; Boecken, Unternehmensumwandlungen und Arbeitsrecht, Rn. 206.

40 WHSS/Hohenstatt, E Rn. 113; Gaul, NZA 1995, 717, 719.

durch einen Tarifvertrag mit einer anderen Gewerkschaft erfolgen. Nach § 4a Abs. 2 Sätze 2 und 3 TVG wird der Veräußerertarifvertrag beim Erwerber zum einen verdrängt, wenn es durch den Betriebsübergang zu einer erstmaligen Tarifkollision kommt und die Gewerkschaft des beim Erwerber bereits zuvor geltenden Tarifvertrags zum Zeitpunkt der Kollision im Betrieb die meisten im einem Arbeitsverhältnis zum Erwerber stehenden Mitglieder hat. Zum anderen wird der Veräußerertarifvertrag verdrängt, wenn in dem aufnehmenden Betrieb schon zuvor eine Kollisionslage bestand, infolge der der Veräußerertarifvertrag verdrängt wurde.⁴¹ Allerdings wird der Minderheitentarifvertrag gem. § 4a Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 TVG nicht verdrängt, wenn die Interessen der Arbeitnehmer, die vom Minderheitentarifvertrag erfasst werden, beim Zustandekommen des Mehrheitstarifvertrags nicht ernsthaft und wirksam berücksichtigt wurden.⁴² Die Tarifnormen werden durch den Geltungsvorrang nicht vernichtet, sondern sind lediglich im Verdrängungsbereich für die Zeit der Verdrängung nicht anwendbar.⁴³ § 4a Abs. 2 TVG erweitert nicht den Geltungsbereich des Mehrheitstarifvertrags, sondern ordnet lediglich den Anwendungsvorrang des Mehrheitstarifvertrags an: Der Minderheitentarifvertrag wird verdrängt, die Mitglieder der Minderheitengewerkschaft sind aber infolge dessen nicht an den Mehrheitstarifvertrag gebunden; dazu bedarf es ihrer Mitgliedschaft in der entsprechenden tarifschließenden Gewerkschaft.⁴⁴ Wird der beim Erwerber normativ geltende Tarifvertrag verdrängt, so gilt deshalb normativ kein Tarifvertrag für das Arbeitsverhältnis, es sei denn, der Arbeitnehmer ist oder wird Mitglied der Gewerkschaft, die den Mehrheitstarifvertrag abgeschlossen hat.

Außerdem kann ein speziellerer Tarifvertrag mit derselben Gewerkschaft zur Verdrängung der tariflichen Normen führen. In diesem Fall ist der Arbeitnehmer kraft Gewerkschaftsmitgliedschaft auch an den speziell-

41 *Hohenstatt/Schuster*, ZIP 2016, 5, 7 f.

42 Der mit Wirkung zum 1.1.2019 wegen der Kritik des BVerfG (BVerfG v. 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 u. a., NZA 2017, 915, Rn. 215) eingeführte zweite Halbsatz von § 4a Abs. 2 Satz 2 BGB lässt allerdings die Frage offen, in welchen Fällen von einer wirksamen Berücksichtigung der Interessen der an den Minderheitentarifvertrag gebundenen Arbeitnehmer auszugehen ist. Wenn die Kollision der Tarifverträge zum Zeitpunkt des Tarifvertragsschlusses noch gar nicht absehbar war, dürften diese Interessen bei Zustandekommen der Tarifverträge regelmäßig nicht explizit erörtert worden sein.

43 Vgl. *Löwisch/Rieble*, TVG § 4a Rn. 174.

44 *Däubler TVG/Zwanziger*, TVG § 4a Rn. 46.

leren Tarifvertrag gebunden mit der Folge, dass dieser für sein Arbeitsverhältnis gilt.⁴⁵

(2) Kein Herauswandern aus dem Geltungsbereich

Weiterhin gilt ein Tarifvertrag beim Erwerber nicht normativ, wenn der Betrieb im Zuge des Betriebsübergangs aus dem Geltungsbereich des Tarifvertrags hinauswandert.⁴⁶ Dabei ist zu beachten, dass ein Anerkennungsvertrag einen eigenen räumlichen Geltungsbereich umschreiben kann, der dann für das Bezugsobjekt gilt.⁴⁷ Wandert der Betrieb im Zuge des Betriebsübergangs aus dem Geltungsbereich des Tarifvertrags heraus, scheidet eine Nachwirkung analog § 4 Abs. 5 TVG aus. Aufgrund der Fortgeltungsanordnung durch § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB ist für eine Analogie mangels Regelungslücke kein Raum.⁴⁸

cc) Beendigung der Tarifgeltung

Soweit nach den oben erläuterten Grundsätzen die normative Tarifgeltung beim Erwerber erhalten bleibt, ist die Tarifgeltung beim Erwerber nur insoweit gesichert, als der Erwerber sie nicht beenden kann. Dazu ist zu untersuchen, wie die Tarifgeltung durch den Arbeitgeber beendet werden kann.

(1) Zwingende Wirkung

Gem. § 4 Abs. 1 TVG gelten Rechtsnormen des Tarifvertrags unmittelbar und zwingend zwischen den beiderseits Tarifgebundenen, die in den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallen. Die zwingende Wirkung steht anderslautenden Individualabreden, Betriebsvereinbarungen und Einigungs-

45 Vgl. ErfK/Franzen, TVG § 4a Rn. 29, 31.

46 Vgl. Löwisch/Rieble, TVG § 4 Rn. 788.

47 Vgl. BAG v. 3.7.2013 – 4 AZR 961/11, NZA-RR 2014, 80, Rn. 15.

48 Vgl. APS/Steffan, BGB § 613a Rn. 111; BAG v. 29.8.2001 – 4 AZR 332/00, NZA 2002, 513, 515: Eine unmittelbare oder entsprechende Anwendung des § 3 Abs. 3 TVG sei wegen der spezielleren Regelungen in § 613a Abs. 1 Sätze 2 bis 4 BGB ausgeschlossen.

stellensprüchen entgegen.⁴⁹ Abweichungen zugunsten der Arbeitnehmer bleiben allerdings möglich (§ 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG). Abweichungen sind ausnahmsweise auch zuungunsten der Arbeitnehmer möglich, soweit der Tarifvertrag dies explizit vorsieht (sog. Öffnungsklausel, § 4 Abs. 3 Alt. 1 TVG). Kollidiert eine individualvertragliche Abrede in anderen Fällen mit Regelungen im Tarifvertrag, so tritt die tarifliche Regelung an die Stelle der entgegenstehenden vertraglichen Regelung.⁵⁰ Dementsprechend können tarifliche Regelungen ohne Öffnungsklausel nicht wirksam individualvertraglich zuungunsten der Arbeitnehmer geändert werden. Solche Änderungen können auch nicht durch Änderungskündigung gem. § 2 KSchG erzwungen werden.⁵¹ Während seiner Laufzeit nehmen die Arbeitsverhältnisse der tarifgebundenen Arbeitnehmer bei Geltung eines Anerkennungstarifvertrags mit dynamischer Verweisung damit zwingend an der Tarifentwicklung des in Bezug genommenen Tarifvertrags teil. Wie zuvor ausgeführt worden ist, besteht eine vom Willen des Erwerbers unabhängige Tarifentwicklung bei Firmentarifverträgen nur im Falle eines Anerkennungstarifvertrags mit dynamischer Verweisung.

(2) Ende der zwingenden Wirkung des Tarifvertrags

Wird der Arbeitgeber durch Übernahme des Tarifvertrags oder Übergang des Tarifvertrags Tarifvertragspartei, endet die Tarifgebundenheit mit dem Ende des Tarifvertrags, vgl. § 3 Abs. 3 TVG.⁵² Je nach Vereinbarung im Tarifvertrag⁵³ endet der Tarifvertrag mit Kündigung und Ablauf der Kündigungsfrist, mit Ende seiner Laufzeit oder einvernehmlicher Aufhebung.⁵⁴ Tarifverträge können durch die Parteien unter Ausschluss der Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung befristet werden, ohne dass dafür ein sachlicher Grund erforderlich ist.⁵⁵ Darüber hinaus kann die unmittelbare und zwingende Tarifgeltung auch bei Entfallen sonstiger Geltungsvoraus-

49 Däubler TVG/Deinert, TVG § 4 Rn. 571.

50 ErfK/Franzen, TVG § 4 Rn. 3; Däubler TVG/Deinert, TVG § 4 Rn. 571.

51 Vgl. BAG v. 18.12.1997 – 2 AZR 709/96, NZA 1998, 304, 305 ff.

52 Vgl. ErfK/Franzen, TVG § 3 Rn. 15.

53 Wiedemann/Wank, TVG § 4 Rn. 23; vgl. Däubler TVG/Deinert, TVG § 4 Rn. 78.

54 Vgl. ErfK/Franzen, TVG § 3 Rn. 25.

55 NK-ArbR/Frieling, TVG § 1 Rn. 32; vgl. auch Däubler TVG/Deinert, TVG § 4 Rn. 116, der bei einer Befristung die ordentliche Kündigung ohne abweichende Regelung regelmäßig für ausgeschlossen hält; dazu noch ausführlich unten unter Teil 2 A.II.1.b)aa).

setzungen des Tarifvertrags enden, z. B. bei Herauswachsen des Betriebs aus dem Geltungsbereich des Tarifvertrags.⁵⁶

(a) Folge: Nachwirkung

Endet der Tarifvertrag, gelten die Normen des Tarifvertrags gem. § 4 Abs. 5 TVG weiter, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden, sog. Nachwirkung⁵⁷. Die Nachwirkung tritt nicht ein, wenn die Tarifvertragsparteien die Nachwirkung ausgeschlossen haben.⁵⁸ Auch die Normen eines von einem Anerkennungsvertrag in Bezug genommen Tarifvertrags gelten dispositiv und statisch weiter: Änderungen der in Bezug genommenen tariflichen Regelungen werden im Nachwirkungszeitraum nicht vom Anerkennungstarifvertrag erfasst.⁵⁹

Nach Ende des Tarifvertrags gelten die Tarifvertragsnormen daher weiterhin unmittelbar, aber nicht mehr zwingend.⁶⁰ Sie können dementsprechend nicht nur durch einen anderen Tarifvertrag⁶¹ oder eine ablösende Betriebsvereinbarung⁶², sondern auch durch eine Abmachung zwischen den Arbeitsvertragsparteien ersetzt werden.⁶³

56 Vgl. BAG v. 10.12.1997 – 4 AZR 247/96, NZA 1998, 484, 486.

57 Kempen/Zachert/Kempen, TVG § 4 Rn. 716.

58 Ein Ausschluss der Nachwirkung ist grundsätzlich möglich: BAG v. 29.1.1975 – 4 AZR 218/74, AP Nr. 8 zu § 4 TVG Nachwirkung; v. 3.9.1986 – 5 AZR 319/85, NZA 1987, 178, 179; v. 8.10.1997 – 4 AZR 87/96, NZA 1998, 492, 493; Däubler TVG/Bepler, TVG § 4 Rn. 902; Löwisch/Rieble, TVG § 4 Rn. 858, Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht Bd. I, S. 876 f.; a. A. Herschel, ZfA 1976, 89, 97.

59 BAG v. 10.11.1982 – 4 AZR 1203/79, AP Nr. 8 zu § 1 TVG Form; v. 24.11.1999 – 4 AZR 666/98, NZA 2000, 435; v. 12.12.2007 – 4 AZR 996/06, NZA 2008, 892, 894; BAG v. 22.3.2017 – 4 AZR 462/16, NZA 2017, 587, Rn. 20; Däubler TVG/Bepler, TVG § 4 Rn. 999; NK-ArbR/Frieling, TVG § 1 Rn. 155; Jacobs, Anm. zu BAG v. 24.11.1999 – 4 AZR 666/98, AP Nr. 34 zu § 4 TVG Nachwirkung; Jacobs, jurisPR-ArbR 19/2017 Anm. 1.

60 BAG v. 15.10.2003 – 4 AZR 573/02, NZA 2004, 387, 388; Kempen/Zachert/Kempen, TVG § 4 Rn. 717.

61 Däubler TVG/Bepler, TVG § 4 Rn. 977.

62 Diese wird aufgrund von § 77 Abs. 3 TVG jedoch regelmäßig nicht möglich sein und spielt daher nur eine geringe Rolle, vgl. Däubler TVG/Bepler, TVG § 4 Rn. 981.

63 Vgl. BVerfG v. 3.7.2000 – 1 BvR 945/00, NZA 2000, 947, 948.