

Das zuwendungsrechtliche Besserstellungsverbot aus arbeitsrechtlicher Perspektive

**Zur Vereinbarkeit von § 8 Abs. 2 des Haushaltsgesetzes mit tarifrechtlichen
Grundsätzen und seinen individualarbeitsrechtlichen Konsequenzen**

Inauguraldissertation
zur Erlangung des Grades einer Doktorin
des Rechts
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität
Bonn

vorgelegt von
Katharina Maria Carolina Künne
aus Bonn
Bonn 2022

Dekan: Prof. Dr. Jürgen von Hagen

Erstreferent: Prof. Dr. Stefan Greiner

Zweitreferent: Prof. Dr. Gregor Thüsing

Tag der mündlichen Prüfung: 14. Dezember 2021

Stand der Literatur und Rechtsprechung: August 2021

Inhaltsübersicht

Teil 1: Begriff, Funktion und Standort des Besserstellungsverbots	1
A. Einleitung	1
B. Rechtliche Grundlagen des Besserstellungsverbots	5
C. Zweck des Besserstellungsverbots	11
D. Anwendungsbereich	14
E. Fazit der zuwendungsrechtlichen Betrachtung	23
Teil 2: Reichweite des Besserstellungsverbots und Verortung im System des Arbeitsrechts	23
A. Reichweite des Besserstellungsverbots	23
B. Besserstellungsverbot und tarifrechtliche Selbstbestimmung	32
C. Besserstellungsverbot und Günstigkeitsprinzip	144
D. Besserstellungsverbot und Arbeitsvertrag	198
E. Fazit der systematisch-arbeitsrechtlichen Betrachtung	200
Teil 3: Arbeitsrechtliche Konsequenzen eines Verstoßes gegen das Besserstellungsverbot am Beispiel der Eingruppierung	204
A. Feststellung eines Verstoßes	206
B. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Besserstellungsverbot	237
C. Gedanken zur zuwendungsrechtlichen Neuformulierung und Arbeitsvertragsgestaltung bei bestehender Gesetzeslage	274
D. Fazit der arbeitsrechtlichen Konsequenzen eines Verstoßes gegen das Besserstellungsverbot	288
Teil 4: Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	290

Inhaltsverzeichnis

<i>Teil 1: Begriff, Funktion und Standort des Besserstellungsverbots</i>	1
A. Einleitung	1
I. Anlass der Untersuchung und Begriffsklärung.....	1
II. Gang der Untersuchung	4
B. Rechtliche Grundlagen des Besserstellungsverbots	5
I. Historische Verankerung	5
II. Haushaltsgesetz des Bundes sowie der Länder.....	7
III. Verwaltungsvorschriften	8
IV. Allgemeine Nebenstimmung im jeweiligen Zuwendungsbescheid	9
C. Zweck des Besserstellungsverbots	11
I. Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit	11
II. Subsidiaritätsgrundsatz	12
III. Konkurrenzschutz	13
D. Anwendungsbereich	14
I. Zuwendungsgeber*in.....	15
II. Adressat*in.....	15
1. Institutionelle Förderung	16
2. Projektförderung.....	18
III. Allgemeine zuwendungsrechtliche Bewilligungsvoraussetzungen und der Verwendungsnachweis.....	18
IV. Finanzierungsarten	22
E. Fazit der zuwendungsrechtlichen Betrachtung.....	23
 <i>Teil 2: Reichweite des Besserstellungsverbots und Verortung im System des Arbeitsrechts</i>	23
A. Reichweite des Besserstellungsverbots.....	23
I. Notwendigkeit einer privatrechtlich orientierten Betrachtung	24
II. Allgemeine Bindungswirkung	24
1. Grundsatz.....	24
2. Ausnahmeregelungen.....	25
3. Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB	26
a) Gesetzesbegriff des § 134 BGB	26
b) Weitere Kriterien eines Verbotsgesetzes.....	27
III. Zwischenfazit	32
B. Besserstellungsverbot und tarifrechtliche Selbstbestimmung	32
I. Grundzüge der tarifrechtlichen Selbstbestimmung.....	33

1.	Grundriss der Tarifautonomie	33
a)	Kollektive Ausübung der Privatautonomie	34
b)	Normsetzungsrecht, aber kein Normsetzungsmonopol	38
c)	Doppelte Tarifbindung als Geltungsvoraussetzung	40
d)	Tarifautonomie und tarifliche Außenseiter*innen	41
e)	Zusammenfassende Stellungnahme	44
2.	Grundriss der (negativen) Koalitionsfreiheit als verfassungsrechtliche Ausprägung der Tarifautonomie	45
3.	Grundriss der negativen Tarifvertragsfreiheit als privatrechtlich fundierte Ergänzung der negativen Koalitionsfreiheit	51
4.	Schlussfolgerungen für Maßstab und Methodik	57
II.	Einbeziehung tariflicher Außenseiter*innen im geltenden Recht	62
1.	Überblick über die Fallgruppen der Außenseiter*innenbindung	62
a)	Allgemeinverbindlicherklärung, § 5 TVG	63
b)	Betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Normen, § 3 Abs. 2 i.V.m § 4 Abs. 1 S. 2 TVG	67
c)	Vertragliche Bezugnahmeklausel	71
d)	Dynamische Bezugnahmeklauseln nach Betriebsübergang	75
e)	AEntG und AÜG	80
f)	Tariftreuegesetze	83
g)	Differenzierungsklauseln	94
2.	Zusammenfassende Stellungnahme	102
III.	Einordnung des Besserstellungsverbots	108
1.	Berührungs- und Konfliktpunkte mit der tariflichen Selbstbestimmung	108
a)	Vergleich mit Allgemeinverbindlicherklärung	109
b)	Vergleich mit betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Normen	114
c)	Vergleich mit vertraglicher Bezugnahmeklausel	116
d)	Vergleich mit dynamischen Bezugnahmeklauseln nach Betriebsübergang	117
e)	Vergleich mit Erlass von Rechtsverordnungen nach AEntG und AÜG	120
f)	Vergleich mit vergaberechtlicher Tariftreue	122
g)	Vergleich mit Differenzierungsklauseln	129
2.	Rechtsprechung und Standpunkt der Exekutive	135
3.	Zusammenfassende Stellungnahme	138
C.	Besserstellungsverbot und Günstigkeitsprinzip	144
I.	Grundzüge des Günstigkeitsprinzips	144
1.	Geltungsgrund und Gewährleistung	145
a)	Grundgedanke	145
b)	Verfassungsrechtliche Gewährleistung	149

c)	Stellungnahme	152
2.	Anwendungsbereich und Wirkung	155
a)	Sonderfall: Geltung im öffentlichen Dienst	160
b)	Sonderfall: Höchstnormenbeschlüsse	167
3.	Zusammenfassende Stellungnahme	178
II.	Einordnung des Besserstellungsverbots	181
1.	Berührungs- und Konfliktpunkte	181
a)	Anwendbarkeit auf tarifliche Außenseiter*innen	183
b)	Außertarifvertragliche Festlegung von Höchsttarifsbedingungen	186
(1)	Wertungsmäßige Vergleichbarkeit des Besserstellungsverbots mit dem öffentlichen Dienst	187
(2)	Erwägungen zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung	190
(3)	Rechtliche Konsequenzen	195
2.	Zusammenfassende Stellungnahme	196
D.	Besserstellungsverbot und Arbeitsvertrag	198
E.	Fazit der systematisch-arbeitsrechtlichen Betrachtung	200

Teil 3: Arbeitsrechtliche Konsequenzen eines Verstoßes gegen das Besserstellungsverbot am Beispiel der Eingruppierung.....204

A.	Feststellung eines Verstoßes	206
I.	Rechtliche Grundlagen	206
II.	Besserstellung	207
1.	Bezugsobjekt	207
a)	Isolierte leistungsbezogene Betrachtung	208
b)	(Gesamt-)Abwägung der Arbeitsbedingungen	209
c)	Alternativer Lösungsvorschlag: Rückgriff auf Maßstäbe des tarifrechtlichen Günstigkeitsprinzips	211
2.	Vergleichbarkeit mit Bundesbeschäftigten	218
a)	Maßstab der Vergleichbarkeit	218
b)	Eingruppierung nach TVöD	221
(1)	Funktionsweise des Eingruppierungsvorgangs	222
(2)	Tarifautomatik unter Geltung des Besserstellungsverbots	225
(3)	Vergütungshöhe nach dem TVöD	230
3.	Kriterium der Besserstellung	232
III.	Zwischenfazit	236
B.	Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Besserstellungsverbot	237
I.	Im Verhältnis zwischen Zuwendungsempfänger*in und Zuwendungsgeber*in	237
II.	Im Verhältnis zwischen Zuwendungsempfänger*in und Arbeitnehmer*in	241

1. Zugrundeliegende Problematik.....	242
2. Wirksamkeit der arbeitsvertraglichen Vereinbarung	243
3. Kollision mit geltendem Tarifvertrag	244
4. Anpassung des Arbeitsvertrags an Maßstäbe des Besserstellungsverbots	245
a) Korrigierende Rückgruppierung	246
(1) Wirkungszeitpunkt.....	249
(2) Vorgehen gegen korrigierende Rückgruppierung.....	250
b) Änderungsvertrag oder -kündigung	252
c) Irrtumsanfechtung	257
d) Möglicherweise entgegenstehende Gesichtspunkte	258
(1) Betriebliche Übung.....	258
aa) Voraussetzungen	259
bb) Besonderheiten im öffentlichen Dienst.....	262
cc) Inbezugnahme eines Tarifvertrags qua betrieblicher Übung	263
(2) Vertrauensschutz	268
5. Abfederungsmöglichkeiten	271
III. Zwischenfazit	273
C. Gedanken zur zuwendungsrechtlichen Neuformulierung und Arbeitsvertragsgestaltung bei bestehender Gesetzeslage	274
I. Vertragliche „Tariftreueerklärung“ gegenüber Verwaltung	274
II. Auflage und Beilage zum Zuwendungsbescheid.....	279
III. Arbeitsvertrag, für den das Besserstellungsverbot mittelbar gilt.....	281
D. Fazit der arbeitsrechtlichen Konsequenzen eines Verstoßes gegen das Besserstellungsverbot	288
<i>Teil 4: Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse</i>	<i>290</i>

Teil 1: Begriff, Funktion und Standort des Besserstellungsverbots

A. Einleitung

I. Anlass der Untersuchung und Begriffsklärung

Von Museen über Stiftungen, von Jugendhilfeeinrichtungen bis hin zu Tierschutzvereinen: Zahlreiche Institutionen, auf denen zivilgesellschaftliches Zusammenleben fußt, werden durch staatliche Zuwendungen zumindest mitfinanziert. Zuwendungen sind gemäß § 23 Bundeshaushaltsordnung (BHO) „Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen für Leistungen an Stellen außerhalb der Bundesverwaltung zur Erfüllung bestimmter Zwecke“. Unternehmen, die Zuwendungen erhalten, erfüllen Aufgaben im Sinne des Staates, die er selbst nicht bewältigen kann oder möchte, aber dennoch aus eigenem Interesse befriedigt sehen will. Damit sind Zuwendungen ein „entscheidendes Instrument des modernen Wohlfahrtsstaates.“¹ Bei einem jährlichen Fördervolumen in zweistelliger Milliardenhöhe fließen Steuergelder des Bundes in nicht unerheblichem Maße in forschungs-, wirtschafts-, kultur- und sozialpolitische Vorhaben.² Das Spektrum reicht von der umfassenden Förderung einer Institution wie einer Forschungseinrichtung oder einer Kulturstätte bis hin zur Projektförderung, beispielsweise durch die Bezuschussung von Baumaßnahmen an einem denkmalgeschützten Haus, der Ausrichtung einer Abendveranstaltung im Bereich der politischen Bildung, von Integrationsmaßnahmen für Arbeitnehmer*innen³, der Entwicklung eines Softwaresystems für die Bibliotheksverwaltung oder die Ansiedlung von Breitohrfledermäusen.⁴ Dahinter steht eine entsprechend umfangreiche Arbeitskraft in Gestalt einer Vielzahl von Arbeitnehmer*innen, die mittelbar vom Staat finanziert werden, ohne tatsächlich staatlich Bedienstete zu sein. Gegenüber unmittelbarem, staatseigenem Handeln entsteht durch die Zuwendungsvergabe naturgemäß ein Steuerungsverlust, der mit einer zusätzlichen Kontrolle insbesondere finanzieller Art

¹ Gröpl/Rossi, 2. Aufl. 2019, § 23 Rn. 5.

² In Krämer/Schmidt, Zuwendungsrecht, 154. Aktual. 2021, B I Rn. 164 werden die Zuwendungen für das Haushaltsjahr 2017 auf insgesamt rund 54 Milliarden Euro beziffert; s. auch Müller/Richter/Ziekow, Handbuch Zuwendungsrecht, 1. Aufl. 2017, A. Rn. 6; Wulle, Selbstlernheft zum Thema: "Erfolgskontrolle bei Zuwendungen", Mai 2019, S. 2.

³ Zugunsten der Lesbarkeit wird nachfolgend in der Regel das generische Femininum verwendet; weitere Geschlechter sollen als davon mitumfasst verstanden werden, symbolisiert durch den Stern.

⁴ Bundeskanzleramt/Destatis, Bürokratischer Aufwand im Zuwendungsrecht, August 2010, S. 13.

einhergeht.⁵ Die die Zuwendung empfangende organisatorische Einheit, nachfolgend Zuwendungsempfänger*in genannt, muss deshalb bestimmte haushaltsrechtliche Vorgaben beachten, zu denen unter anderem das sogenannte Besserstellungsverbot gehört.

Das Besserstellungsverbot beschreibt im Kontext des Zuwendungsrechts einen Rechtsgrundsatz, dem zufolge die Bewilligung staatlicher Zuwendungen nur unter der Auflage erfolgen darf, dass die Zuwendungsempfänger*in ihre Arbeitnehmer*innen nicht besserstellt als vergleichbare Beschäftigte des Bundes; vgl. § 8 Abs. 2 Haushaltsgesetz des Bundes (HG Bund). Konkretisiert wird das Besserstellungsverbot durch Verwaltungsvorschriften. So sollen für den Staat, der davon ausgeht, dass er seine eigenen Bediensteten angemessen entlohnt, belastende Mehrausgaben vermieden sowie Konkurrenzschutz für Bund, Länder und Kommunen in ihrer Rolle als Arbeitgeber*in sichergestellt werden.⁶ Das Prinzip ist haushaltsgesetzlich wie erwähnt im Bundesrecht verankert und findet sich in gleicher oder ähnlicher Formulierung in den Haushaltsgesetzen der Länder oder deren Verwaltungsvorschriften wieder. Grundsätzlich gilt das Besserstellungsverbot für alle Beschäftigten der Zuwendungsempfänger*in hinsichtlich sämtlicher Arbeitsbedingungen, insbesondere für die Vergütung. Durch die Formulierung als Auflage zum tatsächlichen Zuwendungsbescheid im Sinne von § 36 Abs. 2 Nr. 4 Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes (VwVfG) erlangt das Besserstellungsverbot Außen- und Bindungswirkung gegenüber den jeweiligen Zuwendungsempfänger*innen.⁷ Die Zuwendungsempfänger*in wiederum muss die Arbeitsverhältnisse zu ihren Beschäftigten derart ausgestalten, dass die Grenzen des Besserstellungsverbots gewahrt werden. Damit erlangen die Arbeitsbedingungen des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst (TVöD) mittelbar sogar in solchen Betrieben von Zuwendungsempfänger*innen als Maßstab im Sinne einer Obergrenze Bedeutung, in denen der Tarifvertrag weder aufgrund doppelter Tarifbindung noch durch individualrechtliche Inbezugnahme gilt. Aus dem Wechselspiel zwischen der grundsätzlich privatautonomen Gestaltung der Arbeitsverhältnisse durch die

⁵ Vgl. Gröpl/Rossi, 2. Aufl. 2019, § 23 Rn. 5 f.

⁶ *Präsident des Bundesrechnungshofes*, Prüfung der Vergabe und Bewirtschaftung von Zuwendungen, 2. Aufl. 2016, S. 158.

⁷ *Präsident des Bundesrechnungshofes*, Prüfung der Vergabe und Bewirtschaftung von Zuwendungen, 2. Aufl. 2016, S. 157.

Zuwendungsempfänger*in und ihre Beschäftigten einerseits sowie der Einbeziehung von Maßstäben des öffentlichen Dienstrechts andererseits ergeben sich vielerlei Fragestellungen, die nachfolgend untersucht werden.

Der besondere Reiz des Untersuchungsgegenstands liegt darin, dass gerade die arbeitsrechtlichen Konsequenzen des Besserstellungsverbots viele Arbeitnehmer*innen betreffen, ohne dass die haushaltsrechtlichen Vorgaben hinsichtlich ihrem Bestand und den Folgen der arbeitsrechtlichen Bindung transparent im zweiseitigen Arbeitsverhältnis festgehalten werden müssen. Hinzu kommt, dass das Zuwendungsrecht, anders als das Vergaberecht, schon im Allgemeinen vom Schrifttum eher stiefmütterlich behandelt wird.⁸ Das gilt umso mehr für die arbeitsrechtlichen Bezüge, die das Zuwendungsrecht über das Besserstellungsverbot erzeugt. Ungeklärt ist, inwieweit das Besserstellungsverbot systematisch mit den Grundsätzen des kollektiven Arbeitsrechts, insbesondere des Tarifrechts, in Einklang zu bringen ist. Es ist für die Rechtssicherheit der Zuwendungsempfänger*innen und ihrer Beschäftigten unerlässlich, sowohl die haushalts- als auch die arbeitsrechtlichen Bedingungen, Umstände und Rechtsfolgen im Kontext des Besserstellungsverbots parallel und aufeinander Bezug nehmend zu betrachten.⁹ Nur eine solche Betrachtung kann zu sinnvollen Schlussfolgerungen führen, zumal der Vollzug des Besserstellungsverbots als zuwendungsrechtliche Vorgabe unmittelbare arbeitsrechtliche Konsequenzen nach sich zieht. In Anbetracht der sich weiter zuspitzenden Haushaltszwänge des Bundes¹⁰ und dem hohen Finanzvolumen der vergebenen Zuwendungen ist schließlich davon auszugehen, dass haushaltsrechtliche Grundsätze wie das Besserstellungsverbot immer mehr an Bedeutung gewinnen, auch auf der arbeitsrechtlichen Ebene im Verhältnis zwischen der Zuwendungsempfänger*in und ihren Beschäftigten. Das Ziel der Untersuchung ist deshalb, ein umfassendes Bild des arbeitsrechtlich geprägten, aber zuwendungsrechtlich normierten Besserstellungsverbots zu zeichnen und dessen Defizite im Grenzbereich beider Rechtsgebiete aufzuzeigen.

⁸ Müller/Richter/Ziekow, Handbuch Zuwendungsrecht, 1. Aufl. 2017, Vorwort. Das Fehlen konkretisierender Rechtsprechung konstatiert auch Dittrich, BHO, 60. Aktual. 2021, § 23 Erl. 2.1.

⁹ Vgl. so für das Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst im Allgemeinen Groeger/Groeger, 3. Aufl. 2020, § 1 Rn. 230 ff. In dem Zusammenhang nimmt er in Rn. 232 auf die Bedeutung des Haushaltsrechts für Zuwendungsempfänger*innen und explizit das Besserstellungsverbot Bezug.

¹⁰ Vgl. Müller/Richter/Ziekow, Handbuch Zuwendungsrecht, 1. Aufl. 2017, Einl. Rn. 4. Auch die Auswirkungen der Corona-Pandemie heizen die Lage weiter an.

II. Gang der Untersuchung

Eingangs werden Begriff, Funktion und Standort des haushaltsrechtlichen Besserstellungsverbots herausgearbeitet (**Teil 1**). Eine kurze Darstellung der Grundlagen der zuwendungsrechtlichen Seite des Besserstellungsverbots ist für die nachfolgende arbeitsrechtliche Betrachtung unerlässlich. Bedeutsam ist in dem Zusammenhang anschließend (**Teil 2**) die Reichweite des Besserstellungsverbots allgemein sowie im Speziellen seine Verortung im arbeitsrechtlichen System. Daraus ergibt sich eine theoretische, grundlagenbezogene Perspektive auf den Inhalt des Besserstellungsverbots. Der inhaltliche Schwerpunkt liegt auf der Vereinbarkeit mit den Grundgedanken der Tarifautonomie. Weil § 8 Abs. 2 HG Bund über die entsprechenden Verwaltungsvorschriften inhaltlich auf den TVöD als Maßstab verweist, wirken tarifrechtliche Zwänge jedenfalls mittelbar und unabhängig von einer etwaigen Tarifbindung auf die Zuwendungsempfänger*in und ihre Beschäftigten ein. Das wirft die Frage auf, inwiefern eine solche inhaltliche Erstreckung von Tarifvorgaben im Lichte der Privatautonomie möglich ist. Um sich einer Antwort anzunähern, werden die in der Rechtspraxis größtenteils anerkannten Fallgruppen der Tarifnormerstreckung auf Außenseiter*innen mit den Wirkungen des Besserstellungsverbots verglichen. Das Zusammenspiel des Besserstellungsverbots mit dem tarifrechtlichen Günstigkeitsprinzip aus § 4 Abs. 3 TVG schließt die tarifrechtliche Einordnung ab.

Die darauffolgende arbeitsrechtlich-praxisbezogene Untersuchung eines Verstoßes gegen das Besserstellungsverbot wird anhand des Beispiels der (fehlerhaften) Eingruppierung der Arbeitnehmer*innen der Zuwendungsempfänger*in vorgenommen (**Teil 3**). Unmittelbar mit der Eingruppierung verknüpft ist die Hauptarbeitsbedingung schlechthin: das Entgelt, vgl. §§ 12, 15 Abs. 1 S. 2 TVöD. Es dient der weiteren Prüfung als Ausgangspunkt, von dem aus die arbeitsrechtliche Bewertung stattfindet. Zunächst ist dabei bedeutsam, inwiefern man eine tatsächliche Besserstellung im Sinne des Besserstellungsverbots definiert. Anschließend werden die arbeitsrechtlichen Konsequenzen eines solchen Verstoßes im Verhältnis zwischen Zuwendungsempfänger*in und Arbeitnehmer*in beleuchtet. Sie hängen unter anderem davon ab, welche Rechtsfolgen der Zuwendungsempfänger*in im Verhältnis zum Staat als Zuwendungsgeber im Fall einer unzulässigen Besserstellung drohen.

Insbesondere ist in Anlehnung an die Grundsätze des öffentlichen Dienstrechts problematisch, ob und wenn ja wie möglicherweise eine korrigierende Rückgruppierung erfolgen kann. Abschließend werden auf Grundlage der Untersuchung Gedanken zur zuwendungsrechtlichen Neuformulierung und arbeitsrechtlichen Vertragsgestaltung formuliert.

B. Rechtliche Grundlagen des Besserstellungsverbots

Das Besserstellungsverbot ist im Zuwendungsrecht verschiedentlich (unter-)gesetzlich normiert. Dabei unterscheiden sich jeweils Wirkungsbereich und Adressat*innenkreis.

I. Historische Verankerung

Seinen teleologischen Ursprung hat das Besserstellungsverbot in den Haushaltsgrundsätzen der Wirtschaftlichkeit und der Sparsamkeit, die wiederum verfassungsrechtlich in Art. 114 Abs. 2 S. 1 Grundgesetz (GG) ihren Niederschlag gefunden haben.¹¹ Die Haushaltsgrundsätze reichen historisch betrachtet bis in die Anfänge des preußischen Staates zurück.¹² Ab 1971 war in Nr. 51 der vorläufigen Verwaltungsvorschriften zu § 44 BHO geregelt, dass die ihnen angefügten Allgemeinen Bewirtschaftungsgrundsätze bei der Verwendung von Zuwendungen zu beachten seien. In Nr. 1.3.4 der Allgemeinen Bewirtschaftungsgrundsätze wiederum war das Besserstellungsverbot erstmals explizit verankert.¹³ Seit 1988 ist das Besserstellungsverbot im Haushaltsgesetz des Bundes normiert¹⁴ und hat damit seitdem Gesetzesrang.¹⁵ Anlass der gesetzlichen Normierung war wohl eine Entscheidung des BAG¹⁶ von 1987 in einem Rechtsstreit zwischen einer institutionell geförderten Einrichtung und deren Betriebsrat.¹⁷ Das BAG hatte entschieden, dass die Normierung des Besserstellungsverbots allein als Auflage in den Allgemeinen Nebenbestimmungen zum Zuwendungsbescheid nicht ausreiche, um die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 87 Betriebsverfassungsgesetz

¹¹ S. dazu ausführlicher Teil 1 C. I.

¹² *Dittrich*, BHO, 60. Aktual. 2021, § 7 Erl. 2.4; *Gröpl/Gröpl*, 2. Aufl. 2019, § 7 Rn. 2.

¹³ *Sacksofsky/Arndt*, DÖV 2003, 561, 563.

¹⁴ § 6 Abs. 2 Haushaltsgesetz Bund 1988.

¹⁵ *Präsident des Bundesrechnungshofes*, Prüfung der Vergabe und Bewirtschaftung von Zuwendungen, 2. Aufl. 2016, S. 156; *Evers*, WissR 1997, 109, 113.

¹⁶ BAG, Beschl. v. 27.1.1987 – 1 ABR 66/85, NZA 1987, 489, 491.

¹⁷ So *Dittrich*, BHO, 60. Aktual. 2021, § 44 Erl. 31.5; *Evers*, WissR 1997, 109, 113; *Krämer/Schmidt*, Zuwendungsrecht, 154. Aktual. 2021, D XI Rn. 79.

(BetrVG) einzuschränken.¹⁸ Es ging konkret um die Zustimmungsersetzung hinsichtlich der Eingruppierung einer Arbeitnehmerin, die als wissenschaftliche Mitarbeiterin in einer durch Zuwendungen geförderten Forschungseinrichtung angestellt war. Es bestand keine Tarifbindung im Betrieb, allerdings wurde der damalige Tarifvertrag des öffentlichen Dienstes, der Bundes-Angestelltentarifvertrag (BAT), einzelvertraglich in Bezug genommen. Nachdem ein sogenannter Absenkungserlass des Bundesministeriums des Inneren (BMI) und in der Folge des Bundesministeriums der Finanzen (BMF) ergangen war, wurde die Eingangsbezahlung nach dem BAT abgesenkt, auf Anweisung auch im Betrieb der betroffenen Arbeitnehmer*in der Zuwendungsempfänger*in. In Frage stand, ob durch die geplante Anwendung des Absenkungserlasses ein Entlohnungsgrundsatz gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG mit entsprechendem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aufgestellt wurde. Damit im Zusammenhang stand die vordergründige Einordnung des allein in Auflagen zum Zuwendungsbescheid festgesetzten Besserstellungsverbots als „gesetzliche oder tarifliche Regelung“ im Sinne von § 87 Abs. 1 BetrVG. Das Vorliegen einer solchen Regelung hätte das Mitbestimmungsrecht ausgeschlossen; mangels abstrakt-genereller Rechtsgrundlage für das Besserstellungsverbot lehnte das BAG dies jedoch ab und bejahte einen nur faktischen Zwang der Zuwendungsempfänger*in, sodass das Mitbestimmungsrecht tatsächlich bestand und die Zustimmung des Betriebsrats nicht gerichtlich ersetzt wurde. Jedenfalls der Gesetzentwurf zum Haushaltsgesetz 1988 nimmt die Entscheidung des BAG in seiner Begründung nicht explizit auf, sondern stellt lediglich fest, dass das bisher in Verwaltungsvorschriften geregelte Besserstellungsverbot nun Gesetzesrang habe.¹⁹ Seitdem hat sich zwar die Paragraphenzahl für das Besserstellungsverbot im Haushaltsgesetz über die Jahrzehnte verändert; der Wortlaut ist jedoch weitestgehend gleich geblieben. Aufgrund seines Dauercharakters wird teilweise kritisiert, dass das Besserstellungsverbot im Lichte des zeitlichen Bepackungsverbots aus Art. 110 Abs. 4 S. 1 Hs. 2 GG vielmehr in die Bundeshaushaltsordnung, namentlich zu § 44 BHO, gehöre.²⁰ Effektiv würde das für den Inhalt des Zuwendungsverhältnisses selbst jedoch keinen Unterschied machen.

¹⁸ BAG, Beschl. v. 27.1.1987 – 1 ABR 66/85, NZA 1987, 489, 491.

¹⁹ BReg-Drs. 11/700, 11.

²⁰ Übersicht zum Meinungsstand bei *Krämer/Schmidt*, Zuwendungsrecht, 154. Aktual. 2021, D XI Rn. 80; für die Verankerung in der BHO z.B. *Dittrich*, BHO, 60. Aktual. 2021, § 44 Erl. 31.5.

II. Haushaltsgesetz des Bundes sowie der Länder

Die Bewilligung von Zuwendungen ist in § 8 HG Bund in der Fassung von 2021 geregelt. Das Besserstellungsverbot ist im zweiten Absatz normiert, dessen erster Satz wie folgt lautet:

„Die in Absatz 1 genannten Zuwendungen zur institutionellen Förderung dürfen nur mit der Auflage bewilligt werden, dass der Zuwendungsempfänger seine Beschäftigten nicht besserstellt als vergleichbare Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Bundes.“

Bis zum Haushaltsjahr 2003 enthielt die jeweilige haushaltsrechtliche Norm zusätzlich den Nachsatz, dass das Besserstellungsverbot nur „vorbehaltlich einer abweichenden tarifvertraglichen Regelung (...)“ gelte.²¹ Laut der Bundesregierung sollte durch die Abschaffung des Nachsatzes eine Umgehung des Besserstellungsverbots durch den Abschluss von Haustarifverträgen verhindert werden.²²

Strittig ist, inwiefern die Regelung des Besserstellungsverbots im Haushaltsgesetz Außenwirkung entfaltet.²³ Primär kommt dem Haushaltsgesetz Innenwirkung für die Exekutive zu.²⁴ Die darüber hinausgehende, teilweise Außenwirkung soll jeweils von der konkreten haushaltsgesetzlichen Norm abhängen. Einerseits wird hinsichtlich des Besserstellungsverbots vertreten, durch die Ausgestaltung in § 8 Abs. 2 HG Bund werde allein eine staatsinterne Verpflichtung der Exekutive gegenüber dem Parlament hergestellt: Über das Haushaltsgesetz erzeuge das Besserstellungsverbot noch keine Außenwirkung für das Verwaltungsrechtsverhältnis zur Bürger*in.²⁵ Dem folgt der Bundesrechnungshof konkludent, indem er § 8 HG Bund als Binnenrecht des Bundes beschreibt.²⁶ Auch die Bundesregierung führte in ihrer Antwort auf eine Kleine Anfrage aus, dass sich das haushaltsgesetzliche Besserstellungsverbot an die Bewilligungsbehörden richte, „die zu einer entsprechenden Auflage im

²¹ *Krämer/Schmidt*, Zuwendungsrecht, 154. Aktual. 2021, D XI Rn. 78.

²² BReg-Drs. 16/4305, 2.

²³ Zur Außenwirkung des Haushaltsgesetzes allgemein *Maunz/Dürig/Kube*, 94. EGL 2021, Art. 110 Rn. 70. Eine tiefe Auseinandersetzung mit der Thematik unternimmt *Kluckert*, *Zuwendung und Gesetz*, 2018.

²⁴ *Maunz/Dürig/Kube*, 94. EGL 2021, Art. 110 Rn. 64.

²⁵ *Kluckert*, *Zuwendung und Gesetz*, 2018, S. 340.

²⁶ *Präsident des Bundesrechnungshofes*, *Prüfung der Vergabe und Bewirtschaftung von Zuwendungen*, 2. Aufl. 2016, S. 156.

Zuwendungsbescheid verpflichtet werden und die Einhaltung dieser Auflage zu überwachen haben.“²⁷ Nach anderer Ansicht sollte hingegen gerade durch die Aufnahme in das Haushaltsgesetz eine „Norm des Außenrechts“ geschaffen werden.²⁸ Dafür spreche die Entstehungsgeschichte der gesetzlichen Normierung, geprägt durch das angesprochene BAG-Urteil von 1987. Jedenfalls über den Zuwendungsbescheid erlangt das Besserstellungsverbot letztlich verbindliche Außenwirkung.

Eine vergleichbare gesetzliche Normierung zum Haushaltsgesetz des Bundes besteht auf Landesebene nur in einigen Bundesländern (Brandenburg, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Sachsen-Anhalt, Thüringen).²⁹ In den übrigen Ländern bilden in der Regel die entsprechenden Verwaltungsvorschriften und Nebenbestimmungen die rechtliche Grundlage des Besserstellungsverbots.³⁰ Die nachfolgende Untersuchung bezieht sich allein auf die Vergabe von Zuwendungen durch den Bund unter Geltung des Besserstellungsverbots aus § 8 Abs. 2 HG Bund; die Gedanken sind entsprechend auf Landesebene übertragbar.

III. Verwaltungsvorschriften

In § 8 Abs. 2 HG Bund wird der Inhalt des Besserstellungsverbots nur knapp umrissen. Eine ausführlichere Regelung findet sich in den Verwaltungsvorschriften zu § 44 BHO. Verwaltungsvorschriften sind Regelungen, „die für eine abstrakte Vielheit von Sachverhalten des Verwaltungsgeschehens verbindliche Aussagen treffen, ohne auf eine unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet zu sein“.³¹ Sie werden nach Art. 84 ff. GG durch die Bundesregierung erlassen und dienen der „Binnensteuerung der Verwaltung“³² sowie – damit einhergehend – der Vollzugseinheitlichkeit³³. § 44 Abs. 1 BHO betrifft die Gewährung von Zuwendungen, insbesondere den Verwendungsnachweis und etwaige Prüfungsrechte der Behörden. Entsprechend geht es in den allgemeinen Verwaltungsvorschriften zu § 44 BHO um Zuwendungen allgemein, den Widerruf von Zuwendungsbescheiden sowie die Erstattung und

²⁷ BReg-Drs. 16/4305, 2.

²⁸ Kluckert, Zuwendung und Gesetz, 2018, S. 340 ff.

²⁹ Brandenburg: § 12 Abs. 2 HG 2021; Hamburg: Art. 11 Haushaltsbeschluss 2021/2022; Mecklenburg-Vorpommern: § 6 Abs. 3 HG 2020/2021; Nordrhein-Westfalen: § 28 Abs. 2 HG 2021; Sachsen-Anhalt: § 2 Abs. 1 HG 2020/2021; Thüringen: § 12 ThürHhG 2021.

³⁰ Vgl. Evers, WissR 1997, 109, 113 In Bremen bspw. § 44 Abs. 1a der dortigen LHO.

³¹ BVerfG, Beschl. v. 2.3.1999 – 2 BvF 1-94, NVwZ 1999, 977, 978.

³² Maunz/Dürig/Kirchhof, 94. EGL 2021, Art. 84 Rn. 176.

³³ Dreier/Hermes, 3. Aufl. 2018, Art. 84 Rn. 79.

Verzinsung der Fördermittel. In VV-BHO § 44 Nr. 5 ist die Rolle der Nebenbestimmungen für den Zuwendungsbescheid geregelt. Nach Nr. 5.1 sollen die Allgemeinen Nebenbestimmungen aus der Anlage - dazu sogleich - unverändert zum Bestandteil des Zuwendungsbescheides gemacht werden. Besonders relevant sind die Verwaltungsvorschriften damit in Ländern, in denen das Besserstellungsverbot nicht im jeweiligen Haushaltsgesetz verankert ist; auch im Bund und den übrigen Ländern wird darüber jedoch mittelbar die Anwendung des Besserstellungsverbots im Außenverhältnis zur Zuwendungsempfänger*in durch die Verwaltung sichergestellt. Verwaltungsvorschriften richten sich zwar nicht an die Zuwendungsempfänger*in, sondern allein abstrakt-generell an die zuständige Bewilligungsbehörde.³⁴ Für Zuwendungsempfänger*innen sind sie dadurch zunächst unverbindlich, aber durch ihre verpflichtende Einbeziehung im Zuwendungsbescheid, sei es unmittelbar oder als Nebenbestimmung, entfalten sie letztlich Außenwirkung.³⁵ Im Kontext der Verwaltungsvorschriften zu erwähnen sind außerdem Förderrichtlinien, die für einzelne Zuwendungsbereiche durch das zuständige Bundesministerium zusammen mit dem Bundesministerium der Finanzen (BMF) erlassen werden können.³⁶ Sie sind gleichermaßen Verwaltungsvorschriften, jedoch stärker einzelfallbezogen formuliert. Gerade wenn viele Förderfälle in einem bestimmten Bereich abgewickelt werden, soll durch die Förderrichtlinien auf allen Ebenen ein einheitlicher Vollzug im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GG gewährleistet werden.³⁷ Zugunsten der gleichmäßigen Anwendbarkeit ist im Anhang zu den Verwaltungsvorschriften zu § 44 BHO ein allgemeines Gliederungsschema für Förderrichtlinien vorgesehen.

IV. Allgemeine Nebenbestimmung im jeweiligen Zuwendungsbescheid

Die wichtigste Konkretisierung des Besserstellungsverbots erfolgt durch die Formulierung allgemeiner Nebenbestimmungen, die zum jeweiligen Zuwendungsbescheid ergehen können. Die Bewilligungsbehörden werden durch die Verwaltungsvorschriften grundsätzlich schon über § 8 Abs. 2 HG Bund dazu verpflichtet, dem Besserstellungsverbot Geltung zu verschaffen, indem es in den

³⁴ Gröpl/Rossi, 2. Aufl. 2019, § 44 Rn. 21 f.

³⁵ Kritisch gegenüber der „arg konstruierten“ Differenzierung zwischen fehlender Allgemein- und angeordneter Einzelverbindlichkeit sowie zur Selbstbindung der Verwaltung nach Art. 3 Abs. 1 GG durch regelmäßige Einbeziehung in Zuwendungsbescheide Gröpl/Rossi, 2. Aufl. 2019, § 44 Rn. 21.

³⁶ VV-BHO § 44 BHO Nr. 15.2.

³⁷ Müller/Richter/Ziekow, Handbuch Zuwendungsrecht, 1. Aufl. 2017, A. Rn. 77.

zuwendungsgewährenden Verwaltungsakt einbezogen wird. Um das Verwaltungsverfahren zu vereinfachen und beschleunigen, wurden allgemeine Nebenbestimmungen erstellt, die formelhaft für Verwaltungsakte verwendet werden können. Nebenbestimmungen richten sich über den Zuwendungsbescheid direkt an die Zuwendungsempfänger*in. Anders als Verwaltungsvorschriften entfalten sie damit unmittelbare Außenwirkung.³⁸ Die Verwaltungsvorschriften zu § 44 BHO beziehen sich auf die zuwendungsrelevanten allgemeinen Nebenbestimmungen, die ihnen als Anlage beigefügt sind. Bei den allgemeinen Nebenbestimmungen handelt es sich um Auflagen zum Verwaltungsakt im Sinne von § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG.³⁹ Sie sind vergleichbar zu allgemeinen Geschäftsbedingungen im Zivilrecht und müssen deshalb wirksam einbezogen, also tatsächlich Bestandteil des konkreten Zuwendungsbescheids geworden sein.⁴⁰ So verlangt es Nr. 5.1 der Verwaltungsvorschriften zu § 44 BHO. In der Regel geschieht das dadurch, dass die allgemeinen Nebenbestimmungen dem Verwaltungsakt als Anlage beigefügt und im Bescheid zu dessen Bestandteil erklärt werden.⁴¹

„Höhere Entgelte als nach dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) sowie sonstige über- oder außertarifliche Leistungen dürfen nicht gewährt werden“,

heißt es in Nr. 1.3, S. 2 der Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur institutionellen Förderung (ANBest-I 2019) des Bundes⁴². Die Regelung konkretisiert mithin § 8 Abs. 2 HG Bund, indem sie auf den Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) als Maßstab verweist. Zudem benennt sie das Entgelt und sonstige über- oder außertarifliche Leistungen als Bezugspunkt für die Besserstellung. Die Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung (ANBest-P 2019) beinhalten in Nr. 1.3 gleichlautende Vorgaben. Allerdings besteht ein wesentlicher Unterschied zur institutionellen Förderung darin, dass das Besserstellungsverbot für die Projektförderung nur dann Geltung beansprucht, wenn aus der Zuwendung auch Personalausgaben oder sächliche Verwaltungsausgaben geleistet und die

³⁸ Gröpl/Rossi, 2. Aufl. 2019, § 44 Rn. 15.

³⁹ *Präsident des Bundesrechnungshofes*, Prüfung der Vergabe und Bewirtschaftung von Zuwendungen, 2. Aufl. 2016, S. 157.

⁴⁰ Gröpl/Rossi, 2. Aufl. 2019, § 44 Rn. 15; Evers, WissR 1997, 109, 112.

⁴¹ *Sleich*, NJW 1988, 236.

⁴² Gleich oder ähnlich formuliert in den ANBest-I der Länder, mit Verweis auf TV-L; Krämer/Schmidt, Zuwendungsrecht, 154. Aktual. 2021, D XI Rn. 84.

Gesamtausgaben der Zuwendungsempfänger*in überwiegend aus Zuwendungen der öffentlichen Hand bestritten werden. Damit sind die Gesamtausgaben der Zuwendungsempfänger*in für das geförderte Projekt gemeint; nicht die gesamte Finanzierung des Unternehmens.⁴³ In Abgrenzung zur Begrenzung der Personalausgaben der Zuwendungsempfänger*in, für die das Besserstellungsverbot nicht gilt, auf diejenigen des öffentlichen Dienstes, dürfen unter Geltung des Besserstellungsverbots auch aus eigenen Mitteln keine höheren Personalausgaben geleistet werden.⁴⁴ Das Besserstellungsverbot ist inhaltlich jedoch nicht allein auf die konkrete Regelung im Zuwendungsbescheid samt Nebenbestimmungen begrenzt – vielmehr sind die verwaltungsrechtlichen Vorgaben auslegungsbedürftig.⁴⁵

C. Zweck des Besserstellungsverbots

Entscheidend für die Auslegung und Anwendung des Besserstellungsverbots ist nach den Auslegungscanones das Telos des Besserstellungsverbots.⁴⁶ Dem kurz gefassten Gesetzestext selbst ist seine Zwecksetzung nicht unmittelbar zu entnehmen. Um den Sinn zu erforschen, sollte deshalb ein Blick auf die Grundlagen des Verbots geworfen werden. Grundsätzlich soll das Besserstellungsverbot den Haushaltsgrundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zur Außenwirkung verhelfen, wobei es möglicherweise auf den Subsidiaritätsgrundsatz zurückzuführen ist und den Bund vor Konkurrenz durch die Privatwirtschaft schützen soll.

I. Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit

Das Besserstellungsverbot kappt die Arbeitsbedingungen der Beschäftigten der Zuwendungsempfänger*in, indem es dafür eine Obergrenze festlegt. Dadurch soll gewährleistet werden, dass die Zuwendungen des Staates, die (auch) den Einsatz von Personal finanzieren, sinnvoll genutzt werden. Das Besserstellungsverbot geht mithin auf die Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zurück. Sie sind in § 6 Abs. 1 Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG) und § 7 Abs. 1 BHO normiert und haben über Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG gleichzeitig Verfassungsrang.⁴⁷ Das

⁴³ OVG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 8.10.2010 – 1 L 130/10, juris.

⁴⁴ *Dittrich*, BHO, 60. Aktual. 2021, § 44 Erl. 31.2.

⁴⁵ Dazu näher unten unter Teil 3 A. I.

⁴⁶ Vgl. zur grundsätzlichen Bedeutung des Telos im Rahmen der Auslegung *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 153 ff.

⁴⁷ NK-BHO/*Lewinski/Burbat*, 1. Aufl. 2013, § 7 Rn. 2.

Wirtschaftlichkeitsprinzip steht unter dem Ziel der bestmöglichen, rationalen Nutzung knapper Ressourcen, wodurch sichergestellt werden soll, dass sämtliche Bedürfnisse der Bürger*innen befriedigt werden.⁴⁸ Die zugrundeliegende Zweck-Mittel-Relation kann mit zwei Grundgedanken umschrieben werden, dem Minimalprinzip und dem Maximalprinzip.⁴⁹ Das Minimalprinzip gebietet, ein bestimmtes Ergebnis mit möglichst geringem Einsatz von Mitteln zu erzielen. Der Grundsatz der Sparsamkeit ist damit eine Ausprägung des Minimalprinzips. Das Maximalprinzip verlangt hingegen, mit einem bestimmten Einsatz von Mitteln das bestmögliche Ergebnis zu erreichen. Das Besserstellungsverbot soll zugleich gewährleisten, dass im Sinne des Sparsamkeitsprinzips unter möglichst geringem Ressourcenverbrauch der Zweck erreicht wird.⁵⁰ Das kann nur geschehen, wenn das Tätigwerden der Zuwendungsempfänger*in maximal so viel kostet, wie der Staat selbst aufbringen müsste, würde er sein eigenes Personal dafür einsetzen. Weil das Haushaltsbudget des Bundes für die Vergabe von Zuwendungen naturgemäß gedeckelt ist, setzt sich der Haushaltsgrundsatz der Sparsamkeit für die Zuwendungsempfänger*in also im Besserstellungsverbot fort. Damit werden auch die Zuwendungsempfänger*innen als „faktische Bewirtschafter eines erheblichen Anteils der aus dem Bundeshaushalt fließenden Mittel“⁵¹ durch das Besserstellungsverbot an die Haushaltsgrundsätze der gebunden.

II. Subsidiaritätsgrundsatz

Der Ursprung des Besserstellungsverbots als Bestandteil des Zuwendungsrechts wird außerdem im Subsidiaritätsgrundsatz gesehen.⁵² Der Subsidiaritätsgrundsatz ist in § 23 BHO verankert und besagt, dass Ausgaben für Zuwendungen nur im Bundeshaushalt veranschlagt werden dürfen, wenn ein erhebliches Interesse an der Erfüllung eines bestimmten Zweckes durch eine Stelle außerhalb der Bundesverwaltung besteht, „das ohne die Zuwendungen nicht oder nicht im notwendigen Umfang befriedigt werden kann“. Das kann insbesondere dann der Fall

⁴⁸ Gröpl/Gröpl, 2. Aufl. 2019, § 7 Rn. 5.

⁴⁹ Krämer/Schmidt, Zuwendungsrecht, 154. Aktual. 2021, B III Rn. 65.

⁵⁰ Vgl. Gröpl/Gröpl, 2. Aufl. 2019, § 7 Rn. 6.

⁵¹ Sacksofsky/Arndt, DÖV 2003, 561, 568; vgl. Evers, WissR 1997, 109, 114. Angelehnt an MinBIFin 1981, S. 398 (399).

⁵² OVG Niedersachsen, Urt. v. 26.9.2013 – 8 LC 208/12, BeckRS 2013, 57074; *Präsident des Bundesrechnungshofes*, Prüfung der Vergabe und Bewirtschaftung von Zuwendungen, 2. Aufl. 2016, S. 158; Krämer/Schmidt, Zuwendungsrecht, 154. Aktual. 2021, D XI Rn. 74.

sein, wenn die Zuwendungsempfänger*in wegen fehlender finanzieller Möglichkeiten ohne externe Unterstützung nicht zur Zweckerfüllung in der Lage wäre.⁵³ Die öffentliche Förderung soll allerdings nur den Einsatz eigener Mittel ergänzen und nicht gänzlich ersetzen.⁵⁴ Je geringer die Personalausgaben der Zuwendungsempfänger*in sind, desto eher können die vorrangig einzusetzenden eigenen Mittel der Zweckerfüllung dienen.⁵⁵ Die eigenen Mittel sollen wiederum nicht durch die Auszahlung zu hoher Gehälter unnötig geschmälert werden.⁵⁶ Allerdings würden die überschießenden Zuwendungsgelder jedenfalls bei der Festbetragsfinanzierung⁵⁷ dann in andere Bereiche als die der Personalkosten fließen und gleichermaßen der Zweckerfüllung dienen.⁵⁸ Ein unmittelbarer, allgemeingültiger Zusammenhang des Subsidiaritätsgrundsatzes zum Besserstellungsverbot ist deshalb nicht ersichtlich – Bindeglied sind vielmehr die beidem zugrundeliegenden Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit.⁵⁹

III. Konkurrenzschutz

Schließlich dient das Besserstellungsverbot aus Sicht des Staates als Zuwendungsgeber dem Konkurrenzschutz gegenüber den Zuwendungsempfänger*innen: Die Zuwendungsempfänger*in soll durch die Zuwendung keine personalwirtschaftlichen Wettbewerbsvorteile gegenüber den öffentlichen Arbeitgeber*innen genießen.⁶⁰ Gerade angesichts der zurzeit hohen Zahl unbesetzter Stellen im öffentlichen Dienst und der tendenziell eher negativen Prognose für die Zukunft aufgrund des demographischen Wandels⁶¹ erlangt der Gedanke des Konkurrenzschutzes besondere Bedeutung - In Zeiten hoher Arbeitslosigkeit dürfte die Abwägung naturgemäß anders ausfallen.⁶² Am Gedanken

⁵³ Gröpl/Rossi, 2. Aufl. 2019, § 23 Rn. 33.

⁵⁴ *Präsident des Bundesrechnungshofes*, Prüfung der Vergabe und Bewirtschaftung von Zuwendungen, 2. Aufl. 2016, S. 166.

⁵⁵ Sacksofsky/Arndt, DÖV 2003, 561, 568.

⁵⁶ Krämer/Schmidt, Zuwendungsrecht, 154. Aktual. 2021, D XI Rn. 74.

⁵⁷ Dazu unter Teil 1 D. III.

⁵⁸ Sacksofsky/Arndt, DÖV 2003, 561, 568.

⁵⁹ So auch Kluckert, Zuwendung und Gesetz, 2018, S. 339.

⁶⁰ Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Ur. v. 25.2.1998 – 19 B 94.3076, juris, Rn. 83; *Präsident des Bundesrechnungshofes*, Prüfung der Vergabe und Bewirtschaftung von Zuwendungen, 2. Aufl. 2016, S. 158.

⁶¹ *dbb Beamtenbund und Tarifunion*, Pressemitteilung vom 29.3.2021, <https://www.dbb.de/artikel/dem-staat-fehlen-fast-330-000-mitarbeitende.html>, zuletzt aufgerufen am 14.7.2021.

⁶² Sacksofsky/Arndt, DÖV 2003, 561, 568.

des Konkurrenzschutzes kann kritisiert werden, dass Zuwendungsempfänger*innen aufgrund der tiefgreifenden Beschränkungen des Besserstellungsverbots unter Umständen selbst nicht in der Lage sind, „mit anderen privaten Unternehmen um geeignetes Personal zu konkurrieren.“⁶³ Andererseits wären viele Zuwendungsempfänger*innen ohne die Gewähr staatlicher Mittel vielleicht mangels hinreichender finanzieller Liquidität ohnehin nicht in der Lage, mit ebendiesen Unternehmen in Konkurrenz zu treten. Der zugespitzt kritischen Bemerkung, es handele sich beim Besserstellungsverbot um „gesetzlich geronnene Mißgunst [sic]“⁶⁴ der bewilligenden Beamt*innen, kann deshalb nicht gefolgt werden. Jedenfalls die haushaltsgesetzliche Normierung ist Ergebnis der Willensbildung des Parlamentes als Legislative und nicht der Exekutive. Ausgangspunkt ist vielmehr, dass der Haushaltsgesetzgeber davon ausgeht, der Staat entlohne seine Bediensteten angemessen.⁶⁵ Deshalb muss es den Zuwendungsempfänger*innen „möglich und zumutbar“ sein, ihre Beschäftigten nach den gleichen Maßstäben zu entlohnen und dabei gleichzeitig die Zuwendungszwecke zu erfüllen.⁶⁶ Die Erwägung des Konkurrenzschutzes kann unabhängig davon jedenfalls nur für solche Arbeitnehmer*innen Bestand haben, die Tätigkeiten durchführen, welche auch im öffentlichen Dienst ausgeübt werden. Die Orientierung am TVöD legt zwar nahe, dass für jede durch Zuwendungen finanzierte Stelle ein Pendant im öffentlichen Dienst bestehen müsste. Gerade darin liegt jedoch ein Trugschluss, der zu vielerlei Schwierigkeiten führt.⁶⁷ Nichtsdestotrotz ist der Konkurrenzschutz jedenfalls für verwaltende Tätigkeiten bei der Zuwendungsempfänger*in vermutlich ausschlaggebender Beweggrund für die Anwendung des Besserstellungsverbots.

D. Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich des Besserstellungsverbots im haushaltsrechtlichen Sinne ist geprägt durch das verwaltungsrechtliche Verhältnis zwischen dem Staat als Zuwendungsgeber und der Zuwendungsempfänger*in. Damit zwischen ihnen ein solches Rechtsverhältnis entsteht, müssen zunächst die allgemeinen

⁶³ *Sacksofsky/Arndt*, DÖV 2003, 561, 568.

⁶⁴ *Meusel*, DUZ 1977, 649, 650.

⁶⁵ *Präsident des Bundesrechnungshofes*, Prüfung der Vergabe und Bewirtschaftung von Zuwendungen, 2. Aufl. 2016, S. 158.

⁶⁶ Vgl. *Sacksofsky/Arndt*, DÖV 2003, 561, 569; mit Verweis auf Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Urt. v. 25.2.1998 – 19 B 94.3076, juris Rn. 82.

⁶⁷ Dazu näher unten in Teil 3.

zuwendungsrechtlichen Bewilligungsvoraussetzungen erfüllt werden. Wurde die Zuwendung gewährt, erlangt im Nachgang der Verwendungsnachweis besondere Bedeutung, anhand dessen die Wahrung des Besserstellungsverbots überprüft wird.

I. Zuwendungsgeber*in

Zuwendungsgeber ist der Bund, dessen Haushalt belastet wird, wenn Zuwendungen bewilligt werden. Konkreter sind auf Bundesebene die einzelnen Ministerien die direkten Zuwendungsgeber*innen, denen festgelegte Anteile des Haushalts dafür zur Verfügung stehen und die in dem Rahmen selbstständig Zuwendungen vergeben. Der Bundeshaushaltsplan enthält keine zusammenfassende Übersicht aller Zuwendungen; vielmehr sind sie in den Einzelplänen der jeweiligen Ressorts ausgewiesen.⁶⁸ Zu den größten Zuwendungsgeber*innen auf Bundesebene zählen das Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF), die Beauftragte der Bundesregierung für Kultur und Medien (BKM) sowie das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi).⁶⁹

II. Adressat*in

Wer rechtlich verpflichtete Adressat*in des Besserstellungsverbots ist, hängt davon ab, auf welche rechtliche Grundlage man zurückgreift. Wie festgestellt bindet § 8 Abs. 2 HG Bund zunächst die Bewilligungsbehörde. Letztlich und tatsächlich adressiert werden sollen diejenigen Unternehmen oder Institutionen, die Zuwendungen des Bundes erhalten und mit den Zuwendungen Personalkosten finanzieren. Als Handlungsformen der Verwaltung gegenüber der Zuwendungsempfänger*in kommen grundsätzlich der Verwaltungsakt (§ 35 VwVfG) und der öffentlich-rechtliche (Zuwendungs-)Vertrag (§ 54 VwVfG) in Betracht – beide werden in Nr. 4 der Verwaltungsvorschriften zu § 44 BHO explizit genannt. Unabhängig von der Handlungsform gelten aus zuwendungsrechtlicher Sicht die gleichen allgemeinen Bewilligungsvoraussetzungen.⁷⁰

⁶⁸ Demgegenüber kritisch *Präsident des Bundesrechnungshofes*, Prüfung der Vergabe und Bewirtschaftung von Zuwendungen, 2. Aufl. 2016, S. 26 f.

⁶⁹ *Krämer/Schmidt*, Zuwendungsrecht, 154. Aktual. 2021, B I Rn. 285 ff. sowie ausführlich Anhang B I/2c. S. a. *Dittrich*, BHO, 60. Aktual. 2021, § 23 Erl. 2.

⁷⁰ Dazu unten Teil 1 D. III.

1. Institutionelle Förderung

Die Adressat*innen des Besserstellungsverbots werden danach unterschieden, ob sie institutionell oder im Rahmen eines Projekts gefördert werden. Bei Empfänger*innen institutioneller Förderungen kommt das Besserstellungsverbot nach § 8 Abs. 2 HG Bund regelmäßig zur Anwendung. Im Sinne der Legaldefinition der institutionellen Förderung in § 8 Abs. 1 HG Bund handelt es sich dabei um Zuwendungen an eine Einrichtung außerhalb der Bundesverwaltung. Institutionelle Förderung erfolgt durch Zahlung einer „Zuwendung zur Deckung der gesamten Ausgaben oder eines nicht abgegrenzten Teils der Ausgaben“⁷¹ der Zuwendungsempfänger*in. Damit wird die Zuwendungsempfänger*in also als Institution bei der fortlaufenden Ausübung ihrer Aufgaben gefördert.⁷² In der Regel wird die Übernahme der institutionellen Förderung an das staatliche Haushaltsjahr angepasst und auf jeweils ein Kalenderjahr beschränkt.⁷³ Nach Nr. 3.4 der Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zu § 23 BHO dürfen Ausgaben für Zuwendungen zur institutionellen Förderung erst veranschlagt werden, wenn die Zuwendungsempfänger*in einen Haushalts- oder Wirtschaftsplan vorgelegt hat, dazu sogleich. Gemäß Nr. 1.3 S. 3 ANBest-I gilt das Besserstellungsverbot auch für solche Beschäftigte der Zuwendungsempfänger*in, die bei der Durchführung von Aufträgen und von aus Zuwendungen finanzierten Projekten eingesetzt werden. Offen bleibt, wer als Beschäftigte im Sinne der Nebenbestimmung gilt, also insbesondere, ob auch freie Mitarbeiter*innen unter das Besserstellungsverbot fallen können. Der Begriff der Beschäftigten wird im Recht nicht einheitlich verwendet; aus § 1 Abs. 1 TVöD wird deutlich, dass der Begriff jedenfalls im Kontext des TVöD synonym zu demjenigen der Arbeitnehmer*innen verwendet wird. Das Besserstellungsverbot gilt mithin grundsätzlich nicht für freie Mitarbeiter*innen; doch auch für deren Einsatz gelten für die Zuwendungsempfänger*in die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit aus § 7 BHO. Zudem können im Zuwendungsbescheid oder durch Förderrichtlinien Honorarobergrenzen festgelegt werden.

⁷¹ VV-BHO § 23 Nr. 2.2.

⁷² S. die Übersicht in *Dittrich*, BHO, 60. Aktual. 2021, § 23 Erl. 7.1; außerdem *Müller/Richter/Ziekow*, Handbuch Zuwendungsrecht, 1. Aufl. 2017, A. Rn. 244.

⁷³ *Müller/Richter/Ziekow*, Handbuch Zuwendungsrecht, 1. Aufl. 2017, A. Rn. 246.

Für Wissenschaftseinrichtungen nach § 2 Wissenschaftsfreiheitsgesetz (WissFG) ist gemäß § 8 Abs. 2 S. 4 HG Bund, § 4 WissFG dann eine Ausnahme vom Besserstellungsverbot vorgesehen, wenn sie den beschäftigten Wissenschaftler*innen und im wissenschaftlich relevanten Bereich Beschäftigten Gehälter oder Gehaltsbestandteile aus Mitteln zahlen, die weder unmittelbar noch mittelbar (beispielsweise durch EU-Mittel)⁷⁴ von der deutschen öffentlichen Hand finanziert werden.⁷⁵ Alternative Finanzierungsmöglichkeiten sind beispielsweise Einnahmen aus Werkverträgen mit der Industrie, aus Spenden oder aus privatem Vermögen.⁷⁶ Die Ausnahme vom Besserstellungsverbot betrifft unter anderem die Deutsche Forschungsgemeinschaft e.V., die Fraunhofer-Gesellschaft zur Förderung der angewandten Forschung e.V. sowie die Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung von Wissenschaft e.V. Durch die entsprechende Änderung des Haushaltsgesetzes im Jahr 2013 wurden somit die haushaltsrechtlichen Rahmenbedingungen für außeruniversitäre Forschungseinrichtungen erheblich flexibilisiert.⁷⁷ Die Ausnahme nach dem WissFG betrifft Zuwendungsempfänger*innen mit einem anteilig sehr hohen Ausgabenvolumen im Rahmen der institutionellen Förderung: Im Bundeshaushaltsplan für das Jahr 2017 erhielten die Deutsche Forschungsgemeinschaft und die Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung von Wissenschaft e.V. jeweils Zuwendungen in Höhe von mehreren Hundert Millionen Euro durch den Bund und die Länder.⁷⁸ Von der Ausnahmeregelung sind insgesamt 116 Einrichtungen, und damit fast 40 Prozent aller vom Bund institutionell geförderten Zuwendungsempfänger*innen.⁷⁹ Die Bereichsausnahme hat potentiell erhebliche Auswirkung auf den Anwendungsbereich des Besserstellungsverbots. Durch die Voraussetzung, dass die Gehälter aus Mitteln finanziert werden, die nicht aus dem öffentlichen Haushalt stammen, fallen dem Besserstellungsverbot zugrundeliegende Erwägungen wie Konkurrenzschutz ohnehin weg. Nach wie vor relevant sind jedoch die Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit: Die eigenen Mittel

⁷⁴ Dittrich, BHO, 60. Aktual. 2021, § 44 Erl. 31.7.

⁷⁵ S. dazu mit einem ersten Fazit ausführlich *Bundesrechnungshof*, Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages nach § 88 Abs. 2 BHO über die Wirkungen des Wissenschaftsfreiheitsgesetzes auf die Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes und der Wissenschaftseinrichtungen, 19. Mai 2017.

⁷⁶ Dittrich, BHO, 60. Aktual. 2021, § 44 Erl. 31.7.

⁷⁷ Vgl. *Präsident des Bundesrechnungshofes*, Prüfung der Vergabe und Bewirtschaftung von Zuwendungen, 2. Aufl. 2016, S. 159.

⁷⁸ *Krämer/Schmidt*, Zuwendungsrecht, 154. Aktual. 2021, C III Rn. 21.

⁷⁹ Dittrich, BHO, 60. Aktual. 2021, § 44 Erl. 31.7.

der Wissenschaftseinrichtung, die für Personalkosten eingesetzt werden, könnten jedenfalls bei der Festbetragsfinanzierung im Hinblick auf die Zwecksetzung der Zuwendung anderweitig eingesetzt werden und damit möglicherweise die erforderliche Zuwendungshöhe mindern. Nichtsdestotrotz rechtfertigt die Priorität der Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit außeruniversitärer Wissenschaftseinrichtungen, vgl. § 1 WissFG, die Ausnahme vom Besserstellungsverbot. Von der Ausnahme nach § 4 WissFG wird dennoch nur in geringem Umfang Gebrauch gemacht.⁸⁰

2. Projektförderung

Nach § 8 Abs. 2 S. 2 HG Bund gilt das Besserstellungsverbot entsprechend für Zuwendungen zur Projektförderung, wenn die Gesamtausgaben der Zuwendungsempfänger*in überwiegend aus Zuwendungen der öffentlichen Hand bestritten werden. Projektförderung bezeichnet die „Zuwendung zur Deckung von Ausgaben des Zuwendungsempfängers für einzelne abgegrenzte Vorhaben“.⁸¹ Das Vorhaben muss sowohl zeitlich als auch inhaltlich „klar umrissen“ sein.⁸² Förderfähige Projekte können beispielsweise in den Bereichen Forschung und Entwicklung, gewerbliche Wirtschaft oder Landwirtschaft liegen sowie soziale, gesellschaftspolitische, kulturelle, wissenschaftliche oder sportliche Maßnahmen umfassen.⁸³ Konkret kann es sich dabei um eine Baumaßnahme, ein Forschungsvorhaben, eine Tagung oder eine Ausstellung handeln.⁸⁴ Die Ausnahme für wissenschaftliche Einrichtungen im Sinne von § 2, 4 WissFG gilt gleichermaßen.

III. Allgemeine zuwendungsrechtliche Bewilligungsvoraussetzungen und der Verwendungsnachweis

Wenngleich der Schwerpunkt der nachfolgenden Untersuchung auf der arbeitsrechtlichen Einordnung des Besserstellungsverbots liegt, ist ein kurzer Abriss der allgemeinen zuwendungsrechtlichen Bewilligungsvoraussetzungen für den

⁸⁰ Von den 116 betroffenen Einrichtungen waren das bis Ende 2015 nur die Fraunhofer-Gesellschaft, das Helmholtz-Zentrum sowie die Deutsche Akademie der Technikwissenschaften: *Bundesrechnungshof*, Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages nach § 88 Abs. 2 BHO über die Wirkungen des Wissenschaftsfreiheitsgesetzes auf die Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes und der Wissenschaftseinrichtungen, 19. Mai 2017, S. 44, 48.

⁸¹ VV-BHO § 23 Nr. 2.1.

⁸² *Müller/Richter/Ziekow*, Handbuch Zuwendungsrecht, 1. Aufl. 2017, A. Rn. 241; *Krämer/Schmidt*, Zuwendungsrecht, 154. Aktual. 2021, C III Rn. 8.

⁸³ *Krämer/Schmidt*, Zuwendungsrecht, 154. Aktual. 2021, C III Rn. 9.

⁸⁴ *Krämer/Schmidt*, Zuwendungsrecht, 154. Aktual. 2021, C III Rn. 23.

Gesamtzusammenhang erforderlich. Sowohl bei der Antragsprüfung im Vorfeld der Zuwendungsbewilligung als auch bei der Prüfung des Verwendungsnachweises im Nachhinein kann kontrolliert werden, ob das Besserstellungsverbot eingehalten wird.⁸⁵ Eine beantragte Zuwendung darf nur unter Beachtung der in §§ 23, 44 BHO sowie den Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung (VV-BHO) normierten allgemeinen Bewilligungsvoraussetzungen gewährt werden. Erste Voraussetzung für die Bewilligung ist die Veranschlagung der Zuwendung im Haushaltsplan.⁸⁶ Die Legislative muss also beschließen, zu welchem Zweck und in welcher Höhe Zuwendungen zur Verfügung stehen. Bei der Aufstellung des Bundeshaushalts verhandeln die zuständigen Fachressorts darüber mit dem BMF.⁸⁷ Die Bewilligungsbehörden sind an den Haushaltsplan gebunden: Sie dürfen nur solche Anträge bewilligen und Ausgaben leisten, für die Zuwendungen im Haushaltsplan veranschlagt wurden, vgl. § 8 Abs. 1 S. 1 HG Bund, § 3 Abs. 1 BHO. Die Veranschlagung setzt nach § 23 BHO wie festgestellt voraus, dass an dem konkret mit der Zuwendung verfolgten Zweck ein erhebliches Interesse des Bundes besteht, welches ohne die Zuwendung nicht oder nicht im notwendigen Umfang befriedigt werden kann. Für das Bundesinteresse muss wiederum eine Finanzierungskompetenz des Bundes bestehen. Das ist grundsätzlich nur dann der Fall, wenn es sich auch um eine Aufgabenkompetenz des Bundes handelt.⁸⁸ Außerdem dürfen Ausgaben für Zuwendungen zur institutionellen Förderung nach VV-BHO § 23 3.4 nur veranschlagt werden, wenn die Zuwendungsempfänger*in einen Haushalts- oder Wirtschaftsplan vorgelegt hat.⁸⁹ Der Haushaltsplan muss alle zu erwartenden Einnahmen und zu leistenden Ausgaben sowie einen Organisations- und Stellenplan enthalten.⁹⁰ Durch die Einbeziehung der Personalkosten besteht mithin schon bei der Veranschlagung ein erster Bezug zum Besserstellungsverbot. Im Umkehrschluss aus Nr. 1.3 S. 4 der ANBest-I ergibt sich, dass im Wirtschaftsplan Angaben zur Höhe der Entgelte ausgebracht sein müssen. Je nachdem, wie ausführlich der Stellenplan ist, besteht damit in Grundzügen schon im Vorhinein der Zuwendungsgewährung eine gewisse Überprüfbarkeit der Einhaltung des Besserstellungsverbots, die sich auf die

⁸⁵ *Dittrich*, BHO, 60. Aktual. 2021, § 44 Rn. 31.3.

⁸⁶ Sog. Veranschlagungsvorbehalt; *Gröpl/Rossi*, 2. Aufl. 2019, § 44 Rn. 52.

⁸⁷ *Krämer/Schmidt*, Zuwendungsrecht, 154. Aktual. 2021, C III Rn. 39.

⁸⁸ *Gröpl/Rossi*, 2. Aufl. 2019, § 23 Rn. 30.

⁸⁹ Vgl. *Müller/Richter/Ziekow*, Handbuch Zuwendungsrecht, 1. Aufl. 2017, A. Rn. 246; in den Folgejahren genügt dann die Fortschreibung der erstmals eingereichten Pläne.

⁹⁰ AN-Best I 2019 Nr. 1.2.

Entscheidung für die Bewilligung oder Ablehnung der beantragten Zuwendung auswirken kann. Der Stellenplan ist jedenfalls bei der institutionellen Förderung hinsichtlich der Anzahl und Wertigkeit der für die einzelnen Entgeltgruppen angegebenen Stellen für die Zuwendungsempfänger*in verbindlich.⁹¹ Die Bewilligungsbehörde ist jedoch nicht verpflichtet, „vor der Festsetzung und Auszahlung der Fördermittel die Richtigkeit der Eingruppierung⁹² in jedem Einzelfall zu überprüfen.“⁹³ Das Besserstellungsverbot richte sich an die Zuwendungsempfänger*in selbst; darüber hinaus sei eine solche Verfahrensweise nicht praktikabel.⁹⁴ Ersteres trifft zumindest nicht auf die haushaltsrechtliche Normierung zu.

Das Subsidiaritätsprinzip als Grundpfeiler des Zuwendungsrechts stellt weitere Voraussetzungen an die Bewilligung: Nach VV-BHO § 44 Nr. 1.1 sind Bürgschaften, Garantien und sonstige Gewährleistungen gegenüber der Bewilligung von Zuwendungen vorrangig. Gleiches gilt für Darlehen, bei denen der Staat anders als bei Zuwendungen nur den Zinsverlust und das Ausfallrisiko trägt.⁹⁵ Dadurch wird der öffentliche Haushalt trotz des Verwaltungsaufwands weniger belastet. Entgegen der Soll-Vorschrift der VV-BHO § 44 Nr. 1.1 sind Zuschüsse in Gestalt von Zuwendungen jedoch die Regel, Darlehen bleiben eine Ausnahme.⁹⁶ Weiterhin kommen der Bewilligungsbehörde gemäß VV-BHO § 44 Nr. 1.2 personenbezogene Prüfpflichten bezogen auf die Zuverlässigkeit und ordnungsgemäße Geschäftsführung der Zuwendungsempfänger*in zu. Dabei wird mittels einer Bonitätsprüfung die finanzielle Leistungsfähigkeit überprüft. Außerdem wird hinsichtlich der Voraussetzungen zwischen der institutionellen Förderung und der Projektförderung unterschieden. Werden alle Voraussetzungen erfüllt, ergeht der Zuwendungsbescheid.

Für das Besserstellungsverbot besonders relevant ist die im Anschluss an die Bewilligung erfolgende Überwachung durch die Bewilligungsbehörde, wie die Zuwendung verwendet wurde, sowie deren Prüfung des sogenannten Verwendungsnachweises. Gemäß § 44 Abs. 1 S. 2 BHO besteht ein gesetzlicher

⁹¹ § 14 Abs. 2 HG Bund; *Krämer/Schmidt*, Zuwendungsrecht, 154. Aktual. 2021, C III Rn. 50.

⁹² Dazu näher unter Teil 3 A. II 2. b).

⁹³ VG Magdeburg, Urt. v. 23.9.2009 – 4 A 20/09, BeckRS 2009, 47218.

⁹⁴ VG Magdeburg, Urt. v. 23.9.2009 – 4 A 20/09, BeckRS 2009, 47218.

⁹⁵ *Gröpl/Rossi*, 2. Aufl. 2019, § 44 Rn. 58.

⁹⁶ *Gröpl/Rossi*, 2. Aufl. 2019, § 44 Rn. 58.

Auftrag, festzulegen, wie die zweckentsprechende Verwendung der Zuwendung nachzuweisen ist. Die Bewilligungsbehörde hat zu dem Zweck nach VV-BHO § 44 Nr. 10.1 den Nachweis der Verwendung von der Zuwendungsempfänger*in zu verlangen. Die Verpflichtung wird der Zuwendungsempfänger*in über die Allgemeinen Nebenbestimmungen zum Zuwendungsbescheid auferlegt.⁹⁷ Kommt die Zuwendungsempfänger*in ihrer Nachweispflicht nicht nach, kann das dazu führen, dass weitere Auszahlungen suspendiert, bereits getätigte Auszahlungen (teilweise) zurückgefordert und neue Bewilligungen gesperrt werden.⁹⁸

Der Verwendungsnachweis besteht aus einem Sachbericht und einem zahlenmäßigen Nachweis.⁹⁹ Im Sachbericht dokumentiert die Zuwendungsempfänger*in die Verwendung der Zuwendung und das erzielte fachliche Ergebnis; im zahlenmäßigen Nachweis listet sie alle mit der Förderung zusammenhängenden Einnahmen und Ausgaben auf.¹⁰⁰ Darunter fallen unter anderem die Personalkosten, die mithilfe der Zuwendung finanziert wurden. Die Personalkosten können als Anlage zum Verwendungsnachweis tabellarisch wiedergegeben werden.¹⁰¹ Darin werden die Funktionsbezeichnung und TVöD-Entgeltgruppe der einzelnen Arbeitnehmer*innen der Zuwendungsempfänger*in aufgelistet. Außerdem können in einer solchen Tabelle die tatsächlichen Personalkosten den Personalkostensätzen des BMF gegenübergestellt werden. Damit ermöglicht der Verwendungsnachweis im Rahmen der Nachprüfung in Grundzügen die Feststellung, ob das Besserstellungsverbot eingehalten wurde. Naturgemäß ist die Eingruppierungsentscheidung selbst ein hochkomplexes Problemfeld, sodass auch der Verwendungsnachweis nicht „mit einem Blick“ die Überprüfung ermöglicht¹⁰² – er liefert aber viele der notwendigen Informationen.

⁹⁷ Vgl. Nr. 7 ANBest-I 2019.

⁹⁸ Gröpl/Rossi, 2. Aufl. 2019, § 44 Rn. 78.

⁹⁹ VV-BHO § 44 Nr. 10.2.

¹⁰⁰ Gröpl/Rossi, 2. Aufl. 2019, § 44 Rn. 80.

¹⁰¹ S. beispielhaft den Verwendungsnachweis des *Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend*, Familienförderrichtlinien des Bundes, Formblätter Personalkosten, Spalte PK-VN, abrufbar unter <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/ministerium/ausschreibungen-foerderung/foerderrichtlinien/foerderrichtlinien-familienfoerderrichtlinie-bund>, zuletzt aufgerufen am 20.7.2021.

¹⁰² Deshalb wird die Rolle der Eingruppierung für die Prüfung des Besserstellungsverbots unter Teil 3 A. II. 2. b) ausführlich thematisiert.

Unter Umständen kann eine zusätzliche Prüfung durch den Bundesrechnungshof erfolgen: Nach § 88 Abs. 1 BHO prüft er die gesamte Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes und damit auch die mit der Bewirtschaftung von Zuwendungsmitteln zusammenhängenden Entscheidungen der Zuwendungsgeber*innen. Gemäß § 91 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BHO ist er darüber hinaus dazu berechtigt, bei den Zuwendungsempfänger*innen zu prüfen.

IV. Finanzierungsarten

Innerhalb der Zuwendungsvergabe bestehen verschiedene Berechnungsmodelle, auf die die Bewilligungsbehörden zurückgreifen. Sie betreffen Umfang, Höhe und das Verhältnis der Zuwendung zu den eingesetzten Eigen- und Drittmitteln.¹⁰³ Das Besserstellungsverbot gilt dabei für sämtliche Finanzierungsarten.¹⁰⁴ Die Unterscheidung ist dennoch relevant, weil daraus unterschiedliche Rückschlüsse auf die Mittelverwendung und damit die Wahrung des Besserstellungsverbots folgen. Grundsätzlich werden Zuwendungen allein zur Teilfinanzierung des zu erfüllenden Zwecks bewilligt und sollen dabei auf einen Höchstbetrag beschränkt werden.¹⁰⁵ Eine Vollfinanzierung kommt nur im Ausnahmefall in Betracht.¹⁰⁶ Innerhalb der Teilfinanzierung wird zwischen der Anteil-, Fehlbedarfs- und Festbetragsfinanzierung unterschieden. Die Anteilfinanzierung liegt nach VV-BHO § 44 Nr. 2.2.1 bei Zuwendungen vor, die höhenmäßig prozentual auf einen bestimmten Anteil an der gesamten Finanzierung beschränkt sind. Die Fehlbedarfsfinanzierung orientiert sich daran, in welcher Höhe zuwendungsfähige Ausgaben nicht durch eigene oder fremde Mittel finanziert werden können.¹⁰⁷ Die Festbetragsfinanzierung ist sinngemäß beschränkt auf einen feststehenden Betrag.¹⁰⁸ Im Zusammenhang zum Besserstellungsverbot bleibt hinsichtlich der Festbetragsfinanzierung nochmals zu erwähnen, dass der Subsidiaritätsgrundsatz dort nicht zur Rechtfertigung herangezogen werden kann: Die Mittel, die bei den Personalausgaben durch die Obergrenze des Besserstellungsverbots „gespart“ werden, können ohne Weiteres für andere Fachausgaben verwendet werden.¹⁰⁹ Dann wird die wirtschaftliche

¹⁰³ Gröpl/Rossi, 2. Aufl. 2019, § 44 Rn. 35.

¹⁰⁴ Krämer/Schmidt, Zuwendungsrecht, 154. Aktual. 2021, D XI Rn. 86.

¹⁰⁵ VV-BHO § 44 Nr. 2.2.

¹⁰⁶ Dittrich, BHO, 60. Aktual. 2021, § 44 Erl. 24.8.

¹⁰⁷ VV-BHO § 44 Nr. 2.2.2.

¹⁰⁸ VV-BHO § 44 Nr. 2.2.3.

¹⁰⁹ Sacksofsky/Arndt, DÖV 2003, 561, 568.

Verwendung der öffentlichen Gelder jedenfalls nicht durch das Besserstellungsverbot an sich gewährleistet.

E. Fazit der zuwendungsrechtlichen Betrachtung

Das Zuwendungsrecht ist Bestandteil des Haushaltsrechts und greift auf komplexe Regelungswerke aus verschiedenen Ebenen der Normhierarchie zurück. Auch das Besserstellungsverbot ist dort an verschiedenen Stellen geregelt, bindet aber erst durch die Aufnahme in den Zuwendungsbescheid die Zuwendungsempfänger*in selbst. Für Zuwendungsbescheide bestehen durch Verwaltungsvorschriften und allgemeine Nebenbestimmungen zahlreiche verwaltungsinterne Vorgaben. Darin sind gegenüber dem Haushaltsgesetz nur wenig konkretere Vorgaben zum Besserstellungsverbot und dessen Einhaltung enthalten. Das gilt umso mehr im Außenverhältnis zur Zuwendungsempfänger*in, die nur über ebendiese Nebenbestimmungen zum Verwaltungsakt der Zuwendungsbewilligung davon Kenntnis erlangt. Im Zusammenhang mit dem Besserstellungsverbot kommt deshalb zum einen den bei der Beantragung erforderlichen Unterlagen besondere Bedeutung zu. Die Zuwendungsempfänger*in muss unter anderem einen Stellenplan vorlegen. Er enthält in der Regel Angaben zur Vergütung und Eingruppierung der Beschäftigten der Zuwendungsempfänger*in. Zum anderen aber ist die Einhaltung des Besserstellungsverbots jedenfalls beim Verwendungsnachweis und dessen Prüfung durch die Bewilligungsbehörde sowie gegebenenfalls den Bundesrechnungshof relevant.

Teil 2: Reichweite des Besserstellungsverbots und Verortung im System des Arbeitsrechts

A. Reichweite des Besserstellungsverbots

Über die zuwendungsrechtlichen Grundlagen hinaus betrifft das Besserstellungsverbot die Zuwendungsempfänger*in als Arbeitgeber*in sowie, mittelbar, ihre Beschäftigten. Zieht man die genannten normativen Grundlagen als Anknüpfungspunkt heran, bleibt jedoch unklar, inwiefern sie die privatrechtliche Beziehung zwischen der Zuwendungsempfänger*in und ihren Arbeitnehmer*innen

berühren. Die Reichweite und Bindungswirkung des Besserstellungsverbots soll deshalb ausgehend von ihrem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis näher untersucht werden.

I. Notwendigkeit einer privatrechtlich orientierten Betrachtung

Der Schwerpunkt der bisherigen inhaltlichen Auseinandersetzung mit dem Besserstellungsverbot liegt, wie dessen haushaltsrechtlicher Ursprung nahelegt, in erster Linie im Zuwendungsrecht. Die Feststellung, privatrechtlich gebe es kein Besserstellungsverbot,¹¹⁰ mag zwar bei rein normativer Betrachtung zutreffen. Sie verkennt jedoch, dass das Besserstellungsverbot in seiner tatsächlichen Reichweite originär arbeitsrechtliche Fragen betrifft, indem es auf die Arbeitsbedingungen des öffentlichen Dienstes und diejenigen der Beschäftigten der Zuwendungsempfänger*in Bezug nimmt. Arbeitsrechtliche Fragestellungen beruhen in vielerlei Hinsicht auf allgemeinen Grundsätzen des Privatrechts. Deshalb sind die Bindungswirkung und der Umfang des Besserstellungsverbots auch aus privatrechtlicher Perspektive zu beleuchten. Besonders spannend sind die Erwägungen gerade deshalb, weil das Besserstellungsverbot mangels tiefgreifender Diskussionen vonseiten Rechtsprechung und Literatur nicht in seiner das Arbeitsverhältnis berührenden Grundkonzeption erörtert wird – dabei könnte das helfen, die konkreten personellen Schlussfolgerungen des Verbots zu beleuchten.

II. Allgemeine Bindungswirkung

Fraglich ist, worauf sich das Besserstellungsverbot auf der verwaltungsrechtlichen Ebene der Zuwendungsempfänger*in gegenüber inhaltlich bezieht, das heißt, welche Arbeitnehmer*innen der Zuwendungsempfänger*in und welche Arbeitsbedingungen in welcher Weise vom Besserstellungsverbot betroffen sind.

1. Grundsatz

Das Besserstellungsverbot gilt grundsätzlich für sämtliche Arbeitsverhältnisse der Zuwendungsempfänger*in und alle damit zusammenhängenden Leistungen und Regelungen.¹¹¹ Darunter fallen nicht nur das Entgelt, sondern auch Personalausgaben

¹¹⁰ LAG Hamburg, Urt. v. 14.1.2015 – 5 Sa 42/14, BeckRS 2015, 66996.

¹¹¹ *Präsident des Bundesrechnungshofes*, Prüfung der Vergabe und Bewirtschaftung von Zuwendungen, 2. Aufl. 2016, S. 156.

im weiteren Sinne sowie personenbezogene Sachausgaben und sonstige Arbeitsbedingungen.¹¹² Mithin sind beispielsweise Beiträge zur zusätzlichen Altersversorgung, Jahressonderzahlungen, Leistungs- und Erfolgsprämien als Entgeltbestandteile genauso vom Besserstellungsverbot betroffen wie Arbeitszeitregelungen, Erholungs- und Sonderurlaub, die private Nutzung dienstlich gesammelter Bonusmeilen oder die Bereitstellung von Dienstwagen, über die Ausstattung der Geschäftszimmer bis hin zu verbilligtem Essen aufgrund von Kantinenzuschüssen.¹¹³ Die Obergrenze bildet bei alledem nach den ANBest-I wie festgestellt der TVöD. Konkret darf also hinsichtlich des Entgelts keine höherwertige Eingruppierung erfolgen, als nach den Tätigkeitsmerkmalen der Anlage 1 des TV EntgO zulässig wäre;¹¹⁴ zeitabhängig höhere Entgeltstufen dürfen nicht vorweg gewährt werden; übertarifliche Zulagen scheiden aus.¹¹⁵ Mithin hat das zuwendungsrechtliche Besserstellungsverbot im Rahmen der praktischen Umsetzung im Kern arbeitsrechtliche Auswirkungen: Hinsichtlich sämtlicher Entgeltbestandteile und sonstiger Arbeitsbedingungen legt der TVöD über das Besserstellungsverbot eine Obergrenze fest. Rein zuwendungsrechtliche Rechtsfolgen sind der arbeitsrechtlichen Bewertung gewissermaßen nachgelagert: Ein Verstoß gegen das Besserstellungsverbot kann ausschließlich auf der Grundlage festgestellt und geahndet werden, dass die Arbeitsbedingungen der Zuwendungsempfänger*in und die Vorgaben des TVöD aus arbeitsrechtlicher Perspektive miteinander verglichen wurden.¹¹⁶

2. Ausnahmeregelungen

Gemäß § 8 Abs. 2 S. 3 HG Bund kann das BMF Ausnahmen vom Besserstellungsverbot zulassen, wenn zwingende Gründe vorliegen. Als zwingender Grund gilt, dass die Zuwendungsbewilligung ohne Gewährung einer Ausnahme ausgeschlossen wäre und der im erheblichen Bundesinteresse liegende Zweck auf andere Weise nur mit erheblichen Kosten verwirklicht werden könnte.¹¹⁷ Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn die Aufgabe nicht wirtschaftlicher durch eine

¹¹² *Krämer/Schmidt*, Zuwendungsrecht, 154. Aktual. 2021, D XI Rn. 98.

¹¹³ *Präsident des Bundesrechnungshofes*, Prüfung der Vergabe und Bewirtschaftung von Zuwendungen, 2. Aufl. 2016, S. 162.

¹¹⁴ Dazu näher unten Teil 3 A. II 2. b).

¹¹⁵ *Krämer/Schmidt*, Zuwendungsrecht, 154. Aktual. 2021, D XI Rn. 92.

¹¹⁶ Dazu und zu den einhergehenden praktischen Schwierigkeiten im Einzelnen Teil 3.

¹¹⁷ *Krämer/Schmidt*, Zuwendungsrecht, 154. Aktual. 2021, D XI Rn. 102.

bundeseigene Behörde erledigt werden könnte.¹¹⁸ Die Entscheidungsgründe sind für jeden Einzelfall zu dokumentieren.¹¹⁹ Auch in dem Fall, dass im Wirtschaftsplan der Zuwendungsempfänger*in Stellen ohne Angabe zur Höhe des Entgelts festgelegt werden, muss die Bewilligungsbehörde der Festsetzung des Entgelts nach Nr. 1.3 S. 4 ANBest-I zustimmen. Dazu muss die Bewilligungsbehörde ihrerseits gemäß VV-BHO § 44 Nr. 15.1 das Einverständnis des BMF einholen. Mithin bestehen einige Hürden, bevor eine Ausnahme vom Besserstellungsverbot im Einzelfall als zulässig anerkannt werden darf.

3. Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB

Das Besserstellungsverbot in Gestalt seiner haushaltsgesetzlichen Normierung könnte ein Verbotsgesetz im Sinne von § 134 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) sein. Das hätte zur Folge, dass dagegen verstoßende Rechtsgeschäfte nichtig wären. Die die Zuwendungsgewährung betreffenden Verwaltungsvorschriften oder Nebenbestimmungen zum Verwaltungsakt sind schon kein Gesetz im Sinne der Norm und deshalb nicht als potentiell Verbotsgesetz zu berücksichtigen; im Mittelpunkt steht mithin die Einordnung von § 8 Abs. 2 HG Bund als Verbotsgesetz. Fraglich ist dabei, welcher Bezugspunkt als möglicherweise verbotswidriges Rechtsgeschäft herangezogen werden kann.

a) Gesetzesbegriff des § 134 BGB

Der Gesetzesbegriff des § 134 BGB deckt sich mit demjenigen aus Art. 2 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB).¹²⁰ Danach ist jede Rechtsnorm ein Gesetz. Rechtsnormen sind insbesondere Gesetze im formellen Sinn; außerdem fallen darunter beispielsweise Rechtsverordnungen und Tarifverträge.¹²¹ § 8 Abs. 2 S. 1 HG Bund wurde vom Bundestag beschlossen und ist damit ein formelles Gesetz, sodass § 134 BGB grundsätzlich anwendbar sein könnte. Zum gegenläufigen Ergebnis kommt der Bundesrechnungshof, der die Unanwendbarkeit

¹¹⁸ *Präsident des Bundesrechnungshofes*, Prüfung der Vergabe und Bewirtschaftung von Zuwendungen, 2. Aufl. 2016, S. 156.

¹¹⁹ *Präsident des Bundesrechnungshofes*, Prüfung der Vergabe und Bewirtschaftung von Zuwendungen, 2. Aufl. 2016, S. 156.

¹²⁰ BGH, Urt. v. 28.4.2015 – XI ZR 378/13, NJW 2015, 2248, 2255 Rn. 66; Palandt/*Ellenberger*, 80. Aufl. 2021, § 134 BGB Rn. 2. Einschränkend MüKoBGB/*Armbrüster*, 8. Aufl. 2018, § 134 BGB Rn. 30.

¹²¹ Palandt/*Thorn*, 80. Aufl. 2021, Art. 2 EGBGB Rn. 1.

des § 134 BGB für das Besserstellungsverbot damit begründet, dass es sich bei der haushaltsgesetzlichen Normierung um Binnenrecht des Bundes handele.¹²² Insofern kann schon in Frage gestellt werden, ob das Besserstellungsverbot überhaupt ein taugliches (Verbots-)Gesetz ist. Mit ähnlicher Begründung verneinte auch der BGH, dass Vorschriften über die Aufstellung des Haushaltsplans Verbotsgesetze sein könnten.¹²³ Ähnlich wie das ebenfalls haushaltsrechtliche Besserstellungsverbot ist der Haushaltsplan gleichermaßen Binnenrecht. Er ist aber in seiner Gesetzeswirkung vom Haushaltsgesetz abhängig.¹²⁴ Vorschriften über die Aufstellung des Haushaltsplans sind von der Gesetzeskraft des Haushaltsgesetzes wiederum einen weiteren Schritt entfernt. Anders steht es um das unmittelbar haushaltsgesetzlich verankerte Besserstellungsverbot. Entgegen der Zweifel können nach der herrschenden weiten Auslegung gerade auch formelle und nicht allein zugleich materielle Gesetze ebenso eine Rechtsnorm im Sinne des Art. 2 EGBGB sein.¹²⁵ Das Haushaltsgesetz enthält ebensolche jedenfalls formellen Rechtsnormen.¹²⁶ Außerdem werden teilweise gar allgemeine haushaltsrechtliche Grundsätze als gesetzliche Verbote im Sinne von § 134 BGB eingeordnet.¹²⁷ Mithin ist das Haushaltsgesetz des Bundes und damit konkret dessen § 8 Abs. 2 ein Gesetz im Sinne des § 134 BGB.

b) Weitere Kriterien eines Verbotsgesetzes

Weitere Voraussetzung für die Anwendung des § 134 BGB ist, dass das entsprechende Gesetz ein Rechtsgeschäft verbietet. Für andere Rechtshandlungen und Maßnahmen kann § 134 BGB allein analog angewendet werden.¹²⁸ Rechtsgeschäfte bestehen aus einer oder mehreren Willenserklärungen, die allein oder in Verbindung mit anderen Tatbestandsmerkmalen eine Rechtsfolge herbeiführen, weil sie gewollt ist.¹²⁹ Fraglich ist, auf welches durch Willenserklärungen begründete Rechtsverhältnis im Kontext des zuwendungsrechtlichen

¹²² *Präsident des Bundesrechnungshofes*, Prüfung der Vergabe und Bewirtschaftung von Zuwendungen, 2. Aufl. 2016, S. 157.

¹²³ BGH, Urt. v. 24.4.2014 – VII ZR 164/13, NJW 2014, 2354, 2355.

¹²⁴ Vgl. BVerfG, Urt. v. 19.7.1966 – 2 BvF 1/65, BVerfGE 20, 56, 91 f.; BVerfG, Beschl. v. 22.10.1974 – 1 BvL 3/72 38, 121, 126; Dreier/*Heun*, 3. Aufl. 2018, Art. 110 GG Rn. 8; Maunz/*Dürig/Kube*, 94. EGL 2021, Art. 110 Rn. 57.

¹²⁵ S. nur m.w.N. MüKoBGB/*Armbrüster*, 8. Aufl. 2018, § 134 BGB Rn. 30; Staudinger/*Sack/Seibl*, Neubearb. 2017, § 134 Rn. 16.

¹²⁶ S. nur BVerfG, Urt. v. 19.7.1966 – 2 BvF 1/65, BVerfGE 20, 56, 92.

¹²⁷ So tendenziell BGH, Urt. v. 30.1.1967 – III ZR 35/65, BGHZ 47, 30, Rn. 61.

¹²⁸ MüKoBGB/*Armbrüster*, 8. Aufl. 2018, § 134 BGB Rn. 24.

¹²⁹ Palandt/*Ellenberger*, 80. Aufl. 2021, Überbl v § 104 BGB Rn. 2.

Besserstellungsverbots abgestellt werden kann. In Betracht kommt einerseits, dass sich die Nichtigkeitssanktion des § 134 BGB über § 8 Abs. 2 HG Bund auf den die Zuwendung bewilligenden gewährenden Verwaltungsakt bezieht. Andererseits könnten die inhaltlich gegen das Besserstellungsverbot verstoßenden privatrechtlichen Regelungen der Zuwendungsempfänger*in von § 134 BGB betroffen sein.

Das Besserstellungsverbot betrifft mittelbar sämtliche Arbeitsverträge der Zuwendungsempfänger*in, mithin Rechtsgeschäfte. Wären die Verträge der Bezugspunkt eines gesetzlichen Verbots, hätte das weitreichende Folgen für das Schicksal der Arbeitsverhältnisse der Zuwendungsempfänger*in. Beispielsweise könnte eine vertragliche Entgeltabrede, die die Vorgaben des Besserstellungsverbots überschreitet, schon ipso iure nichtig sein. Sämtliche betroffene Arbeitsvertragsabreden würden bei Feststellung eines Verstoßes gegen das Besserstellungsverbot in Frage gestellt. Die Bindungswirkung von § 8 Abs. 2 HG Bund, der sich gar nicht unmittelbar an die Zuwendungsempfänger*in oder ihre Beschäftigten richtet, wäre also stark ausgedehnt. Die gesetzliche Normierung in § 8 Abs. 2 S. 1 HG Bund bezieht sich jedoch allein auf die Bewilligung von Zuwendungen durch Verwaltungshandlungen der Bewilligungsbehörden und nicht auf die Zuwendungsempfänger*in selbst, geschweige denn die von ihnen vereinbarten Arbeitsverträge. Erst die Konkretisierung des Besserstellungsverbots in den Allgemeinen Nebenbestimmungen eines Verwaltungsakts stellt einen engeren Bezug zu den konkreten Arbeitsverhältnissen her. Die Nebenbestimmungen sind allerdings wiederum wie festgestellt keine Gesetze im formellen Sinn, sodass sich die mögliche Nichtigkeitssanktion über § 8 Abs. 2 S. 1 HG Bund dem Wortlaut nach allein auf die verwaltungsrechtliche Seite der Zuwendungsgewährung auswirken kann. Die Zuwendungsgewährung hat zwar über das Besserstellungsverbot auch arbeitsrechtliche Auswirkungen. Allerdings stehen die arbeitsrechtlichen Folgen nicht im direkten Verhältnis zur gesetzlichen Regelung des Besserstellungsverbots im Haushaltsgesetz, die möglicherweise ein Verbot im Sinne von § 134 BGB formuliert.

Deshalb ist allein die Zuwendungsbewilligung auf Ebene des öffentlichen Rechts unter Geltung des § 8 Abs. 2 HG Bund tauglicher Ausgangspunkt der weiteren Erwägungen.

Dabei ist zunächst fraglich, ob die privatrechtliche Norm des § 134 BGB überhaupt auf öffentlich-rechtliche Sachverhalte wie die Zuwendungsbewilligung anwendbar sein kann, sie mithin als Rechtsgeschäfte im Sinne der Vorschrift eingeordnet werden können. Der Wortlaut von § 134 BGB spricht zunächst für die uneingeschränkte Anwendbarkeit, weil er weder hinsichtlich des Rechtsgeschäfts noch des Verbots auf ein spezielles Rechtsgebiet abstellt. Systematisch spricht die Regelung im BGB naturgemäß dafür, die Norm zumindest vorrangig auf privatrechtliche Sachverhalte anzuwenden. Allerdings fallen nach gängiger Auffassung auch völker- und europarechtliche Normen, einschließlich solcher des Beihilfenrechts, unter § 134 BGB¹³⁰ – dann ist es auch nicht auszuschließen, dass zuwendungsrechtliche Konstellationen in den Anwendungsbereich des § 134 BGB fallen; die Norm ist gewissermaßen „Bindeglied zwischen öffentlich-rechtlichen Verbotsnormen und dem Zivilrecht“¹³¹. Wenn man die Anwendbarkeit auf öffentlich-rechtliche Sachverhalte grundsätzlich bejaht, muss anschließend differenziert werden, wie sich die Zuwendungsgewährung aus verwaltungsrechtlicher Sicht ausgestaltet und welche speziellen Nichtigkeitssanktionen dafür bestehen.

Zuwendungen werden üblicherweise mittels Verwaltungsakt gewährt. Mit § 44 VwVfG besteht eine Spezialnorm für die Nichtigkeit von Verwaltungsakten. In § 44 Abs. 2 Nr. 6 VwVfG ist normiert, dass ein Verstoß gegen die guten Sitten zur Nichtigkeit des Verwaltungsakts führt; es besteht also eine Parallele zu § 138 BGB. Eine mit § 134 BGB vergleichbare Regelung findet sich in der Aufzählung des § 44 Abs. 2 VwVfG nicht wieder. Daraus könnte man umgekehrt schließen, dass es eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers war, Verwaltungsakte nicht von der Regelungswirkung des § 134 BGB zu erfassen. Der Erlass rechtswidriger Verwaltungsakte sei vielmehr ausschließlich anhand der öffentlich-rechtlichen Regelungen zu beurteilen.¹³² Dann liegt auch die Gewährung von Zuwendungen durch Verwaltungsakt nicht im Anwendungsbereich des § 134 BGB, wenn bereits der Verwaltungsakt selbst gegen § 8 Abs. 2 HG Bund verstößt. Der Verstoß könnte darin bestehen, dass der Verwaltungsakt versäumt, die Zuwendung unter der Auflage zu

¹³⁰ Vgl. Palandt/*Ellenberger*, 80. Aufl. 2021, § 134 BGB Rn. 3; Staudinger/*Sack/Seibl*, Neubearb. 2017, § 134 Rn. 43 ff.

¹³¹ *JurisPK/Nassall*, 9. Aufl. 2020, § 134 Rn. 2.

¹³² BeckOK BGB/*Wendtland*, 57. Aufl. 2020, § 134 BGB Rn. 3; vgl. BGH, Urt. v. 28.2.1956 – I ZR 84/54, NJW 1956, 746-748, 748.

gewähren, dass das Besserstellungsverbot eingehalten wird. Zu einem anderen Ergebnis käme man dann, wenn die Zuwendung durch öffentlich-rechtlichen Vertrag gewährt wird: Dabei handelt es sich in jedem Fall um ein Rechtsgeschäft, auf das § 134 BGB nach § 59 Abs. 1 VwVfG mit gewissen Einschränkungen anwendbar ist. Das hätte zur Folge, dass die Zuwendungsgewährung bei Verstoß der Arbeitgeber*in gegen das Besserstellungsverbot möglicherweise nichtig wäre. Die Nichtigkeit der verwaltungsrechtlichen Zuwendungsgewährung hätte zwar direkte Auswirkung auf das Verhältnis zwischen Staat und Zuwendungsempfänger*in, nicht aber auf ihre Beschäftigten und deren Arbeitsverträge. Weiterhin ist zweifelhaft, ob tatsächlich gewollt sein kann, die Bindungswirkung des Besserstellungsverbots davon abhängig zu machen, welches verwaltungsrechtlichen Instruments, das des Verwaltungsakts oder des öffentlich-rechtlichen Vertrags, sich die Bewilligungsbehörde bedient.

Im Anschluss daran ist fraglich, wie zu bewerten ist, wenn ein zuwendungsbewilligender Verwaltungsakt die Auflage zur Einhaltung des Besserstellungsverbots enthält, gegen welche dann erst nachträglich verstoßen wird. Die voranstehenden Erwägungen haben nur dann auch in dem Szenario Bestand, wenn man bei einem späteren Verstoß gegen das Besserstellungsverbot bereits die Rechtswidrigkeit des zuwendungsbewilligenden Verwaltungsaktes annimmt. Der Verstoß gegen das Besserstellungsverbot ergibt sich dessen Konzeption nach nicht bereits bei der Zuwendungsbewilligung, sondern im Laufe der Zuwendungsgewährung. Ein Verstoß gegen eine Auflage zum (rechtmäßigen) Verwaltungsakt führt nur zu dessen Widerrufbarkeit nach § 49 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG, nicht aber zur unmittelbaren Rechtswidrigkeit. Das spricht gerade dafür, die Nichtigkeitssanktion des § 134 BGB darauf nicht anzuwenden. Das bedeutet: Der zuwendungsgewährende Verwaltungsakt ist höchstens dann rechtswidrig, wenn das Besserstellungsverbot entgegen § 8 Abs. 2 HG Bund gerade nicht als Auflage festgelegt wird. Die Wirksamkeit des Verwaltungsakts als solchem oder gar der entsprechenden Handlungen der Zuwendungsempfänger*in sind davon nicht betroffen.

Jedenfalls müssten darüber hinaus die weiteren Anforderungen an Verbotsgesetze erfüllt werden. Die Auslegung des § 8 Abs. 2 HG Bund als Verbotsgesetz müsste

ergeben, dass das Gesetz gerade darauf abzielt, die Vornahme eines Rechtsgeschäfts zu verbieten. Das Verbot muss nicht explizit niedergeschrieben sein, sich aber jedenfalls dem Zweck nach aus der Norm ergeben.¹³³ Ausgangspunkt der Beurteilung ist der Wortlaut: Formulierungen wie „kann nicht“ oder „ist unzulässig“ sind regelmäßig keine Indizien für ein gesetzliches Verbot, sondern schränken vielmehr die privatautonome Gestaltungsmacht ein, indem sie unmittelbar zur Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts führen.¹³⁴ Auch die Formulierung „darf nicht“ lässt keinen eindeutigen Rückschluss auf ein Verbotsgesetz zu.¹³⁵ Schließlich ist möglich, dass sich derjenige, der etwas tut, was er gesetzlich nicht durfte, lediglich schadensersatzpflichtig macht, ohne dass die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts als Ganzes in Frage gestellt werden muss.¹³⁶ Das in § 8 Abs. 2 S. 1 HG Bund normierte Verbot bedient sich einer dem „nicht dürfen“ ähnlichen Formulierung, indem es besagt, dass Zuwendungen *nur* mit der Auflage bewilligt werden *dürfen*, dass das Besserstellungsverbot eingehalten wird. Der Wortlaut ist somit dahingehend positiv formuliert, dass er die Vornahme bestimmter Verwaltungsakte gestattet und erst im Umkehrschluss die übrigen verbietet. Das spricht vor dem Hintergrund der höchstrichterlichen Rechtsprechung gegen die Einordnung als Verbotsgesetz. Über den Wortlaut hinaus kann auch die Frage, an wen sich das Verbot richtet, Aufschluss darüber geben, ob eine Nichtigkeitssanktion gewollt war. Richtet sich das Verbot nur gegen eine Partei des Rechtsgeschäfts und bindet nicht beide Beteiligte, ist das verbotswidrige Geschäft nach ständiger Rechtsprechung in der Regel gültig.¹³⁷ Das Besserstellungsverbot in § 8 Abs. 2 S. 1 HG Bund verpflichtet die Bewilligungsbehörden, adressiert jedoch nicht gleichermaßen die Zuwendungsempfänger*innen, denen die Umsetzung durch die Verpflichtung im zuwendungsgewährenden Verwaltungsakt oder öffentlich-rechtlichen Vertrag obliegt. Mithin ist das Besserstellungsverbot, selbst wenn man das Kriterium des Rechtsgeschäfts bejaht, kein zur Nichtigkeit führendes Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB. Umso größere Bedeutung im Verhältnis zur

¹³³ MüKoBGB/*Armbrüster*, 8. Aufl. 2018, § 134 BGB Rn. 41; Staudinger/*Sack/Seibl*, Neubearb. 2017, § 134 Rn. 31; BeckOK BGB/*Wendtland*, 57. Aufl. 2020, § 134 BGB Rn. 9. Vgl. BGH, Urt. v. 23.9.1982 – VII ZR 183/80, NJW, 109.

¹³⁴ Palandt/*Ellenberger*, 80. Aufl. 2021, § 134 BGB Rn. 6a.

¹³⁵ BGH, Urt. v. 30.4.1992 – III ZR 151/91, NJW 1992, 2021, 2022.

¹³⁶ BeckOK BGB/*Wendtland*, 57. Aufl. 2020, § 134 BGB Rn. 10.1.

¹³⁷ BGH, Urt. v. 14.12.1999 – X ZR 34/98, NJW 2000, 1186, 1187; BGH, Urt. v. 30.4.1992 – III ZR 151/91, NJW 1992, 2021; BGH, Urt. v. 19.9.1985 – III ZR 55/84, NJW 1986, 1104.

Zuwendungsempfänger*in entfalten deshalb die entsprechenden Verwaltungsvorschriften und insbesondere die Allgemeinen Nebenbestimmungen.

III. Zwischenfazit

Die Reichweite des Besserstellungsverbots kann auch privatrechtlich bestimmt werden, da es mittelbar sämtliche Beschäftigte der Zuwendungsempfänger*in und ihre Arbeitsbedingungen betrifft. Gebunden wird über den Verwaltungsakt und dessen Nebenbestimmungen jedoch nur die Zuwendungsempfänger*in selbst. Das in § 8 Abs. 2 S. 1 HG Bund normierte Besserstellungsverbot ist außerdem kein gesetzliches Verbot im Sinne von § 134 BGB. Damit hat ein Verstoß gegen das Besserstellungsverbot weder die Unwirksamkeit des zuwendungsgewährenden Verwaltungsakts oder öffentlich-rechtlichen Vertrages noch der arbeitsrechtlichen Vereinbarungen zwischen Zuwendungsempfänger*in und ihrer Beschäftigten zur Folge. Es soll weitergehend untersucht werden, inwiefern sich das zuwendungsrechtlich formulierte Besserstellungsverbot aus arbeitsrechtlicher Sicht auswirkt, und inwiefern es mit dessen Grundsätzen vereinbar ist.

B. Besserstellungsverbot und tarifrechtliche Selbstbestimmung

Dogmatisch notwendig ist insbesondere, das Besserstellungsverbot mit den Grundprinzipien des Tarifrechts, namentlich der Tarifautonomie, in Bezug zu setzen. Bezugspunkt für die verbotene Besserstellung der Beschäftigten der Zuwendungsempfänger*in sind die Arbeitsbedingungen des TVöD. Aufgrund der somit jedenfalls mittelbaren Geltung festgelegter Tarifnormen als Obergrenze für sämtliche Beschäftigungsverhältnisse der Zuwendungsempfänger*in ist die Einordnung des Besserstellungsverbots im Verhältnis zum Tarifrecht von besonderem Interesse. Auf den ersten Blick wird die Zuwendungsempfänger*in durch das Besserstellungsverbot weitreichender tarifrechtlicher Handlungsoptionen, wie der Bindung an einen etwaigen anderen Tarifvertrag, beschnitten. Das ist jedoch gleichzeitig durch ihre Entscheidung, Zuwendungen zu beantragen, bedingt. Zusätzlich bleibt ihr die privatautonome Vereinbarung günstigerer Arbeitsbedingungen als derjenigen des TVöD verwehrt. Sowohl die Vereinbarkeit des Besserstellungsverbots mit dem Grundsatz der Tarifautonomie als auch mit dem Günstigkeitsprinzip sind deshalb zu untersuchen. Es kommt maßgeblich darauf an, was Gewährleistungsinhalt der tariflichen

Selbstbestimmung in Gestalt der Tarifautonomie ist, um deren mögliche Widersprüche zu den Zwängen des Besserstellungsverbots aufzuzeigen und den Bereich zulässiger Ausnahmen abzustechen.

I. Grundzüge der tarifrechtlichen Selbstbestimmung

Selbst, wenn die Zuwendungsempfänger*in nicht im Sinne von § 4 Abs. 1 Tarifvertragsgesetz (TVG) tarifgebunden ist, gelten die Vorgaben des TVöD über das Besserstellungsverbot als Obergrenze für ihre Beschäftigungsverhältnisse. Das ergibt sich aus Nr. 1.3, S. 2 ANBest-I Bund. Als privatwirtschaftliche Arbeitgeber*in kann die Zuwendungsempfänger*in zwar grundsätzlich dem Geltungsbereich eines anderen Tarifvertrags unterfallen oder im Arbeitsvertrag einzelvertraglich anderweitige Tarifverträge in Bezug nehmen. Dann stünden ihre tariflichen Bindungen jedoch je nach Inhalt des Tarifvertrags möglicherweise im Widerspruch zu den Vorgaben des Besserstellungsverbots. Die Zuwendungsempfänger*in ist also in ihrem kollektivarbeitsrechtlichen Handlungsspielraum erheblich eingeschränkt. Aus dem Spannungsverhältnis zwischen der tariflichen Selbstbestimmung einerseits und der Bindungswirkung der Zuwendungsgewährung andererseits entsteht Klärungsbedarf, inwiefern beides in Ausgleich zu bringen ist. Dazu soll zunächst die tarifrechtlich verbürgte Selbstbestimmungsfreiheit in Gestalt der Tarifautonomie und ihr Zusammenhang zum Besserstellungsverbot beleuchtet werden.

1. Grundriss der Tarifautonomie

Der Begriff der Tarifautonomie bezeichnet in seinen Grundzügen die eigenverantwortliche Regelungsmacht zur Ordnung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch Tarifverträge.¹³⁸ Vom Grundrecht der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG umfasst, ist die Tarifautonomie als Freiheit, Tarifverträge abzuschließen, Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung.¹³⁹ Gleichzeitig wird die Tarifautonomie einfachgesetzlich durch das Tarifvertragsgesetz ausgestaltet. Die Tarifautonomie ist damit als Kernbestandteil des kollektiven Arbeitsrechts Fundament

¹³⁸ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.4.1996 – 1 BvR 712/86, BVerfGE 94, 268, 283, 285; *Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 9 GG Rn. 87. Zur historischen Entwicklung der Tarifautonomie, auf die vorliegend nicht näher eingegangen wird, im Überblick *Pionteck*, Stärkung der Tarifautonomie, 2021, S. 16 ff.

¹³⁹ BVerfG, Beschl. v. 27.4.1999 – 1 BvR 2203-03 und 1 BvR 897/95, NJW 1999, 3033, 3034; BeckOK GG/*Cornils*, 47. Ed. 2021, Art. 9 GG Rn. 61.

und Grundvoraussetzung der Funktionsfähigkeit des gesamten Tarifrechts. Sie steht als intermediäre Gewalt zwischen der Selbstbestimmung des Individuums auf der einen und der Regelungsmacht des Staates auf der anderen Seite¹⁴⁰ und erzeugt mithin schon ihrem Grundverständnis nach ein Spannungsfeld.¹⁴¹ Einerseits entstammt das Konzept mit Verankerung in Art. 9 Abs. 3 GG originär dem Verfassungsrecht; mangels weiterer Vorgaben im Verfassungstext oder in §§ 1, 4 TVG wird es in seiner Ausgestaltung überwiegend durch die Rechtsprechung ausgelegt und geprägt. Andererseits wurde zugleich eine gewisse „Privatisierung“¹⁴² der Tarifautonomie erzeugt, indem in den vergangenen Jahrzehnten vielfach die privatrechtliche Legitimierung der Kollektiventscheidungen durch den Beitritt der Mitglieder in den Mittelpunkt gestellt wurde.¹⁴³ Die Daseinsberechtigung der Tarifautonomie beruht parallel sowohl auf ihrer verfassungsrechtlichen Anerkennung als auch dem rechtsgeschäftlichen Einverständnis der Tarifvertragsparteien und ihrer Mitglieder, wobei die unterschiedlichen Komponenten je nach vertretenem Standpunkt unterschiedlich gewichtet werden. Dadurch, dass das Grundrecht der Koalitionsfreiheit mit dem privatautonomen Vorgang des Tarifvertragsschlusses verknüpft ist, entsteht jedenfalls eine gewisse doppelte Gewährleistung des Konstruktes der Tarifautonomie. Der Begriff der Tarifautonomie und ihre konkreten Ausprägungen sind gerade aufgrund der Dualität besonders umstritten.¹⁴⁴ Deshalb sollen nachfolgend einige ihrer Diskursfelder in aller Kürze aufgeführt werden, um anschließend ihren Bezug zum Besserstellungsverbot herauszuarbeiten.

a) Kollektive Ausübung der Privatautonomie

Als Gegenstück zur grundsätzlich individuell ausgerichteten Privatautonomie auf individualvertraglicher Ebene soll das Tarifrecht die kollektive Ausübung der Autonomie im Arbeitsverhältnis ermöglichen und gewährleisten. Autonomie bedeutet im allgemeinen Sprachgebrauch - stark vereinfacht - die Möglichkeit, Willensfreiheit auszuüben und auf ihrer Grundlage die eigene Lebensrealität selbstbestimmt und unabhängig zu gestalten. Das Wort stammt von den griechischen Begriffen „autos“, was selbst, eigen bedeutet, als Possessivkompositum zu „nomos“, also Brauch, Sitte,

¹⁴⁰ *Picker*, NZA 2002, 761.

¹⁴¹ Vgl. zum Folgenden *Wiedemann*, BB 2013, 1397, 1397 ff.

¹⁴² *Wiedemann*, BB 2013, 1397.

¹⁴³ S. dazu maßgebend *Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, 2005.

¹⁴⁴ *Wiedemann/Jacobs*, 8. Aufl. 2019, Einl. Rn. 1.

Ordnung oder Gesetz.¹⁴⁵ Autonomie ist in ihrer Ausprägung als selbstbestimmtes menschliches Verhalten verfassungsrechtlich über die Handlungsfreiheit der Einzelnen aus Art. 2 Abs. 1 GG geschützt und gewährleistet.¹⁴⁶ Die Privatautonomie ist bezogen auf zivilrechtlich relevantes Handeln der Entsprechungs begriff der im Grundgesetz verankerten Handlungsfreiheit.¹⁴⁷ Ihr Grundgedanke ist, dass die Einzelne ihre Rechtsverhältnisse eigenverantwortlich und selbstständig gestalten können soll.¹⁴⁸ Auch das Arbeitsverhältnis ist ein solches Rechtsverhältnis, das wiederum durch den Arbeitsvertrag konkret geregelt wird. Die Vertragsfreiheit und damit die Arbeitsvertragsfreiheit¹⁴⁹ sind mithin Kernbestandteile der privatautonomen Betätigung.

Tatsächliche Freiheit ist im Arbeitsverhältnis insofern praktisch schwer zu gewährleisten, wenn Freiheit nach der (neoliberalen) Negativdefinition von *von Hayek* nur dort ist, wo eine Abwesenheit von Zwang besteht¹⁵⁰ – gerade aufgrund des disparitären Machtgefälles zwischen Arbeitnehmer*in und Arbeitgeber*in kann nicht davon die Rede sein, dass ihr wechselseitiges Verhältnis keinerlei Zwängen, seien sie ökonomischer oder sonstiger Natur, unterliegt. Nicht nur beim Vertragsschluss selbst besteht eine Informationsasymmetrie zulasten der Arbeitnehmer*in; durch die dauerhafte Einbindung in die Betriebsorganisation und ihre Weisungsabhängigkeit besteht das Gefälle auch bei Durchführung des Arbeitsvertrags fort.¹⁵¹ Um auf Arbeitnehmer*innenseite dennoch größtmögliche Freiheit zu gewährleisten, braucht es in bestimmten Situationen den Zusammenschluss einzelner Arbeitnehmer*innen als Individuen zu einem Kollektiv: Die Tarifvertragsparteien sollen im Sinne der Tarifautonomie weitgehend frei von staatlicher Reglementierung Löhne und Arbeitsbedingungen durch Kollektivverträge festlegen, um mithilfe gemeinschaftsbezogener Organisation die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen

¹⁴⁵ „Autonom“, in: *Pfeifer*, Etymologisches Wörterbuch des Deutschen, 1993 (<https://www.dwds.de/wb/etymwb/autonom>); zuletzt aufgerufen am 14.7.2021.

¹⁴⁶ Vgl. Maunz/Dürig/*Di Fabio*, 94. EGL 2021, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 12; weite Auslegung der allg. Handlungsfreiheit ist st. Rspr. seit BVerfG, Urt. v. 16.1.1957 – 1 BvR 253/56, BVerfGE 6, 32, 36 f.

¹⁴⁷ Maunz/Dürig/*Di Fabio*, 94. EGL 2021, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 101; v. Mangoldt/Klein/*Starck*, 7. Aufl. 2018, Art. 2 GG Rn. 145.

¹⁴⁸ BVerfG, Beschl. v. 2.5.1996 – 1 BvR 696/96, NJW 1996, 2021; *Graßhof*, in: Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Art. 2 Abs. 1 GG Nr. 53.

¹⁴⁹ Dazu ausführlicher unten im Zusammenhang zum Günstigkeitsprinzip Teil 2 C.

¹⁵⁰ Vgl. *Hayek*, Gesammelte Schriften in deutscher Sprache, Abt. B Band 3: Die Verfassung der Freiheit, 4. Aufl. 2005, S. 13 ff.

¹⁵¹ *Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, 2005, S. 66 ff.

Arbeitnehmer*in zu überwinden.¹⁵² Erst durch den Ausgleich des marktmäßigen Ungleichgewichts zwischen Arbeitgeber*in und -nehmer*in wird die Möglichkeit geschaffen, tatsächlich frei miteinander zu kontrahieren.¹⁵³ Aus dem Grund umfasst die Tarifautonomie, versteht man sie entsprechend als kollektive Fortsetzung der individuellen Privatautonomie, den Schutz koalitionsspezifischer Verhaltensweisen wie insbesondere das Aushandeln und den Abschluss von Tarifverträgen; damit auch den Bestand und die Anwendung der kollektivrechtlichen Regelwerke.¹⁵⁴ Die Tarifautonomie zieht ihren Geltungsanspruch diesem Ansatz nach also zusammengefasst aus der kollektiven Ausübung der jeder Einzelnen zustehenden Privatautonomie. Das Verständnis der Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie wurde höchstrichterlich mehrfach vom BVerfG¹⁵⁵ und BAG¹⁵⁶ aufgegriffen. Leitet man die Tarifautonomie aus der kollektivierten Privatautonomie her, beruht die Gestaltungsmacht der Tarifparteien auf der mitgliedschaftlichen Legitimation des privatautonomen Verbandsbeitritts.¹⁵⁷ Gewerkschaft und Arbeitgeber*innenverband sind in dem Sinne gewissermaßen Treuhänder*innen ihrer Mitglieder für die Ausübung und Wahrnehmung von deren Rechten.¹⁵⁸ Mit der Anerkennung kollektiv ausgeübter Privatautonomie geht zugleich einher, dass die gesetzgebende Rolle des Staates in einem umgrenzten Regelungsbereich zurückzutreten hat: Koalitionen sollen tarifliche Regelungen grundsätzlich „in eigener Verantwortung und im Wesentlichen ohne staatliche Einflussnahme“¹⁵⁹ treffen. Im Regelfall folgt aus der Privatautonomie der Tarifvertragsparteien der Ansicht nach deshalb, dass der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers dort seine Grenzen findet, wo der objektive Gehalt der Tarifautonomie aus Art. 9 Abs. 3 GG beginnt.¹⁶⁰ Das mag

¹⁵² BVerfG, Beschl. v. 1.12.2010 – 1 BvR 2593/09, NZA 2011, 60, 61; BVerfG, Beschl. v. 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, NJW 1991, 2549, 2551.

¹⁵³ Bayreuther, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, 2005, S. 58.

¹⁵⁴ BVerfG, Urt. v. 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, 1 BvR 1588/15, 1 BvR 2883/15, 1 BvR 1034/16, 1 BvR 1477/16, NZA 2017, 915, 917 m.w.N.

¹⁵⁵ BVerfG, Urt. v. 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, 1 BvR 1588/15, 1 BvR 2883/15, 1 BvR 1034/16, 1 BvR 1477/16, NZA 2017, 915, 918.

¹⁵⁶ BAG, Urt. v. 14.10.1997 – 7 AZR 811/96, NZA 1998, 778, 779; BAG, Urt. v. 21.7.2004 – 7 AZR 589/03, BeckRS 2004, 41813; BAG, Urt. v. 7.6.2006 – 4 AZR 316/05, NZA 2007, 343, 345 Rn. 30; BAG, Urt. v. 23.3.2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920, 924; BAG, Urt. v. 15.4.2015 – 4 AZR 796/13, NZA 2015, 1388 ff.

¹⁵⁷ Wiedemann/Jacobs, 8. Aufl. 2019, Einl. Rn. 6; zur Auseinandersetzung mit der Frage nach der Notwendigkeit einer legitimatorischen Basis ausführlich Arnold, Betriebliche Tarifnormen und Außenseiter, 2007, S. 180 ff.

¹⁵⁸ Bayreuther, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, 2005, S. 59.

¹⁵⁹ BVerfG, Beschl. v. 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, NJW 1977, 2255, 2256 m.w.N.

¹⁶⁰ BVerfG, Urt. v. 4.7.1995 – 1 BvF 2/86, 1 BvF 1/87, 1 BvF 2/87, 1 BvF 3/87, 1 BvF 4/87, 1 BvR 1421/86, BVerfGE 92, 365, 394; BVerfG, Urt. v. 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, 1 BvR 1588/15, 1 BvR

nicht vollumfänglich realisierbar sein; gerade wenn und weil Tarifverträge auch Arbeitgeber*innen oder Arbeitnehmer*innen außerhalb ihres Geltungsbereichs betreffen, ist unter Umständen vielmehr erforderlich, dass neben die kollektive Privatautonomie der Koalitionen die staatliche Betätigung als zusätzliche Legitimationsebene dazutritt.

Früher wurde hingegen vor allem die sogenannte Delegationstheorie vertreten. Sie besagte, dass die Tarifautonomie nicht durch den selbstbestimmten Verbandsbeitritt legitimiert wird, sondern vielmehr durch die Delegation der originär beim Staat liegenden Regelungsbefugnis für Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen.¹⁶¹ Als diesbezügliche Ermächtigungsregelung würden der Ansicht zufolge beispielsweise §§ 1, 4 TVG sowie Art. 9 Abs. 3, 80 GG in Betracht kommen.¹⁶² Aufgrund der im TVG eindeutig normierten Wirkung von Tarifverträgen kann der Streit um ihre Herleitung zwar aus praktischen Gesichtspunkten in der Regel dahinstehen. Folgt man der Delegationstheorie, ist die Verbandsmitgliedschaft der Einzelnen aber schon im Grundsatz weniger bedeutsam für die Legitimation der Koalitionen, weil Geltungsgrundlage vielmehr eine Unterform öffentlichen Wirkens aufgrund eines originären Normsetzungsrechts ist.¹⁶³ Deshalb ist der Streit um die Herleitung der Tarifautonomie für die Herausarbeitung ihrer dogmatischen Grundgedanken insbesondere dann interessant, wenn Nichtorganisierte von Tarifnormen betroffen sind.¹⁶⁴ Nur, weil der Geltungsbefehl hoheitlicher Natur ist, wird das Handeln der Tarifparteien nicht zu staatlich delegierter Normsetzung.¹⁶⁵ Deshalb spricht das BVerfG überzeugend von der *Anerkennung* der Rechtsnormqualität durch den einfachen Gesetzgeber statt deren Delegation.¹⁶⁶ Für sich allein genommen kann die Delegationstheorie die Wirkung der Tarifnormen nicht überzeugend erklären, aber die

2883/15, 1 BvR 1043/16, 1 BvR 1477/16, BVerfGE 146, 71, 124; Maunz/Dürig/Scholz, 94. EGL 2021, Art. 9 GG Rn. 167.

¹⁶¹ Bayreuther, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, 2005, S. 56.

¹⁶² BeckOK ArbR/Waas, 60. Ed. 2021, § 1 TVG Rn. 10.

¹⁶³ Vgl. zur Legitimation nach der Delegationstheorie BAG, Urt. v. 15.1.1955 – 1 AZR 305/54, NJW 1955, 684, 687; BAG, Urt. v. 22.4.1957 – 1 AZR 64/56, juris, Rn. 13; BAG, Urt. v. 10.6.1980 – 1 AZR 822/79, NJW 1980, 1642, 1643.

¹⁶⁴ Vgl. Bayreuther, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, 2005, S. 55 f.

¹⁶⁵ Bayreuther, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, 2005, S. 201.

¹⁶⁶ BVerfG, Beschl. v. 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 345 f.; Däubler/Ulber, 4. Aufl. 2016, Einl. Rn. 220.

ihr zugrundeliegenden Gedanken können in der Diskussion um tarifliche Außenseiter*innen erhellend sein.

Zurück zum durch die Privatautonomie geprägten Verständnis der tariflichen Selbstbestimmung: Auf der Grundlage der kollektiven Privatautonomie wird versucht, die Grundprinzipien des allgemeinen Vertragsrechts auf der Ebene kollektivarbeitsrechtlicher Verträge fortzuführen. Die Tarifwirkung für nichtorganisierte Dritte bedarf im Sinne der ausgeübten Privatautonomie zusammengefasst größerer Rechtfertigung, da bei ihnen der privatautonome Koalitionsbeitritt als legitimierendes Element fehlt. Die Kritik, dass es ohnehin „in hohem Maße fiktiv“ sei, den Beitritt und Verbleib in einer Organisation als Einverständnis mit allen künftigen Tarifabschlüssen zu werten,¹⁶⁷ ist aber nicht gänzlich von der Hand zu weisen. Bei dem rein privatrechtlichen Begründungsstrang der Tarifautonomie kann man ihre Untersuchung deshalb nicht belassen. Schließlich ist sie auch in Art. 9 Abs. 3 GG verwurzelt und hat damit eine verfassungsrechtlich determinierte Komponente, die nicht ohne Grund von den Vertreter*innen der Delegationslehre ins Feld geführt wurde. Außerdem vermag die kollektive Privatautonomie zwar die Tarifautonomie im Ansatz zu definieren; inwiefern sie wiederum die Normsetzungsbefugnis der Koalitionen begründet, ist davon möglicherweise differenziert zu beurteilen. Es bedarf mithin einer ganzheitlicheren Betrachtung, weshalb weitere Diskursfelder heranzuziehen sind, um den Inhalt der Tarifautonomie zu skizzieren.

b) Normsetzungsrecht, aber kein Normsetzungsmonopol

Die Tarifautonomie umfasst die Befugnis der Koalitionen, für ihre Mitglieder selbstverantwortlich kollektive Verträge mit zwingender Wirkung zu verfassen.¹⁶⁸ Die Koalitionen haben also das Recht, kollektive Normen zu setzen, um die gebündelte Privatautonomie mit Außenwirkung zu verwirklichen. Von den Koalitionen geschaffene tarifvertragliche Regelungen haben gemäß § 1 Abs. 1 TVG Gesetzesrang. Das gilt aufgrund der tarifvertragsgesetzlichen Regelung unabhängig davon, welche Auffassung von der Tarifautonomie man vertritt. Es ist kein gestaltender

¹⁶⁷ Däubler, KJ 2014, 372, 374.

¹⁶⁸ MHB ArbR/Klumpp, 4. Aufl. 2019, § 230 Rn. 14; Däubler/Nebe, 4. Aufl. 2016, § 1 Rn. 65. Die Gleichsetzung von Tarifautonomie und Normsetzungsbefugnis ist aber nicht unumstritten, dazu sogleich.

Umsetzungsakt erforderlich, sondern der normative Teil des Tarifvertrags bestimmt unmittelbar und automatisch den Inhalt der erfassten Arbeitsverhältnisse „von außen“, ohne deren Bestandteil zu werden.¹⁶⁹ Aufgrund der Normwirkung hat die Tarifautonomie damit sogar weitaus größere Reichweite als die durch individuelle Verträge ausgeübte Privatautonomie. Umstritten ist, ob Tarifautonomie und Normsetzung eine Einheit bilden, oder inwiefern zwischen beiden Facetten zu differenzieren ist – die als Tarifautonomie (im engeren Sinne) benannte Selbstregelung eigener Angelegenheiten der Tarifparteien begründet nicht notwendigerweise aus sich heraus die zwingende Rechtswirkung der autonom geschaffenen Regeln.¹⁷⁰ Der enge Zusammenhang zur Diskussion um die Geltungsgrundlage der Tarifautonomie lässt sich bei der dogmatischen Herleitung der Normsetzungsbefugnis nicht abstreiten; auch hier kann man sich fragen, ob beispielsweise die kollektive Privatautonomie oder eine staatliche Delegation die Rechtsetzungsmacht legitimieren. Fest steht aber jedenfalls: Die auf Grundlage der Tarifautonomie der Koalitionen geschaffenen Regeln erlangen spätestens durch den staatlichen Geltungsbefehl in § 4 Abs. 1 TVG die Qualität objektiven Rechts.¹⁷¹

Die bedeutende Gestaltungsmacht, die von der Normsetzungsbefugnis ausgeht, wird damit begründet, dass die Koalitionen im Bereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen aufgrund ihrer Sachnähe interessengerechtere Regelungen treffen können, als der demokratische Gesetzgeber befähigt wäre.¹⁷² Auf dem Gedanken beruht der erwähnte Ausschluss staatlicher Einflussnahme auf Tarifnormen. Dennoch wird den Tarifvertragsparteien kein Normsetzungs*monopol* zugestanden, es handelt sich vielmehr um einen Kompetenzdualismus¹⁷³: Dem Gesetzgeber steht nach wie vor seine Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG zu, die im fortwährenden Widerstreit mit dem Autonomiebereich der Koalitionen steht.¹⁷⁴ Letztlich soll ein angemessener Ausgleich zwischen den Regulierungsansprüchen der Tarifvertragsparteien einerseits und denjenigen des

¹⁶⁹ BAG, Urt. v. 13.5.2020 – 4 AZR 489/19, NZA 2020, 1487, 1489 Rn. 26.

¹⁷⁰ S. dazu im Überblick m.w.N. Wiedemann/Jacobs, 8. Aufl. 2019, Einl. Rn. 8 ff.

¹⁷¹ Waltermann, FS Söllner 2000, 1251, 1263.

¹⁷² Vgl. BVerfG, Beschl. v. 27.2.1973 – 2 Ca 510/68, NJW 1973, 1320, 1322; BVerfG, Beschl. v. 2.3.1993 – 1 BvR 1213/85, NJW 1993, 1379, 1380.

¹⁷³ Greiner, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfluralität, 2010, S. 75, 94.

¹⁷⁴ BVerfG, Beschl. v. 24.4.1996 – 1 BvR 712/86, NJW 1997, 513; vgl. ErfK/Franzen, 21. Aufl. 2021, § 1 TVG Rn. 7.

staatlichen Gesetzgebers andererseits bezweckt werden.¹⁷⁵ Im Regelfall ist die Tarifautonomie jedenfalls für materielle Arbeitsbedingungen vorrangig; ihre Verwirklichung wird durch das sachliche Betätigungsgebiet aus Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet.¹⁷⁶ Die Normsetzungsbefugnis der Tarifvertragsparteien verleiht ihnen erhebliche gesellschaftliche Gestaltungsmacht für das Arbeitsleben; sie werden deshalb mitunter gar als Inhaber einer „sozialen Gewalt“¹⁷⁷ oder, leicht abgeschwächt, als „soziale Gegenspieler“¹⁷⁸ bezeichnet.

c) Doppelte Tarifbindung als Geltungsvoraussetzung

Aus der Einordnung der Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie folgt weiterhin, dass die ausgehandelten Tarifverträge grundsätzlich nur zwischen den beiderseits tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien gelten.¹⁷⁹ Das ist Konsequenz einer mitgliedschaftsbezogenen Perspektive auf die tarifliche Selbstbestimmung. Gemäß § 3 Abs. 1 TVG sind die Mitglieder der Tarifvertragsparteien sowie die Arbeitgeber*in, die selbst Partei des Tarifvertrags ist, tarifgebunden. In der Regel muss also die betroffene Arbeitnehmer*in Mitglied der tarifschließenden Gewerkschaft und die Arbeitgeber*in Mitglied im entsprechenden Arbeitgeber*innenverband sein, damit die Tarifnormen ihre zwingende Wirkung im Sinne von § 4 Abs. 1 S. TVG entfalten. Bei einem Haustarifvertrag entfällt die Voraussetzung der Zugehörigkeit zum Arbeitgeber*innenverband. Weiterhin müssen Arbeitgeber*in und –nehmer*in dem persönlichen und sachlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags unterfallen.¹⁸⁰

Die Geltungsvoraussetzung kann unter dem Stichwort der „doppelten Tarifbindung“ zusammengefasst werden. Im Umkehrschluss kann man daraus ableiten, dass tariflich Nichtgebundene grundsätzlich nicht von der zwingenden Normwirkung erfasst sind, denn „im Selbstverständnis der Koalitionen findet sich kein tragfähiger Anhaltspunkt

¹⁷⁵ Kritisch zum Nebeneinander der arbeitsrechtlichen Regelungsmächte *Picker*, NZA 2002, 761 ff.

¹⁷⁶ BVerfG, Beschl. v. 27.4.1999 – 1 BvR 2203/93 und 1 BvR 897/95, NZA 1999, 992, 993.

¹⁷⁷ *Däubler/Däubler*, 4. Aufl. 2016, Einl. Rn. 149; *Däubler*, KJ 2014, 372, 377; *Hensche*, in: *Däubler/Hjort/Schubert u.a. (Hrsg.), Arbeitsrecht*, 4. Aufl. 2017, Art. 9 GG Rn. 94 a.E. Der Begriff wurde geprägt von *Sinzheimer*, in: *Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung*, Stenographische Berichte, 62. Sitzung v. 21. Juli 1919, 1749 (C). Von „sozialer Macht“ sprechen ähnlich *Gamillscheg*, Koll ArbR I, 1997, S. 669; *Wiedemann*, RdA 1997, 297, 302.

¹⁷⁸ *ErfK/Linsenmaier*, 21. Aufl. 2021, Art. 9 GG Rn. 20.

¹⁷⁹ *Hartmann*, *Negative Tarifvertragsfreiheit*, 2014, S. 1.

¹⁸⁰ *ErfK/Franzen*, 21. Aufl. 2021, § 4 TVG Rn. 8.

für einen weitergehenden Rechtsetzungsauftrag, der alle am Arbeitsleben beteiligten Personen ohne weiteres umgreift“, wie das BVerfG in seinem Beschluss über die Verfassungsmäßigkeit der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen feststellte.¹⁸¹ Die Erwägung steht im unmittelbaren Zusammenhang mit der Normsetzungsbefugnis der Tarifparteien und ist auf das Demokratieprinzip zurückzuführen, wonach die Staatsgewalt und damit zunächst sämtliche Regelungen mit Gesetzesrang „auf den Willen des Volkes und damit der Normunterworfenen zurück zu führen“ sind.¹⁸² Deshalb können Koalitionen im Grunde keine drittbezogenen Regelungen aus eigener Kraft setzen; es sei denn, es gibt einen expliziten staatlichen Normierungsbefehl.¹⁸³ Nur bei doppelter Tarifbindung sind Tarifnormen im Sinne der kollektivierten Privatautonomie mitgliedschaftlich legitimiert. Das mitgliedschaftsbezogene Verständnis ist Konsequenz der Auffassung der Tarifautonomie als kollektive Privatautonomie; legt man der tariflichen Selbstbestimmung eine andere Deutung zugrunde, kommt der doppelten Tarifbindung weitaus geringere Bedeutung zu.

d) Tarifautonomie und tarifliche Außenseiter*innen

Das Kriterium der doppelten Tarifbindung legt eine Grundkonzeption der Tarifautonomie nahe, die in erster Linie auf die Geltung tariflicher Regelwerke für die Mitglieder der entsprechenden Gewerkschaft und des Arbeitgeber*innenverbands abzielt. Tarifautonomie bedeutet in dem Sinne die „autonome Selbstregelung der *eigenen* [Hervorhebung durch d. Verf.] Angelegenheiten durch die Tarifparteien“¹⁸⁴. Zugleich sind aber seit Anbeginn des deutschen Tarifvertragsrechts verschiedene Instrumente vorgesehen, mithilfe derer tariflich Ungebundene oder, unter Umständen, an andere Tarifverträge Gebundene, zusammengefasst bezeichnet als tarifliche Außenseiter*innen, von der Wirkung der Tarifnormen erfasst werden. Für die nähere Betrachtung des Besserstellungsverbots ist das Zusammenspiel zwischen tariflicher Selbstbestimmung und tariflichen Außenseiter*innen besonders relevant, weil sowohl

¹⁸¹ BVerfG, Beschl. v. 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, NJW 1977, 2255, 2258.

¹⁸² Bayreuther, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, 2005, S. 98. Vgl. außerdem zum Demokratieprinzip bei der Unterwerfung unter fremdlegitimierte Normen im Kontext der Allgemeinverbindlicherklärung BAG, Beschl. v. 21.9.2016 – 10 ABR 33/15, NZA-Beil. 2017, 12, 30 ff.; BAG, Beschl. v. 25.1.2017 – 10 ABR 43/15, NZA 2017, 731 ff.

¹⁸³ Bayreuther, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, 2005, S. 114; Pionteck, Stärkung der Tarifautonomie, 2021, S. 80.

¹⁸⁴ Waltermann, FS Söllner 2000, 1251, 1260.

die Zuwendungsempfänger*in als auch ihre Beschäftigten nicht gemäß § 4 Abs. 1 S. 1 TVG an den TVöD gebunden sein können, da der TVöD in seinem Geltungsbereich die Zugehörigkeit zum öffentlichen Dienst bei Bund oder Kommunen voraussetzt, vgl. § 1 Abs. 1 TVöD. Die Beschäftigten der Zuwendungsempfänger*in können zwar theoretisch Mitglied bei der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di) werden, die auf Arbeitnehmer*innenseite Tarifpartei des TVöD ist; eine genuine doppelte Tarifbindung im Sinne von § 4 Abs. 1 S. 1 TVG bleibt aber ausgeschlossen. Trotzdem besteht aufgrund des Besserstellungsverbots eine mittelbare Bindungswirkung des TVöD. Inwieweit das mit den geschilderten Grundsätzen der tariflichen Selbstbestimmung in Gestalt der Tarifautonomie vereinbar ist, bedarf näherer Abhandlung. Versteht man die Tarifautonomie als den „Bereich, der den Koalitionen zur Selbstregelung ihrer eigenen Angelegenheiten frei gelassen ist“¹⁸⁵, ist die tarifliche Selbstbestimmung der Außenseiter*innen eher eine Überschreitung der den Koalitionen zugestandenen Tarifautonomie. Die Belange der tariflichen Außenseiter*innen sind keine eigene Angelegenheit der Tarifparteien. Das wiederum ist elementar mit deren Normsetzungsbefugnis verknüpft: „Die Normsetzungsbefugnis kann über den Autonomiebereich nicht hinausgehen, typischerweise ist sie enger“¹⁸⁶, denn „mehr Rechtsmacht als originär dem Koalitionsmitglied zukommt, kann dieses auch nicht auf seine Koalition übertragen.“¹⁸⁷ Mithin kann man es als Kehrseite der Tarifautonomie verstehen, nicht der Koalition angehörenden Akteuren im Arbeitsleben einen zu definierenden Raum zur Selbstregelung zu überlassen.

Im Kern geht es also um die Frage, ob es sich in dem Sinne um unzulässige Fremdbestimmung handelt, wenn tarifrechtlich geregelte Normen für tarifliche Außenseiter*innen Wirkung entfalten. Fremdbestimmung bedeutet dabei die drittbezogene Regelungswirkung von Tarifverträgen gegenüber Arbeitgeber*innen und Arbeitnehmer*innen, die keiner oder einer anderen Koalition angehören, also tariffrei oder -fremd sind. Mangels doppelter Tarifbindung ist vor dem Hintergrund der geschilderten Erwägungen zur Tarifautonomie fraglich, ob noch von Autonomieausübung die Rede sein kann: Den tariflichen Außenseiter*innen wird in

¹⁸⁵ *Waltermann*, FS Söllner 2000, 1251, 1259.

¹⁸⁶ *Waltermann*, FS Söllner 2000, 1251, 1261.

¹⁸⁷ *Greiner*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskämpfluralität, 2010, S. 93 mit Verweis auf *Thüsing*, FS 50 Jahre BAG 2004, 889, 904.

unterschiedlichem Umfang verwehrt, ihre Arbeitsbedingungen selbstbestimmt zu gestalten, weil sie bereits anderen Regelungen unterworfen sind, an deren Entstehung sie nicht beteiligt waren oder wurden.¹⁸⁸ Nichtverbandsmitglieder sind weder in den Mitgliederversammlungen von Gewerkschaft oder Arbeitgeber*innenverband stimmberechtigt, noch können sie auf die Wahl der jeweiligen Organe Einfluss nehmen – allen voran können sie sich nicht durch einen Verbandsaustritt von tariflichen Bindungen lösen.¹⁸⁹ Bei Andersorganisierten kommt es auf die konkrete Ausgestaltung der Drittwirkung an, inwiefern sie ihre eigenen Interessen weiterhin kollektiv durchsetzen können. Die Tarifnormen sind aus Sicht der Dritten in anderen Worten nicht Ergebnis ihrer privatautonomen und damit eigenverantwortlichen Interessenwahrnehmung. Wenn man die Tarifautonomie mit der wohl herrschenden Meinung als kollektiv ausgeübte Privatautonomie versteht, erscheint die Einbeziehung tariflicher Außenseiter*innen also jedenfalls auf den ersten Blick tatsächlich als Fremdkörper; als Durchbrechung. Dafür spricht zudem das „Regel-/Ausnahmeverhältnis zwischen dem Erfordernis beiderseitiger Tarifgebundenheit“ und den gesetzlich anders geregelten Fällen, in denen Tarifnormen unabhängig von der eigenen Tarifbindung gelten.¹⁹⁰ Schwerpunktmäßig geht es bei letzteren um die Rechtfertigung der Drittwirkung. Wie angesprochen hängt der Rechtfertigungsbedarf maßgeblich davon ab, wie genau man die tarifliche Selbstbestimmung in Gestalt der Tarifautonomie versteht. Unter der Delegationstheorie ist die Einbeziehung tariflicher Außenseiter*innen keine wirkliche Durchbrechung der Tarifautonomie: Die staatliche Mandatierung der Tarifparteien wird durch die Geltungserstreckung schlicht erweitert. Deshalb wäre es zu kurz gegriffen, die Einbeziehung tariflicher Außenseiter*innen allein aufgrund der privatautonomen Ausprägung der Tarifautonomie abzulehnen, zumal die Geltung von Tarifnormen trotz fehlender Tarifbindung nicht zwangsläufig nachteilhaft ist, sondern im Gegenteil: Sie vermitteln den Regelungsunterworfenen einen Anspruch auf Mindestbedingungen im Arbeitsverhältnis, die ihnen ohne die tarifvertragliche Regelung möglicherweise gar nicht zugestanden worden wären. Unabhängig von der dogmatischen Konzeption soll die Tarifautonomie den Tarifparteien ermöglichen, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen effektiv zu wahren und zu fördern. Ob das tarifliche Außenseiter*innen mitumfasst, hängt wiederum

¹⁸⁸ *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit, 2014, S. 2.

¹⁸⁹ *Zöllner*, RdA 1962, 453, 456 f.

¹⁹⁰ *Krebber*, RW 2017, 65, 66. Zu den gesetzlich anders geregelten Fällen näher unten Teil 2 B. II.

davon ab, welcher Bedeutung man der Ordnungsfunktion des Tarifvertrags beimisst. Schranken können sich auch bei der Delegationstheorie mindestens aus den verfassungsrechtlich verankerten Demokratie- und Rechtsstaatsprinzipien ergeben: Die demokratische Legitimierung der wie ein Gesetz wirkenden Tarifnormen wird stark verwässert, wenn die Tarifparteien auch gegenüber Außenseiter*innen als „Ersatzgesetzgeber“ agieren. Inwieweit die Einbeziehung der tariflichen Außenseiter*innen zulässig ist, hängt mithin davon ab, wie der Tatbestand der jeweiligen Geltungserstreckung ausgestaltet ist.

e) Zusammenfassende Stellungnahme

Die tarifliche Selbstbestimmung in Gestalt der Tarifautonomie kann nicht auf ein einzelnes, widerspruchsfreies dogmatisches Konzept zurückgreifen. Die wohl herrschende Auffassung von der Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie legt den Schwerpunkt auf die Mitgliedschaft in der Tarifpartei und ist deshalb eng mit der Voraussetzung der doppelten Tarifbindung verbunden. Gleichzeitig gibt es, zurückgehend auf die Ordnungsfunktion des Tarifvertrags, Situationen, in denen die Einbeziehung tariflicher Außenseiter*innen zweckmäßig und zulässig sein kann. Das Grundverständnis der Tarifautonomie als kollektive Privatautonomie steht der Einbeziehung tariflicher Außenseiter*innen zwar nicht zwingend entgegen. Über das zivilrechtliche Grundverständnis hinaus muss dann außerdem aber die verfassungsrechtliche Gewährleistung von negativer Koalitionsfreiheit sowie Vertrags- und Berufsfreiheit berücksichtigt werden, um ein ganzheitliches Abbild der Tarifwirkung zu erzeugen, auch weil schon die Herleitung der Tarifautonomie als kollektive Privatautonomie ein allenfalls umstrittenes, wenn wohl auch noch herrschendes Erklärungsmodell bietet. Insbesondere die Gewährleistung der negativen Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG sowie das Konzept der negativen Tarifvertragsfreiheit legen den Fokus auf die Einbeziehung tariflicher Außenseiter*innen. Erst in einer Gesamtschau der Tarifautonomie mit weiteren Legitimationsgrundlagen der tariflichen Selbstbestimmung kann das Besserstellungsverbot mit den Grundsätzen des Tarifrechts in Bezug gesetzt werden.

2. Grundriss der (negativen) Koalitionsfreiheit als verfassungsrechtliche Ausprägung der Tarifautonomie

Es ist inzwischen zwar gemeinhin anerkannt, dass die Koalitionsfreiheit auch eine negative Schutzrichtung entfaltet;¹⁹¹ anders steht es aber um die Frage, inwieweit aus ihr ein Schutz tariflicher Außenseiter*innen vor der Unterwerfung unter einen fremden Tarifvertrag erwächst.

Während der Schutzgehalt der negativen Koalitionsfreiheit nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG auf ein Fernbleiberecht beschränkt ist, das nur vor (un)mittelbarem Beitrittszwang schützt,¹⁹² wird von anderen darüber hinaus der Schutz tariflicher Außenseiter*innen vor der tarifvertraglichen Normsetzung in Art. 9 Abs. 3 GG verankert. Zwischen den beiden entgegengesetzten Standpunkten bestehen verschiedene Abstufungen und Arten der Beeinträchtigung. Unbestritten schützt die negative Koalitionsfreiheit auf individueller Ebene jedenfalls vor der Zwangsmitgliedschaft in einer Koalition, beinhaltet also das Recht, der Koalition fernzubleiben.¹⁹³ Ab welchem Ausmaß Beitrittsdruck unzulässig ist und bis zu welchem Punkt es sich nur um einen bloßen Anreiz zum Koalitionsbeitritt handelt, ist weniger eindeutig festzuhalten.¹⁹⁴ Noch stärker umstritten ist in der Folge, ob die negative Koalitionsfreiheit gar davor schützt, durch tarifvertragliche Normen berührt zu werden, an deren Zustandekommen man nicht beteiligt war.¹⁹⁵ Den unterschiedlichen Auffassungen liegt die verfassungsdogmatische Grundentscheidung zugrunde, ob das Ausmaß grundrechtlichen Schutzes auf der Ebene des Schutzbereichs begrenzt werden sollte, oder ob vorzugsweise der Schutzbereich zunächst weit ausgelegt wird, um dann erst auf der Ebene der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung den Grundrechtsschutz zu begrenzen. Ersteres sorgt für höhere Rechtssicherheit; letzteres

¹⁹¹ Vom BVerfG erstmals definitiv im Mitbestimmungsurteil von 1979, BVerfG, Urt. v. 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78, 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290, 367; seitdem beispielhaft in BVerfG, Beschl. v. 3.7.2000 – 1 BvR 945/00, NZA 2000, 947, 947 f. sowie in der Rspr. des BAG u.a. in BAG, Beschl. v. 29.11.1967 – GS 1/67, BeckRS 1967, 31153920; BAG, Beschl. v. 19.9.2006 – 1 ABR 2/06, NZA 2007, 277, 278.

¹⁹² BVerfG, Urt. v. 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78, 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290, 367; BVerfG, Beschl. v. 15.7.1980 – 1 BvR 24/74, 1 BvR 439/79, BVerfGE 55, 7, 21; BVerfG, Beschl. v. 14.6.1983 – 2 BvR 488/80, BVerfGE 64, 208, 213.

¹⁹³ St. Rspr. des BVerfG, s. dazu die Nachweise soeben unter Fn. 193.

¹⁹⁴ Dem BVerfG zufolge muss der Beitrittsdruck „erheblich“ sein, BVerfG, Beschl. v. 15.7.1980 – 1 BvR 24/74, 1 BvR 439/79, BVerfGE 55, 7, 22; BVerfG, Beschl. v. 18.7.2000 – 1 BvR 948/00, NZA 2002, 948, 949; es ist eine einzelfallbezogene Abwägung hinsichtl. der Sozialadäquanz des Beitrittsdrucks vorzunehmen, vgl. Maunz/Dürig/Scholz, 94. EGL 2021, Art. 9 GG Rn. 231.

¹⁹⁵ Dazu sogleich unter Teil 2 B. I. 3.

ermöglicht über die Verhältnismäßigkeitsprüfung eine feinere Justierung. Durch die Entscheidung darüber, wie weit der Schutzbereich reicht, wird bereits die Rechtfertigungslast verteilt: Sie liegt je nachdem entweder bei der die Freiheit gebrauchenden Person oder Koalition, oder beim eingreifenden Staat.¹⁹⁶ Die Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung hängen zudem davon ab, welche Schranken man der Grundrechtsverwirklichung setzt. Die Koalitionsfreiheit ist ein vorbehaltlos gewährleistetes Grundrecht, in das nur durch verfassungsimmanente Schranken eingegriffen werden kann.¹⁹⁷ Deshalb trägt aus dem Gesichtspunkt an sich vorrangig der eingreifende Staat eine hohe Rechtfertigungslast. Vor dem Hintergrund der Grundrechte Dritter, wie auch der Koalitionsfreiheit anderer Grundrechtsträger*innen und anderer mit Verfassungsrang ausgestatteten Rechte, kann ein Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit gerechtfertigt sein. Zudem handelt es sich bei der Koalitionsfreiheit um ein besonders normgeprägtes Grundrecht, das vor allem durch die Vorgaben des TVG konkretisierend ausgestaltet wird.¹⁹⁸

Nach dem herrschenden engen Verständnis gewährleistet die negative Koalitionsfreiheit im Kern ein Fernbleiberecht, also das Recht, sich keinem Verband anzuschließen sowie aus ihm auszutreten. Dem zufolge ist bereits der Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG entsprechend beschränkt. Dafür spreche zunächst historisch gesehen die Diskussion zu Art. 9 Abs. 3 GG im Parlamentarischen Rat.¹⁹⁹ Außerdem wird das sogenannte Spiegelbildlichkeitsargument herangezogen, dem zufolge die negative Koalitionsfreiheit die Kehrseite der positiven Koalitionsfreiheit sei.²⁰⁰ Die positive Koalitionsfreiheit schütze essentiell die Betätigungsfreiheit, nicht aber die

¹⁹⁶ So im Rahmen von Art. 2 Abs. 1 GG zur Bedeutung der Reichweite des Schutzbereichs BeckOK GG/Lang, 47. Ed. 2021, Art. 2 GG Rn. 2.

¹⁹⁷ St. Rspr.; BVerfG, Beschl. v. 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, NJW 1991, 2549 ff.; BVerfG, Urt. v. 10.1.1995 – 1 BvF 1/90, 1 BvR 342/90, 1 BvR 348/90, BVerfGE 92, 26, 41; BVerfG, Urt. v. 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12, 1395/13, 1068/14, 646/15, BVerfGE 148, 296, 344 f.

¹⁹⁸ Danwitz, in: Bauer/Merten/Papier (Hrsg.), Grundrechte in Deutschland - Einzelgrundrechte II, 2013, Rn. 36.

¹⁹⁹ S. zur historischen Diskussion im Überblick Höpfner, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 361 ff.; wobei seiner Ansicht nach bestritten werden kann, ob sich aus der grundgesetzlichen Verankerung eine Aussage über die Reichweite der negativen Koalitionsfreiheit ergibt.

²⁰⁰ Inhaltlich entwickelt durch BAG, Beschl. v. 29.11.1967 – GS 1/67, BeckRS 1967, 31153920, jedoch ohne nähere Begründung. Das BVerfG bezeichnete die negative Inanspruchnahme eines Freiheitsrechts, in dem Fall Art. 12 Abs. 1 GG, als „notwendige Kehrseite der positiven Freiheitsverbürgung“, BVerfG, Beschl. v. 21.10.1981 – 1 BvR 52/81, BVerfGE 58, 358, 364. Kritisch betrachtet unter vielen von Gamillscheg, Koll ArbR I, 1997, S. 384 f.; Hartmann, Negative Tarifvertragsfreiheit, 2014, S. 63 ff.; Kingreen, NZA 2021, 1, 4; Preis/Ulber, NJW 2007, 465-471, 466 ff. Zum Begriff der Spiegelbildlichkeit im Kontext der Koalitionsfreiheit Schubert, RdA 2001, 199, 201 f.

Normunterworfenheit, die zwar rechtliche Konsequenz der Betätigung sei, aber nicht Teil des Schutzbereichs.²⁰¹ Deshalb sei das spiegelbildliche Gegenstück „die Freiheit, sich nicht zu betätigen, nicht aber die Freiheit, durch Betätigungen anderer in keiner Weise behelligt zu werden.“²⁰² Hinzu kommt maßgeblich die Rechtsprechung von BAG und BVerfG,²⁰³ der zufolge die negative Koalitionsfreiheit grundsätzlich nicht vor Tarifgeltung schützt. Auch die bestehenden einfachgesetzlichen Mittel zur Geltungserstreckung von Tarifnormen, allen voran die Allgemeinverbindlicherklärung aus § 5 TVG,²⁰⁴ würden die Prämisse bestätigen, dass „jede Form einer privatautonom nicht legitimierten Tarifgeltung so lange ohne verfassungsrechtliche Relevanz [ist], wie sie keinen erheblichen Druck auf den Betroffenen zum Beitritt oder zum Verbleib im Verband ausübt.“²⁰⁵ Im Ergebnis sollen nach der engen Auslegung von Art. 9 Abs. 3 GG nur Szenarien mit direktem Mitgliedschaftsbezug vom Schutzbereich der negativen Koalitionsfreiheit umfasst sein.²⁰⁶ Die negative Seite von Art. 9 Abs. 3 GG sei institutionell, nicht aber umfassend geschützt.²⁰⁷ Wenn die negative Koalitionsfreiheit darüber hinaus keinen hinreichenden Schutz der tariflichen Außenseiter*innen gewährt, steht jedoch immer noch im Raum, dass die Geltungserstreckung von Tarifnormen dem Schutz der Berufs- beziehungsweise Arbeitsvertragsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG unterfallen könnte.²⁰⁸ Art. 12 Abs. 1 GG begründe als Abwehrrecht für die tariflichen Außenseiter*innen „das subjektive Gegengewicht gegenüber einer zu weitgehenden Einschränkung ihrer Berufsfreiheit durch die tarifvertragliche Regelungsmacht.“²⁰⁹ Im Gegensatz zu Art. 12 Abs. 1 GG ist

²⁰¹ Vgl. *Schubert*, RdA 2001, 199, 202 m.w.N.; die Normsetzung sei ein Recht der Koalitionen, das aber nicht in die individuelle Koalitionsfreiheit transferiert werden könne.

²⁰² *Deinert*, RdA 2014, 129, 133.

²⁰³ St. Rspr.; vgl. nur BVerfG, Beschl. v. 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 352; BVerfG, Beschl. v. 14.6.1983 – 2 BvR 488/80, BVerfGE 64, 208, 213; BVerfG, Beschl. v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, NJW 2007, 51, 53; BAG, Urt. v. 19.9.2007 – 4 AZR 711/06, NZA 2008, 241, 243; BAG, Beschl. v. 29.7.2009 – 7 ABR 27/08, NZA 2009, 1424, 1426.

²⁰⁴ Dazu näher unter Teil 2 B. II. 1. a).

²⁰⁵ *Höpfner*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 362.

²⁰⁶ Das ergibt sich aus dem Verständnis der negativen Koalitionsfreiheit als Fernbleiberecht mit dem Kriterium des Beitrittsdrucks, an der sich die Gerichte nach wie vor orientieren; s. kürzlich bspw. BVerfG, Beschl. v. 14.11.2018 – 1 BvR 1278/16, NZA 2019, 112, 112 Rn. 4; bisher wurde in keinem vom BVerfG entschiedenen Fall ein ausreichender Beitrittsdruck bejaht, konstatiert *Höpfner*, FS Moll 2019, 287, 293 f.

²⁰⁷ *Greiner*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfpluralität, 2010, S. 124.

²⁰⁸ So BVerfG, Beschl. v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, NJW 2007, 51, 44 ff.; im Umkehrschluss auch aus BVerfG, Beschl. v. 1.12.2010 – 1 BvR 2593/09, NZA 2011, 60, 61 Rn. 19, 26; in der Literatur außerdem *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit, 2014, S. 73 ff., 214 ff.; *Heinze*, NZA 1991, 329, 330 f.; *Richardi*, JZ 1985, 410, 413; *ErfK/Schmidt*, 21. Aufl. 2021, Art. 12 GG Rn. 25; *Wiedemann*, Die Bindung der Tarifnormen an Grundrechte, 1994, S. 206 f.

²⁰⁹ *Säcker/Oetker*, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie, 1992, S. 252.

Art. 9 Abs. 3 GG jedoch ein schrankenloses Grundrecht.²¹⁰ Ein zu Art. 12 Abs. 1 GG zusätzlicher Schutz tariflicher Außenseiter*innen durch die negative Koalitionsfreiheit ist *Schubert* zufolge nur dann gerechtfertigt, wenn entweder durch den Koalitionsbezug ein anders zu betrachtender Lebensbereich erfasst werde oder ein qualitativer Unterschied zur Arbeitsvertragsfreiheit bestehe.²¹¹

Geht man von einem weiteren Verständnis der negativen Koalitionsfreiheit aus, schützt Art. 9 Abs. 3 GG auch vor der tariflichen Normsetzung durch Verbände, denen man nicht angehört.²¹² Ein Hauptargument für die Ansicht ist der Selbstbestimmungsschutz der betroffenen Arbeitnehmer*innen und Arbeitgeber*innen: Wird die Geltung von Tarifnormen unabhängig von der Mitgliedschaft auf sie erstreckt, wird ihnen die Aushandlung eigener Arbeitsbedingungen erschwert oder gar unmöglich gemacht.²¹³ Das für die enge Ansicht aufgeführte Spiegelbildargument wird also abweichend verstanden. Die negative Koalitionsfreiheit könne nicht nur ermöglichen, einem Verband fernzubleiben, sondern müsse darüber hinaus die „Nichtbetroffenheit von der Rechtsetzungsmacht der Koalitionen“ gewährleisten.²¹⁴ Es sei weniger der Beitrittszwang oder -druck, der tarifliche Außenseiter*innen belaste, sondern vielmehr die Unterwerfung unter die Rechtsetzung eines fremden Verbandes. Der Schutz vor Fremdbestimmung könne jedoch nicht unbegrenzt gelten, sondern habe im Einzelfall möglicherweise hinter der sozial schützenden Funktion des Tarifvertrags zurückzutreten.²¹⁵ In die gleiche Richtung argumentierte schon *Zöllner*, der festhielt: „Koalitionsfreiheit, das kann nicht lediglich bedeuten das Recht, rechtsformal die Mitgliederstellung zu vermeiden; ihr wesentlicher Sinn kann es gerade nur sein, dass man sich der Machtsphäre des Verbands fernhalten darf, und dazu gehört, dass man außerhalb seines Rechtssetzungsbereichs verbleibt.“²¹⁶ Die weite Auslegung der negativen Koalitionsfreiheit steht im engen Zusammenhang mit dem Konzept der

²¹⁰ S. dazu oben Teil 2 B. I. 2.

²¹¹ *Schubert*, RdA 2001, 199, 206.

²¹² In unterschiedlichen Ausprägungen *Hanau*, FS Scholz 2007, 1035, 1045; *Heinze*, NZA 1995, 5, 7 f.; *Höpfner*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 387 f.; *Kroll*, Der Außenseiter in der Arbeitsrechtsordnung, 1992, S. 16; *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 3 Rn. 18; *Schüren*, RdA 1988, 138, 139; *Wiedemann*, RdA 1969, 321, 330; *Zöllner*, RdA 1962, 453, 458; *Zöllner*, Die Rechtsnatur der Tarifnormen nach deutschem Recht, 1966, S. 22 f.

²¹³ *Schubert*, RdA 2001, 199, 205 m.w.N.; u.A. auf *Dorndorf*, AuR 1988, 1, 12.

²¹⁴ *Höpfner*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 363.

²¹⁵ *Hanau*, FS Scholz 2007, 1035, 1045.

²¹⁶ *Zöllner*, RdA 1962, 453, 458.

negativen Tarifvertragsfreiheit, dazu sogleich. Widersprüchlich ist daran unter anderem, dass die Freiheit zur Aushandlung eigener Arbeitsbedingungen ganz unabhängig von etwaiger Tarifgebundenheit aufgrund der strukturellen Unterlegenheit für Arbeitnehmer*innen reell ohnehin nur eng umgrenzt besteht. Gerade deshalb soll durch die Tarifautonomie, letztlich also durch tarifliche Arbeitsbedingungen, bestenfalls ein Machtausgleich zugunsten der Arbeitnehmer*innen gewährleistet werden.

Hinter den Meinungsverschiedenheiten zum Umfang der negativen Koalitionsfreiheit stehen – neben den erwähnten verfassungsdogmatischen Gründen – rechtspolitische Erwägungen zur Rolle der Tarifvertragsparteien und der von ihnen geschaffenen Normen. Im Mittelpunkt steht die unterschiedliche Bewertung der Frage, wen außenseiter*innenerfassende Konstellationen belasten, und wen sie begünstigen. Das hängt wiederum damit zusammen, welcher Bedeutung man der Ordnungsfunktion des Tarifvertrags beimisst. Auf den ersten Blick ist die Geltung eines Tarifvertrags jedenfalls für die Arbeitnehmer*in günstig, zumal deren Arbeitsbedingungen aufgrund des Günstigkeitsprinzips aus § 4 Abs. 3 TVG lediglich eine Untergrenze bilden und Abweichungen zugunsten der Arbeitnehmer*in möglich bleiben.²¹⁷ Zum Schutz der Arbeitnehmer*innen könne die Geltungserstreckung von Tarifverträgen, die also nur eine Untergrenze der Arbeitsbedingungen bilden, deshalb gar erforderlich sein.²¹⁸ Allerdings wird dem entgegengehalten, dass nichtorganisierte Arbeitnehmer*innen durch Tarifnormerestreckung „auch im Negativen“ wie tarifgebundene Arbeitnehmer*innen behandelt werden, ohne „die geringste Möglichkeit einer rechtlichen Einflußmöglichkeit auf die maßgebenden gewerkschaftlichen Entscheidungen [...], wie gering auch solche Einflußmöglichkeit praktisch gewesen sein könnte und wie materiell günstig das Ergebnis für ihn gegenüber den Chancen einer individuellen Verhandlung sein mag.“²¹⁹ Es mag beispielsweise schwieriger sein, ein abweichendes individuelles Gehalt auszuhandeln; außerdem können relevante Fristen zum Nachteil der Arbeitnehmer*in tarifvertraglich verkürzt sein. Aus Sicht der Arbeitgeber*innen gilt das entsprechend: Auch ihre individuelle Gestaltungsfreiheit wird durch einen Tarifvertrag erheblich eingeschränkt, was einerseits eine administrative Erleichterung sein kann, aber eben andererseits die Möglichkeiten zur

²¹⁷ Zum Günstigkeitsprinzip näher unter Teil 2 C.

²¹⁸ Ob das in Zeiten eines gesetzlichen Mindestlohns noch so gelten kann, ist eine andere Frage.

²¹⁹ *Kisse!*, FS Hanau 1999, 547, 559.

Selbstbestimmung begrenzt. Die Reichweite der negativen Koalitionsfreiheit als ihr neuralgischer Punkt ist letztlich zugleich ausschlaggebend für das Verständnis von der Tarifautonomie. Sieht man ihren Zweck in der kollektivistischen Ordnung des Arbeitslebens, spielt die privatautonome Legitimation der Tarifnormwirkung keine prominente Rolle und ist auch kein zwingendes Argument für den Schutz tariflicher Außenseiter*innen.²²⁰ Stellt man individualistischer betrachtet die freiheitliche Selbstbestimmung der Einzelnen in den Vordergrund, widerstrebt einem die Geltungserstreckung von Tarifnormen als „Selbstermächtigung“²²¹ der Koalitionen. Auch wenn die Funktionsfähigkeit des Tarifwesens zweifelsohne ein legitimer Schutzzweck ist, können individuelle, möglicherweise entgegenstehende Rechte jedenfalls nicht pauschal ausgeschlossen werden.²²² Deshalb kommt es auf eine fallgruppenbezogene Unterscheidung zwischen der Einbeziehung von Arbeitnehmer*innen und Arbeitgeber*innen in einen fremden Tarifvertrag oder dessen Normen an.

Schließlich können sich europarechtliche Erwägungen auf die Auslegung des Schutzbereichs der negativen Koalitionsfreiheit auswirken. Als mögliche Einfallstore kommen beispielsweise Art. 11 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), Art. 12 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) sowie Art. 5 Europäische Sozialcharta (ESC) in Betracht. Erwähnenswert ist außerdem die Bereichsausnahme in Art. 153 Abs. 5 AEUV, der zufolge sich die Unionskompetenz im Bereich der Arbeitsmarktpolitik und des Arbeitsrechts nicht auf das Koalitionsrecht erstreckt. Es ist jedoch umstritten, ob die Ausnahme tatsächlich für das Tarifvertragsrecht greift, oder ob der Begriff des Rechts der Koalitionen einen anderen Inhalt hat.²²³ Es sei jedoch gesagt, dass das Unionsrecht zum Verständnis von der eng damit zusammenhängenden Vertragsfreiheit sowie dem Verhältnis von Zivil- und Verfassungsrecht noch nicht derart ausentwickelt ist, dass es maßgebend als abstrakter Maßstab zur Tarifautonomie oder negativen Koalitionsfreiheit Abhilfe

²²⁰ Vgl. Höpfner, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 366.

²²¹ Rieble, EuZA 2017, 228, 238.

²²² Vgl. Danwitz, in: Bauer/Merten/Papier (Hrsg.), Grundrechte in Deutschland - Einzelgrundrechte II, 2013, Rn. 31.

²²³ Franzen, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2020, Art. 153 AEUV Rn. 50; Krebber, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 153 AEUV Rn. 12.

schaffen kann.²²⁴ Vielmehr wird bei den einzelnen Fallgruppen der Außenseiter*innenbindung nach deutschem Recht näher auf die entsprechenden europarechtlichen Bezüge eingegangen.

Die Koalitionsfreiheit, die die verfassungsrechtliche Grundlage der Tarifautonomie ist, ist nach der herrschenden engen Auslegung in ihrer negativen Schutzrichtung mithin nicht allein geeignet, tarifliche Außenseiter*innen vor der Geltung von Tarifnormen zu schützen. Möglicherweise kann ihr Schutz vor Fremdbestimmung jedoch anderweitig gewährleistet werden, sei es über Art. 12 Abs. 1 GG oder ein anderes Konzept. Ob das tatsächlich im Sinne eines „Schutzes“ erforderlich ist, hängt sowohl vom Einzelfall als auch von der (rechts-) politischen Gesinnung ab.

3. Grundriss der negativen Tarifvertragsfreiheit als privatrechtlich fundierte Ergänzung der negativen Koalitionsfreiheit

Genau die Schutzlücke, die für die tariflichen Außenseiter*innen dem herrschenden Verständnis der negativen Koalitionsfreiheit nach besteht, soll einer Mindermeinung in der Literatur²²⁵ zufolge durch das Konzept der negativen Tarifvertragsfreiheit gefüllt werden. Dabei handelt es sich um eine privatrechtlich geprägte Ergänzung des Außenseiter*innenschutzes. Insofern besteht ein unbestreitbarer Zusammenhang zwischen dem Verständnis von der Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie mit dem Konzept der negativen Tarifvertragsfreiheit.²²⁶ Der Begriff der negativen Tarifvertragsfreiheit ist auf *Hanau*²²⁷ zurückzuführen und beschreibt eine Art verstärktes Fernbleiberecht, dessen Schwerpunkt auf dem Schutz der tariflichen Außenseiter*in vor der Tarifgeltung im von ihr eingegangenen Arbeitsverhältnis liegt.²²⁸ Die Diskussion um die Grenzen der Außenseiter*innenbindung erfolgt zwar größtenteils auf verfassungsrechtlicher Ebene; aufgrund der unsicheren Maßstäbe sei

²²⁴ Vgl. *Krebber*, RW 2017, 65, 66.

²²⁵ In verschiedenen Bezeichnungen, Ausprägungen und Herleitungen sowie teilweise mit Vorbehalten *Arnold*, Betriebliche Tarifnormen und Außenseiter, 2007, S. 137 ff.; *Hanau*, FS Scholz 2007, 1035 ff.; *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit; *Herresthal*, EuZA 2011, 3 ff.; *Höfling/Rixen*, RdA 2007, 360 ff.; *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 3 Rn. 18; *Rieble*, EuZA 2017, 228 ff.; *Schüren*, RdA 1988, 138 ff.

²²⁶ Grundlegend *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit, 2014; *Höpfner*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 360 ff., jeweils m.w.N.

²²⁷ *Hanau*, FS 50 Jahre BGH 2000, 481, 490 f.

²²⁸ *Höpfner*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 360.

das jedoch nicht unbedingt zielführend.²²⁹ Die Argumentation überschneidet sich aber in Teilen mit derjenigen zum weiten Schutzbereich der negativen Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 GG. Als Fortführung der privatrechtlichen Perspektive auf die Tarifautonomie ist die negative Tarifvertragsfreiheit mithin das Bindeglied zwischen dem Erfordernis der mitgliedschaftlichen Legitimierung und der Unterwerfung unter fremde Tarifnormen: Die mitgliedschaftsunabhängige Tarifgeltung widerspricht den Grundsätzen der vertraglichen Selbstbestimmung, weshalb das Verständnis der Tarifautonomie als kollektive Privatautonomie für die Anerkennung der negativen Tarifvertragsfreiheit spricht.²³⁰ Den Vertreter*innen der Ansicht zufolge ist Schlussfolgerung der Einordnung der Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie die grundsätzliche Systemfremdheit außenseiter*innenerfassender Tarifnormen.²³¹ Der Beitrittszwang als entscheidendes Kriterium für die Beeinträchtigung der negativen Koalitionsfreiheit in ihrer Ausprägung als Fernbleiberecht sei bei der Geltung von Tarifnormen für Außenseiter*innen nicht sachgerecht: Man lasse etwaige inhaltliche, nicht rein formell beitriffsbezogene Zwänge unberücksichtigt, obwohl die Tarifautonomie gerade auch in positiver Schutzdimension die inhaltliche Gestaltungsmacht und nicht nur die reine Mitgliedschaft beinhalte.²³² Gewissermaßen als Kehrseite dessen müsse auch gewährleistet sein, „dass man sich der Machtsphäre des Verbands fernhalten darf, und dazu gehört, dass man außerhalb seines Rechtssetzungsbereichs verbleibt.“²³³ Der Schutz der Möglichkeit, eigenständig Gestaltungsmacht über das Arbeitsverhältnis ausüben zu können, indem man sich willentlich der Anwendung eines Tarifvertrags entzieht, müsse deshalb zwingend mitgedacht werden. Es geht bei den Durchbrechungen der Tarifautonomie mithin „um das Interesse der Außenseiter, nicht Adressat von staatlich ‚weitergerichteten‘ Tarifverträgen zu werden“²³⁴, wobei umso mehr die Drittwirkung ohne staatliche Einflussnahme einzubeziehen ist. Diese Perspektive wird unter dem Begriff der negativen Tarifvertragsfreiheit als „Recht auf Nichtgebundensein an einen Tarifvertrag“²³⁵ zusammengefasst. Ihr zufolge dürfe es

²²⁹ So besonders kritisch *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit, 2014, S. 47 ff., 99.

²³⁰ S. näher zur Arbeitsvertragsfreiheit Teil 2 C.

²³¹ So *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit, 2014, S. 170; vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, NJW 1977, 2255, 2257.

²³² Vgl. *Hanau*, FS Scholz 2007, 1035, 1045; *Rieble*, EuZA 2017, 228, 230 f.; *Schüren*, RdA 1988, 138, 139; *Zöllner*, RdA 1962, 453, 458.

²³³ *Zöllner*, RdA 1962, 453, 458.

²³⁴ *Höfling/Rixen*, RdA 2007, 360, 362.

²³⁵ *Henssler/Höpfner*, Der Kern der negativen Koalitions- und Tarifvertragsfreiheit, 2018, S. 24.

im freiheitlichen Staat keine „autonome[n] intermediäre[n] Mächte [geben], die aus einer Selbstermächtigung heraus jenen Befehle erteilen, die ihre Befehlsgewalt ablehnen“²³⁶. Alles andere wäre nach Ansicht *Hanaus* inkonsistent: „Es wäre [...] widersprüchlich, geradezu ein nudum ius, Schutz vor der Mitgliedschaft zu gewähren, aber nicht vor ihrer wichtigsten Konsequenz“, namentlich der Unterwerfung unter die Rechtsetzung des Verbandes.²³⁷ Für die Ausweitung des Prüfungsmaßstabs sprächen zusätzlich europarechtliche Erwägungen, denn in der Rechtsprechung des Europarechts erlange die negative Tarifvertragsfreiheit entscheidende Bedeutung.²³⁸

Die Konzeption der negativen Tarifvertragsfreiheit zeugt jedenfalls davon, dass eine Beeinträchtigung der Tariffreien beziehungsweise Tariffremden nicht gänzlich unter bloßen Verweis darauf abgehandelt werden kann, die negative Koalitionsfreiheit sei nicht betroffen: Die Befürworter*innen der negativen Tarifvertragsfreiheit sehen vor dem Hintergrund der auch privatrechtlichen Einkleidung der Tarifautonomie im Sinne einer kollektiven Vertragsfreiheit eine verfassungsrechtliche Schwerpunktsetzung, die allein auf dem geschilderten Verständnis der negativen Koalitionsfreiheit als Fernbleiberecht beruht, nicht als abschließenden Maßstab. Das würde insofern auch für die Beurteilung der tarifrechtlichen Zulässigkeit des Besserstellungsverbots greifen. Zwar stellt die Rechtsprechung in Fragen der Tarifautonomie sowie des Außenseiter*innenschutzes in erster Linie auf die negative Koalitionsfreiheit ab. Verfassungsrechtliche Wertungen könnten „die Orientierung aber aus strukturellen Gründen nur sehr bedingt leisten, da sie ja selbst auf die einfachrechtliche Ausgestaltung zu ihrer Wirksamkeit angewiesen ist.“²³⁹ Wenn die Ergebnisse der verfassungsrechtlichen Beurteilung als „zwingende Ableitungen“ präsentiert werden, bestünde deshalb „die Gefahr, dass das Verhältnis von einfachrechtlicher Ausgestaltung und verfassungsrechtlichen Vorgaben verkannt wird.“²⁴⁰ Eine damit einhergehende „Rückbesinnung auf die privatrechtlichen Wurzeln des Tarifvertragsrechts“²⁴¹ ist aufgrund der Nähe zum Grundrecht der negativen

²³⁶ *Rieble*, EuZA 2017, 228, 238.

²³⁷ *Hanau*, FS Scholz 2007, 1035, 1045.

²³⁸ Zusammenfassend *Willemsen/Krois/Mehrens*, RdA 2018, 151, 154; s. dazu auch unter Teil 2 B. II. 1. f).

²³⁹ *Poscher*, RdA 2017, 235, 236.

²⁴⁰ *Poscher*, RdA 2017, 235, 236.

²⁴¹ *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit, 2014, S. 99.

Koalitionsfreiheit zweifelsohne mit zahlreichen Komplikationen und Inhaltslücken verbunden.

Dem Konzept der negativen Tarifvertragsfreiheit wird in Rechtsprechung und Schrifttum überwiegend Ablehnung entgegengebracht. Weil die Idee von der negativen Tarifvertragsfreiheit gewissermaßen eine (privatrechtliche) Weiterentwicklung der negativen Koalitionsfreiheit ist, bestehen zum einen viele Überschneidungspunkte mit der Diskussion um die Reichweite des Außenseiter*innenschutz durch Art. 9 Abs. 3 GG. Inhaltlich sind die Fragestellungen zum anderen teilweise schwer voneinander zu trennen, weil unterschiedlich beurteilt wird, wo genau die negative Tarifvertragsfreiheit verankert sein soll. Sowohl BVerfG als auch BAG erteilten dem Konzept in der Vergangenheit Absagen: Das BVerfG klammerte sie jedenfalls aus der negativen Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 GG aus;²⁴² das BAG gestand den Koalitionen gar eine umfassende Regelungsaufgabe auch gegenüber Außenseiter*innen zu.²⁴³ Kennzeichnend ist in der Rechtsprechung des BAG, dass es den Außenseiter*innenschutz bislang in der Regel auf Art. 9 Abs. 3 GG begrenzt,²⁴⁴ auf andere rechtliche Grundlagen wird in dem Zusammenhang wenn überhaupt nur am Rande eingegangen. Einzig ein Urteil des Kartellsenats des BGH fiel in seiner Einschätzung der Tarifvertragsfreiheit aus der Reihe;²⁴⁵ doch seitdem setzte auch er wieder bei einem mitgliedschaftsbezogenen Verständnis der negativen Koalitionsfreiheit an.²⁴⁶ In Ermangelung einer grundsätzlichen Zusage zugunsten der negativen Tarifvertragsfreiheit kommt es vielmehr darauf an, wie die höchsten Gerichte zu den einzelnen Fallgruppen der Außenseiter*innenbindung Stellung beziehen. Auch im Schrifttum werden zahlreiche Kritikpunkte an der negativen Tarifvertragsfreiheit geltend gemacht. Insbesondere wird beklagt, dass eine ausgereifte theoretische Grundlage fehle: Zunächst zeige die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes, dass die negative Tarifvertragsfreiheit jedenfalls nicht von Art. 9 Abs. 3 GG umfasst sein

²⁴² BVerfG, Beschl. v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, NJW 2007, 51, 53 Rn. 68.

²⁴³ BAG, Urt. v. 18.3.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028, 1035 f.

²⁴⁴ So bspw. BAG, Urt. v. 28.3.1990 – 4 AZR 536/89, NJW 1990, 3036, 3037 f.; BAG, Urt. v. 25.6.2002 – 9 AZR 405/00, NZA 2003, 275, 280 f.; BAG, Urt. v. 1.7.2009 – 4 AZR 261/08, NZA 2010, 53, 57 f.; BAG, Beschl. v. 29.7.2009 – 7 ABR 27/08, NZA 2009, 1424, 1426 f. In jüngerer Zeit zeichnet sich, wenn auch nur in Ansätzen, eine Erweiterung auf eine zusätzliche Prüfung, in Art. 12 Abs. 1, Art. 20 Abs. 2 GG ab; s. bspw., wenn auch nicht explizit auf tarifliche Außenseiter*innen bezogen, BAG, Urt. v. 18.12.2019 – 10 AZR 325/17, NZA 2020, 669 (670 f.).

²⁴⁵ BGH, Vorlagebeschl. v. 18.1.2000 – KVR 23/98, NZA 2000, 327 ff. Dazu näher Teil 2 B II. 1. f).

²⁴⁶ BGH, Urt. v. 8.4.2014 – KZR 53/12, BeckRS 2014, 12999, Rn. 2.

sollte.²⁴⁷ Zugleich würde ein allein privatrechtlich geprägtes Konzept den kollektiven Schutz der Beschäftigten unterminieren und daran scheitern, die Machtasymmetrie zwischen Arbeitgeber*in und Arbeitnehmer*in auszugleichen.²⁴⁸ Das Privatrecht besitze nicht die erforderliche Leistungsfähigkeit, um „die bestehenden gesetzlichen Regelungen zum Tarifvertragsrecht rechtsgeschäftlich zu konstruieren“.²⁴⁹ Außerdem reiche das tarifvertragliche Günstigkeitsprinzip ohnehin aus, um die Selbstbestimmungsfreiheit der Außenseiter-Arbeitnehmer*in zu schützen.²⁵⁰ Alles in allem sei die negative Tarifvertragsfreiheit schon deshalb ein in Anbetracht der geltenden Rechtslage lebensfremdes Konzept, weil es zahlreiche Fallgruppen gebe, in denen die Einbeziehung tariflicher Außenseiter*innen als zulässig anerkannt sei – Beispielsweise bei der weitverbreiteten vertraglichen Inbezugnahme von Tarifverträgen sei noch nie das Bedürfnis nach Außenseiter*innenschutz laut geworden.²⁵¹ Gerade aufgrund der Ubiquität der vertraglichen Bezugnahme könne sich eine Arbeitnehmer*in realistischere ohnehin selten der tariflichen Normsetzung entziehen, zumal sie darauf bezogen kaum Verhandlungsspielraum habe.²⁵² Hinter vielen Kritikpunkten an der negativen Tarifvertragsfreiheit stehen erneut grundlegende rechtspolitische Bedenken. Aus Sicht der Gewerkschaften werde die tarifliche Außenseiter*in nicht durch eine etwaige Tariferstreckung bevormundet, sondern sie profitiere im Gegenteil von den Bemühungen der Gewerkschaft, ohne sie aktiv zu unterstützen.²⁵³ Das sei *Höpfner* zufolge auch die Haupterwägung für die Tariferstreckung.²⁵⁴ Gleiches gilt für die Arbeitgeber*in, die die Rahmenbedingung ihrer Arbeitsverhältnisse nicht individuell aushandeln muss und von einheitlicheren Wettbewerbsbedingungen in der Branche profitiert. Entgegengesetzt kann man jedoch den Schwerpunkt der Problematik darin sehen, dass die individuelle Freiheit der tariflichen Außenseiter*in beeinträchtigt wird. Genau diese Individualisierung, auf die die negative Tarifvertragsfreiheit den Fokus legt, ist möglicherweise Sinnbild einer gesamtgesellschaftlichen Symptomatik und wurde als einem neoliberalen Zeitgeist

²⁴⁷ *Höpfner*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 362 f.; a.A. *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit, 2014, S. 55 f.

²⁴⁸ Vgl. *Heuschmid*, KJ 2014, 384, 386.

²⁴⁹ *Schubert*, SR 2014, 70, 72.

²⁵⁰ *Däubler*, KJ 2014, 372, 373; *Heuschmid*, KJ 2014, 384, 386.

²⁵¹ *Gamillscheg*, Koll ArbR I, 1997, S. 376.

²⁵² *Däubler*, KJ 2014, 372, 376.

²⁵³ *Gamillscheg*, Koll ArbR I, 1997, S. 380; *Schubert*, SR 2014, 70.

²⁵⁴ Vgl. *Höpfner*, FS Moll 2019, 287, 294.

entsprechend beschimpft:²⁵⁵ Die sozialschützende Funktion von Tarifverträgen könne sich nur entfalten, wenn entgegenstehende Rechtspositionen zurückträten.²⁵⁶ In dem Sinne zeige sich *Waltermann* zufolge „seit etwa 2010 eine Rückbesinnung auf am Gemeinwohl orientierte gesetzliche Regulierung, der in kultureller Hinsicht die kritischer gewordene Bewertung einer Überbetonung des Individualismus entspricht.“²⁵⁷ Im Zusammenspiel mit der rückläufigen Tarifbindung und der Debatte um die „Stärkung“ der Tarifautonomie durch andere Mittel als dasjenige der selbstgewählten Tarifbindung erlangt die Frage nach der idealen Ausgestaltung der tariflichen Einbeziehung immer wieder an Aktualität und Bedeutung. Richtigerweise ist nach *Greiner* zwischen der Stärkung der Tarifbindung, im Sinne einer Verbreiterung der Normwirkung des Tarifvertrags auf Nichtmitglieder, und der Stärkung der Tarifautonomie zu differenzieren.²⁵⁸ Es geht letztlich um die Grundsatzentscheidung, inwieweit sich ein Tarifvertrag in die Arbeitsbedingungen nicht unmittelbar tarifgebundener Arbeitgeber*innen und Arbeitnehmer*innen „einmischen“ darf.²⁵⁹

Zusammengefasst handelt es sich bei dem Konzept der negativen Tarifvertragsfreiheit mithin um eine viel kritisierte Mindermeinung. Trotzdem ist nicht zu vernachlässigen, dass ein irgendwie gearteter Schutz tariflicher Außenseiter*innen, wenn auch nicht zwangsläufig aus der Figur der negativen Tarifvertragsfreiheit, mindestens thematisiert werden muss. Bislang gibt es keine widerspruchsfreie rechtsdogmatische Qualifizierung,²⁶⁰ über die das für sich genommen zufriedenstellend gelingt. Ob die Interessen der Außenseiter*innen letztlich über eine Erweiterung des sachlichen Schutzbereiches der negativen Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG berücksichtigt werden sollten²⁶¹, stattdessen eine verstärkte Rückkoppelung an die Handlungs- und

²⁵⁵ Vgl. so zur Ausgangsthese der Tarifautonomie als kollektive Privatautonomie *Däubler*, KJ 2014, 372, 378. Abgemildert führt *Greiner*, ZfA 2017, 309, 314, die legitimatorische Konzeption auf eine „bürgerlich-liberale, den Eigenverantwortungsgedanken betonende Gesellschaftsordnung“ zurück. Jahrzehnte zuvor befand bereits *Gamillscheg*, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, 1966, S. 8, bezogen auf den rückläufigen Organisationsgrad: „Sicherlich ist der Zug unserer Zeit von Einfluß [sic], die sich allzu ausschließlich um den persönlichen Fortschritt bekümmert und sich gegenüber den Forderungen und Notwendigkeiten der Allgemeinheit blind stellt, sobald Opfer verlangt werden.“

²⁵⁶ Vgl. *Hanau*, FS Scholz 2007, 1035, 1045; *Heuschmid*, KJ 2014, 384, 395.

²⁵⁷ *Waltermann*, ZfA 2020, 211, 238.

²⁵⁸ *Greiner*, ZfA 2017, 309, 309 f.

²⁵⁹ *Hanau*, FS Scholz 2007, 1035, 1037.

²⁶⁰ So die Kritik von *Däubler*, KJ 2014, 372, 374, vorrangig bezogen auf die These der kollektiven Privatautonomie.

²⁶¹ Angedacht von *Rieble*, EuZA 2017, 228, 233; *Hanau*, NJW 2002, 1240, 1242.

Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG erforderlich ist²⁶² oder eine dem Kollektivarbeitsrecht angepasste, gemischt privatrechtlich-verfassungsrechtliche Grundlage, kann in diesem Rahmen nicht vertieft werden und wird der weiteren wissenschaftlichen Auseinandersetzung bedürfen.

4. Schlussfolgerungen für Maßstab und Methodik

Das Konzept der negativen Tarifvertragsfreiheit ist demnach weniger ein allgemein tauglicher Maßstab, um die Einbeziehung tariflicher Außenseiter*innen zu beurteilen. Vielmehr ist es ein geeigneter Ausgangspunkt von vielen für einen umfassenderen Diskurs über die einzelnen außenseiter*innenerfassenden Mittel des Tarifrechts. Art. 9 Abs. 3 GG sowie das TVG sind „primär aus sich selbst heraus und nicht nach einem privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen ‚Modell‘ zu interpretieren.“²⁶³ Nur anhand einer ganzheitlichen Gesamtschau der Erklärungsansätze, bei der sowohl verfassungsrechtliche als auch privatrechtliche Beobachtungen hinsichtlich der Tarifautonomie und des Außenseiter*innenschutzes nebeneinander Bestand haben und den Umständen entsprechend gewichtet werden, kann die tarifliche Selbstbestimmung sowie ihre Einschränkbarkeit sinnvoll beurteilt werden. Die verschiedenen Auffassungen von der Tarifautonomie stellen unter Beweis, dass deren Rückführung nur auf die Privatautonomie nicht genügt, zugleich können die zivilrechtlichen Grundlagen auch nicht gänzlich vernachlässigt werden. Jedenfalls wird im Einzelfall neben der negativen Koalitionsfreiheit die Arbeitsvertragsfreiheit zu berücksichtigen sein, mit jeweils unterschiedlichen Konsequenzen im verfassungsrechtlichen Rechtfertigungssystem. Ihre privatrechtliche Rückkoppelung im TVG oder andernorts ist im Lichte der verfassungsrechtlichen Vorgaben auszulegen, während gleichzeitig die mit der privatrechtlichen Ausgestaltung einhergehenden Grundsätze des Privatrechts zu berücksichtigen sind. Unabhängig vom Wunsch einer einheitlichen dogmatischen Grundlage werden nach der heutigen Rechtspraxis Außenseiter*innen von der Wirkung bestimmter Tarifnormen erfasst. Wenn man es, wie hier vertreten, als Kehrseite der Tarifautonomie versteht, nicht der Koalition angehörenden Akteuren im Arbeitsleben einen Raum zur Selbstregelung zu überlassen, muss ebendieser Raum näher definiert und abgegrenzt werden. Deshalb

²⁶² Greiner, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskämpfpluralität, 2010, S. 124 f.; zurückhaltend Schubert, RdA 2001, 199, 207.

²⁶³ So überzeugend Däubler, KJ 2014, 372, 380.

ist es zielführend, aus dem Umgang der bestehenden einfachgesetzlichen Ausprägungen der tariflichen Selbst- und Fremdbestimmung mit der tariflichen Außenseiter*innenerfassung in der Praxis Rückschlüsse zu ziehen und übergeordnete Maßstäbe zu finden.

Ziel ist es, vor dem Hintergrund des „Status quo“ insoweit Begründungsstränge herauszuarbeiten, wie es zum nachfolgenden Vergleich mit den arbeits- und damit auch privatrechtlichen Auswirkungen des Besserstellungsverbots sachdienlich ist. Eine starre Abgrenzung öffentlich-rechtlicher und privater Argumentationsgrundlagen wird nicht möglich sein; die Grenzen sind aber auszuloten. Dabei wird im Folgenden vorrangig die Individual-Perspektive von Außenseiter-Arbeitgeber*in und -Arbeitnehmer*in eingenommen, statt aus der kollektiven Sicht der Koalitionen die Durchbrechungen der Tarifautonomie zu beurteilen. Für die nachfolgende Untersuchung gilt das schon wegen der Natur des Besserstellungsverbots, das jeweils individuell, bezogen auf die konkrete Zuwendungsempfänger*in, den Bezug zum TVöD herstellt. Für die Feststellung einer Besserstellung kommt es gleichermaßen auf den individuellen Vergleich einer konkreten Arbeitnehmer*in mit einer Beschäftigten des öffentlichen Dienstes an. Allen voran sind die Zuwendungsempfänger*in sowie ihre Beschäftigten in der Regel gerade keiner Koalition zugehörig; die kollektive Perspektive bezieht sich vielmehr im weiteren Sinne auf die Gruppe aller Zuwendungsempfänger*innen und ihrer Beschäftigten. Bei den zu vergleichenden Fallgruppen der tariflichen Geltungserstreckung geht es deshalb vornehmlich um das Kollektiv der betroffenen tariflichen Außenseiter*innen. Die Koalition existiert ohnehin nicht um ihrer selbst willen, sondern soll die Individualinteressen ihrer Mitglieder vereinen, sodass es nicht nur auf die Koalition an sich, sondern auch die gebündelten Perspektiven der einzelnen (Nicht-)Mitglieder ankommt.

Die konkreten Maßstäbe der Diskussionsstränge zu den Fallgruppen der Geltungserstreckung von Tarifnormen dienen als Vergleichspunkt für die außenseiter*innenerfassende Wirkung des Besserstellungsverbots. Dazu werden anhand der Fallgruppen Thesen herausgearbeitet, unter welchen zusätzlichen Bedingungen die Drittwirkung von Tarifnormen zulässig ist, und unter welchen nicht. Gleichzeitig werden die Fallgruppen vor dem Hintergrund der verschiedenen dogmatischen Erklärungsansätze der tariflichen Selbstbestimmung und ihrer

(verfassungs-)rechtlichen Verankerung untersucht. Wenn die Tarifautonomie im Sinne einer kollektiven Privatautonomie durchbrochen wird, weil von ihrer Grundvoraussetzung der doppelten Tarifbindung abgewichen wird, bedeutet das nicht automatisch, dass es sich um eine unzulässige Einflussnahme auf Tariffremde oder Tariffreie handelt. Vielmehr soll ausgehend von der Rechtspraxis der Tarifnormerstreckung je nach Sachverhalt zurückverfolgt werden, inwiefern die aus der Tarifautonomie fließenden Vorgaben zu einem grundsätzlichen Maßstab für die zulässige Einbeziehung tariflicher Außenseiter*innen unter Tarifnormen ausgearbeitet werden können. Ziel der nachfolgenden Prüfung der Durchbrechungen der Tarifautonomie ist mithin, die einzelnen genannten Kriterien der tariflichen Selbstbestimmung auf der Grundlage anerkannter Fallgruppen der Außenseiter*innenerfassung zu gewichten und priorisieren. So können die Kriterien zu einem tauglichen Maßstab für vergleichbare außenseiter*innenerfassende Tarifwirkungen abstrahiert werden. Der Maßstab kann dann für weitere Konstellationen herangezogen werden, die bislang weniger aus dem Gesichtspunkt der Tarifautonomie beleuchtet wurden, wie auch das zugewandungsrechtliche Besserstellungsverbot. Gleichzeitig birgt das jedoch die Schwierigkeit, dass es sich methodisch um ein induktives Vorgehen handelt, vom Speziellen mithin auf allgemeine Grundsätze geschlossen wird. Eine solche Herangehensweise ist eher für Case Law-Rechtssysteme gedacht als das unsrige, in dem grundsätzlich vom Abstrakten einzelfallbezogen abgeleitet wird. Insofern entsteht eine gewisse Prämissenabhängigkeit, die jedoch unumgänglich ist: Da es keinen gesetzlich normierten, allgemeinen Maßstab zur Tarifautonomie und zum Schutz tariflicher Außenseiter*innen abseits Art. 9 Abs. 3 GG gibt, kann ausgehend von den gesetzlich geregelten Fällen der Außenseiterinnenwirkung und den zugehörigen Rechtsprechungslinien nur induktiv abstrahiert werden, was den verschiedenen Fällen gemeinsam ist. Der so verallgemeinerte Rechtsgedanke ist ein Vergleichsmoment, von dem wiederum deduktiv auf das Besondere, namentlich das Besserstellungsverbot, geschlossen werden kann.²⁶⁴ Letztlich können aus der repräsentierenden Wiedergabe der Rechtspraxis abstrakte Kriterien hergeleitet werden, die wiederum mit den zugrundeliegenden Grundsätzen in Bezug gesetzt werden können. Zu dem Zweck werden zunächst die einzelnen Fallgruppen der

²⁶⁴ Vgl. zu einem solchen methodischen Vorgehen allgemein *Möllers*, ZfPW 2019, 94, 108.

Tarifgeltung für Außenseiter*innen untersucht. Es geht nachfolgend um die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, die Geltung betrieblicher und betriebsverfassungsrechtlicher Normen sowie die Möglichkeit der vertraglichen Inbezugnahme, die Wirkung dynamischer Bezugnahmeklauseln nach einem Betriebsübergang, die Erstreckung von Tarifverträgen auf Außenseiter*innen nach Maßgabe des Arbeitnehmerentsende- (AEntG) und des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG), die gesetzlichen Konstrukte zur Sicherstellung der sogenannten Tariftreue, sowie Differenzierungsklauseln.

Hervorzuheben ist, dass die Drittwirkung von Tarifverträgen aus Sicht der nicht oder anderweitig Tarifgebundenen zwar nicht Ausfluss ihrer Privatautonomie ist, dafür aber regelmäßig staatlicher Erstreckung entstammt. Ihre Geltung ist damit auf eine jenseits der privat-verbandsrechtlichen Selbstbestimmung liegende Grundlage zurückzuführen, namentlich eine Art staatlich delegierter Normsetzungsbefugnis.²⁶⁵ Das ist jedenfalls auf den ersten Blick grundlegend anders als der Fall, dass die Koalitionen unmittelbar und quasi-staatlich auch für Außenseiter*innen Regelungen treffen. Letzteres scheidet deshalb aus, weil die Koalitionen nicht Inhaber einer vierten Staatsgewalt sind und damit keine außenseiter*innenbezogene Herrschaftsmacht haben;²⁶⁶ andererseits ist ihre reelle Machtposition nicht zu unterschätzen.²⁶⁷ Für die verschiedenen Fallgruppen der Außenseiter*innenwirkung ist deshalb zwischen *Normurheberschaft, normerlassender Instanz und Normsetzungsbefugnis*²⁶⁸ zu differenzieren. Die staatliche Mandatierung bezieht sich regelmäßig auf bereits von den Koalitionen inhaltlich selbstständig vereinbarte Regelungen. Die Grenzen zwischen Normurheberschaft und Normerlass verwischen dadurch, denn „der Staat [darf] seine Normsetzungsbefugnis nicht beliebig außerstaatlichen Stellen überlassen und die Bürgerinnen und Bürger nicht schrankenlos der normsetzenden Gewalt von Akteuren ausliefern, die ihnen gegenüber nicht demokratisch beziehungsweise mitgliedschaftlich legitimiert sind“.²⁶⁹ Nichtsdestotrotz haben sich verschiedene

²⁶⁵ Vgl. *Giesen*, ZfA 2016, 153, 160. Das ist insofern nicht mit der Delegationstheorie zu verwechseln, als es vorliegend nicht die Gestaltungsmacht der Tarifautonomie an und für sich begründet, sondern deren Rechtsetzung speziell gegenüber Nicht-Mitgliedern.

²⁶⁶ *Giesen*, ZfA 2016, 153, 160.

²⁶⁷ Deshalb werden sie von manchen als „soziale Gewalt“ bezeichnet, s. dazu oben Teil 2 B. I. 1. b).

²⁶⁸ Begrifflich angelehnt an *Giesen*, ZfA 2016, 153, 169.

²⁶⁹ BVerfG, Beschl. v. 10.1.2020 – 1 BvR 4/17, NZA 2020, 253; zuvor schon BVerfG, Beschl. v. 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 348; BVerfG, Beschl. v. 14.6.1983 – 2 BvR 488/80, BVerfGE 64, 208, 214.

gesetzlich vorgesehene sowie außergesetzliche, praxisrelevante Vorgehensweisen etabliert, um die Wirkung von Tarifverträgen auf Außenseiter*innen zu erstrecken.

Hergeleitet aus den beschriebenen definierenden Merkmalen der Tarifautonomie sind folgende Kriterien für den Vergleich mit dem Besserstellungsverbot denkbar: Zum einen sollen, in Anlehnung an das Rechtsstaatsprinzip, das Ausmaß und die Intensität, in anderen Worten die *Qualität der staatlichen Mitwirkung* betrachtet werden. Dabei kann es sich beispielsweise um eine explizite Geltungsanordnung oder eine abgestufte staatliche Kontrolle handeln. Zum anderen ist die *Entziehbarkeit von der Tarifwirkung* ein Kriterium, das die Durchbrechung der Tarifautonomie spezifiziert: Zu untersuchen ist dabei, inwiefern sich tarifliche Außenseiter*innen, für die ein Tarifvertrag Wirkung entfaltet, von ebendieser Wirkung durch den Beitritt zu einer (anderen) Koalition oder durch den Abschluss einer entgegenstehenden schuldrechtlichen Vereinbarung fernhalten können. Das Kriterium stellt die Autonomie des Individuums in den Fokus. Darunter fällt auch die Frage, ob es sich bei den drittwirkenden Tarifnormen nur um einzelne tarifliche Arbeitsbedingungen oder den gesamten Tarifvertrag an sich handelt. Ferner wird zur Beurteilung der Zulässigkeit der Außenseiter*innenwirkung geprüft, inwiefern die *inhaltliche Ausgewogenheit* des entsprechenden Tarifvertrags auch gegenüber Tariffreien weiter abgesichert ist, beispielsweise durch überkoalitionäre Gremien oder bestimmte Anforderungen an die Repräsentativität des Tarifvertrags. Schließlich wird der Vergleichsmaßstab durch die Prüfung der *Unmittelbarkeit der tarifvertraglichen Wirkung* vervollständigt. Zu berücksichtigen ist demnach, ob der Tarifvertrag unmittelbar normativ im Sinne von § 3 Abs. 1 TVG gilt, ob er aufgrund eines staatlichen Erstreckungsakts normativ gilt, oder ob ein weiterer Umsetzungsakt schuldrechtlicher Art erforderlich ist. Die Unterwerfung unter Tarifnormen einerseits und der bloße Einfluss rechtlicher oder tatsächlicher Art sind dabei zu unterscheiden.²⁷⁰ Auf Grundlage der genannten Kriterien ist eine wertende Einzelfallbetrachtung unerlässlich; es verbietet sich, sämtliche Drittwirkungen von Tarifverträgen zu pauschalisieren. Im Sinne einer solchen einzelfallbezogenen Perspektive bietet es sich wegen der unbestreitbaren Verwurzelung in der verfassungsrechtlichen Koalitionsfreiheit sowie Berufs- beziehungsweise Arbeitsvertragsfreiheit an, ein besonderes Augenmerk auf die

²⁷⁰ So überzeugend Giesen, ZfA 2016, 153, 168 f.

Ermächtigungsgrundlage und Verhältnismäßigkeit der Außenseiter*innenwirkung zu legen.

II. Einbeziehung tariflicher Außenseiter*innen im geltenden Recht

Die Grundlagen der tarifrechtlichen Selbstbestimmung in Gestalt der Tarifautonomie sind nicht allein ausreichend, um die Bindung tariflicher Außenseiter*innen im geltenden Recht zu begründen. Zu erforschen ist darüber hinaus, ob und in welcher Weise die Regelungsunterworfenen im Rahmen der bestehenden gesetzlichen Fallgruppen der Außenseiter*innenbindung der drittwirkenden Regelung rechtliche Anerkennung verleihen.²⁷¹ Dabei werden die soeben erwähnten Kriterien der staatlichen Mitwirkung, der Entziehbarkeit von der Tarifwirkung sowie ihre inhaltliche Ausgewogenheit und Unmittelbarkeit als Untersuchungsmaßstab für die Bestandsaufnahme herangezogen.

1. Überblick über die Fallgruppen der Außenseiter*innenbindung

Parallel zum sinkenden Organisationsgrad entfalten die gesetzlich vorgesehenen Fälle der Außenseiter*innenbindung immer mehr Relevanz für das Tarifrecht. Zugleich ist die Einbeziehung tariflicher Außenseiter*innen in Teilen schon seit Anbeginn des Tarifvertragsrechts in der heutigen Form gesetzlich vorgesehen. In letztere Kategorie fällt beispielsweise die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG oder die Wirkung betrieblicher und betriebsverfassungsrechtlicher Normen nach § 3 Abs. 2 TVG. Zusätzlich weisen neuere Entwicklungen, wie Vorgaben zur Arbeitnehmer*innenentsendung und –überlassung, sowie Tariftreuegesetze den Anwendungsbereich tariflicher Normen aus. Schließlich gilt es, schuldrechtliche Vereinbarungen, wie Bezugnahmeklauseln, sowie deren gesetzlichen Konsequenzen, etwa bei einem Betriebsübergang, zu berücksichtigen. Auch Regelungen der Tarifparteien selbst, namentlich Differenzierungsklauseln, wirken sich auf tarifliche Außenseiter*innen aus. Alles in allem offenbart sich ein bunter Strauß verschiedener rechtlicher Möglichkeiten, tarifliche Außenseiter*innen jedenfalls in den Dunstkreis tariflicher Abreden einzubeziehen.

²⁷¹ Arnold, Betriebliche Tarifnormen und Außenseiter, 2007, S. 189; Picker, NZA 2002, 761, 762.

a) Allgemeinverbindlicherklärung, § 5 TVG

Der weitreichendste Anwendungsfall der Erstreckung von Tarifnormen auf Dritte ist derjenige der Allgemeinverbindlicherklärung im Sinne von § 5 TVG. Danach kann der sogenannte Tarifausschuss, bestehend aus Vertreter*innen des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS) sowie von Spitzenorganisationen der Arbeitgeber*innen und Arbeitnehmer*innen, auf gemeinsamen Antrag der Tarifvertragsparteien einen Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklären, wenn es im öffentlichen Interesse geboten erscheint. Rechtsfolge ist gemäß § 5 Abs. 4 S. 1 TVG, dass die Rechtsnormen des Tarifvertrags in seinem Geltungsbereich auch die nicht tarifgebundenen Arbeitgeber*innen und Arbeitnehmer*innen erfassen. Die normative Wirkung des Tarifvertrags besteht mithin unabhängig von der Tarifbindung und unabhängig von dem Willen oder der Kenntnis der Betroffenen von der Allgemeinverbindlichkeit.²⁷² Außerdem sind allgemeinverbindliche Tarifverträge gemäß § 1 Abs. 3 S. 2 Alt. 1 Mindestlohngesetz (MiLoG) auch gegenüber dem gesetzlichen Mindestlohn vorrangig anwendbar, wenn sie ein höheres Entgelt vorsehen. Allein die im Zeitpunkt der Erklärung geltende Fassung des Tarifvertrags wird über § 5 TVG erstreckt, sodass etwaige Änderungen des entsprechenden Tarifvertrags nicht mehr von der Allgemeinverbindlicherklärung erfasst werden.²⁷³ Rechtstechnisch betrachtet handelt es sich bei der Allgemeinverbindlicherklärung nach heute allgemeiner Ansicht um einen „Rechtsetzungsakt eigener Art zwischen autonomer Regelung und staatlicher Rechtsetzung“ gegenüber den tariflichen Außenseiter*innen.²⁷⁴ Bevor ein Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt werden kann, muss daran gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 TVG ein öffentliches Interesse bestehen. Zur Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs des öffentlichen Interesses hat der Gesetzgeber in § 5 Abs. 1 S. 2 TVG zwei Regelbeispiele formuliert: Es ist dann zu bejahen, wenn der in Frage stehende Tarifvertrag in seinem Geltungsbereich für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen überwiegende Bedeutung erlangt hat oder die Absicherung der Wirksamkeit der tarifvertraglichen Normsetzung gegen die Folgen wirtschaftlicher Fehlentwicklung eine Allgemeinverbindlicherklärung verlangt. Damit unterliegt die materielle Voraussetzung des öffentlichen Interesses mehreren Hürden, um zu verhindern, dass es „zu einer staatlich nur assistierten Fremdbestimmung der

²⁷² BeckOK ArbR/Giesen, 60. Ed. 2021, § 5 TVG Rn. 25.

²⁷³ BAG, Urt. v. 17.1.2006 – 9 AZR 41/05, NZA 2006, 923, 924.

²⁷⁴ BVerfG, Beschl. v. 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, NJW 1977, 2255, 2256.

Außenseiter durch die Verbände kommt“²⁷⁵. Allerdings ist erwähnenswert, dass die Voraussetzungen des § 5 TVG bei Konzeption der Norm enger gefasst waren und erst mit der Zeit, insbesondere im Zuge des Tarifautonomiestärkungsgesetzes von 2014, teilweise gelockert wurden, mit dem Ziel, die Tarifbindung und „-autonomie“ zu erweitern.²⁷⁶ Dazu wurde unter anderem das 50%-Quorum abgeschafft, dem zufolge die tarifgebundenen Arbeitgeber mindestens die Hälfte der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer*innen beschäftigen mussten, damit die Allgemeinverbindlicherklärung möglich war, vgl. § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TVG a.F. Stattdessen kommt es nunmehr allein auf das öffentliche Interesse an der Allgemeinverbindlicherklärung an. Zugleich wurden einige verfahrensbezogene Vorgaben verschärft²⁷⁷ sowie das arbeitsgerichtliche Beschlussverfahren nach § 98 ArbGG unmittelbar gegen die Allgemeinverbindlicherklärung ermöglicht²⁷⁸. Die für die alte Fassung von § 5 TVG vom BVerfG festgestellte Verfassungskonformität²⁷⁹ muss in Anbetracht der Entwicklungen womöglich neu bewertet werden.²⁸⁰ Jedenfalls aber sollten die Maßstäbe des BVerfG-Urteils ernstgenommen und die Voraussetzungen für die Allgemeinverbindlicherklärung in dem Lichte als Maßstab für weitere Erstreckungen von Tarifnormen auf Außenseiter*innen dienen. Das BAG begrüßte indes die Gesetzesänderungen und sprach sich für deren Verfassungsmäßigkeit in Anlehnung an die Rechtsprechung des BVerfG zur alten Fassung aus.²⁸¹

Eine wichtige Rolle spielt die staatliche Mitwirkung, die dazu führt, dass die Allgemeinverbindlicherklärung „noch ausreichend demokratisch legitimiert“²⁸² ist. Die Ausdehnung auf tarifliche Außenseiter*innen sei unter anderem nur aufgrund der „strengen Bedingungen“ wie des Entscheidungsspielraums der zuständigen Minister*in, der Beteiligungsmöglichkeit der betroffenen Außenseiter*innen sowie hinreichender Publizität zulässig.²⁸³ Publizität wird dadurch sichergestellt, dass zu den

²⁷⁵ BeckOK ArbR/Giesen, 60. Ed. 2021, § 5 TVG Rn. 7.

²⁷⁶ S. dazu die Auswertung von *Waltermann*, RdA 2018, 137 ff. Ausführlich u. m.w.N. *Pionteck*, Stärkung der Tarifautonomie, 2021, S. 176 ff.

²⁷⁷ Im Überblick *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags*, § 5 des Tarifvertragsgesetzes, Verfassungsrechtliche Aspekte im Licht der Rechtsprechung, 16. Dezember 2019, S. 12 f.

²⁷⁸ S. dazu *Forst*, RdA 2015, 25, 34 f.

²⁷⁹ BVerfG, Beschl. v. 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, NJW 1977, 2255 ff.

²⁸⁰ Vgl. *Henssler*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht, 9. Aufl. 2020, § 5 TVG Rn. 5; ausführlich dazu *Prokop*, Die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG, 2017.

²⁸¹ BAG, Beschl. v. 21.3.2018 – 10 ABR 62/16, NZA-Beil. 2018, 8, 20 ff.

²⁸² BVerfG, Beschl. v. 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, NJW 1977, 2255, 2257.

²⁸³ BVerfG, Beschl. v. 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, NJW 1977, 2255, 2258.

einschränkenden Voraussetzungen für die Erklärung der Allgemeinverbindlichkeit im Anschluss Transparenzvorgaben sowie Rechtsschutzmöglichkeiten hinzutreten. Gemäß § 5 Abs. 7 S. 1 TVG müssen die Allgemeinverbindlicherklärung und ihre Aufhebung öffentlich bekanntgemacht werden, was – samt Inhalt der Tarifverträge – im Bundesanzeiger erfolgt, vgl. § 11 S. 2 Tarifvertragsdurchführungsverordnung (TVGDV). Außerdem „haben die von der Allgemeinverbindlicherklärung betroffenen Außenseiter auch Gelegenheit, ihre Interessen im Verfahren schriftlich und mündlich zur Geltung zu bringen.“²⁸⁴ Möchte man als konkurrierende Koalition oder als betroffene Arbeitgeber*in oder Arbeitnehmer*in später rechtlich unmittelbar gegen eine Allgemeinverbindlicherklärung vorgehen, ist gemäß §§ 2a Abs. 1 Nr. 5, 98 ArbGG der Rechtsweg zu den Landesarbeitsgerichten eröffnet. Wenn eine Rechtsstreitigkeit zwischen den Normunterworfenen davon abhängt, ob eine Allgemeinverbindlicherklärung rechtmäßig ist, muss das Verfahren gemäß § 98 Abs. 6 Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) ausgesetzt werden und die Frage zunächst im eben erwähnten Beschlussverfahren nach §§ 2a Abs. 1 Nr. 5, 98 ArbGG geklärt werden.²⁸⁵ Damit sind verschiedene Rechtsschutzmechanismen gewährleistet.

Das Institut der Allgemeinverbindlicherklärung ist allgemein anerkannt, genauso wie in weiten Teilen die Zwecksetzung von § 5 TVG. Nach Ansicht des BAG sollen die tariffreien Beschäftigten durch die Allgemeinverbindlicherklärung vor untertariflichen Arbeitsbedingungen und Lohndrückerei geschützt werden.²⁸⁶ Damit erfüllt der allgemeinverbindliche Tarifvertrag eine soziale Schutzfunktion.²⁸⁷ Es handelt sich vonseiten des Staates also um eine sozialstaatliche Maßnahme, die (nur) eine Mindestsicherung gewährleisten²⁸⁸ und „die Effektivität der tarifvertraglichen Normsetzung gegen die Folgen wirtschaftlicher Fehlentwicklungen“²⁸⁹ absichern soll. Auch wettbewerbliche Zwecke werden teilweise zur Begründung herangezogen: Danach sollen für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge verhindern, dass nicht tarifgebundene Arbeitgeber*innen Personal zu schlechteren Bedingungen

²⁸⁴ BVerfG, Beschl. v. 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 349; so auch BAG, Beschl. v. 21.3.2018 – 10 ABR 62/16, NZA-Beil. 2018, 8, 20 Rn. 110.

²⁸⁵ BAG, Urt. v. 10.9.2014 – 10 AZR 959/13, NZA 2014, 1282, 1285; ErfK/*Franzen*, 21. Aufl. 2021, § 5 TVG Rn. 28; BeckOK ArbR/*Poeche*, 60. Ed. 2021, § 98 ArbGG Rn. 12.

²⁸⁶ BAG, Urt. v. 12.10.1988 – 4 AZR 244/88, BeckRS 1988, 30728081.

²⁸⁷ Wiedemann/*Wank*, 8. Aufl. 2019, § 5 Rn. 2; ErfK/*Franzen*, 21. Aufl. 2021, § 5 TVG Rn. 1 f.

²⁸⁸ Däubler/*Lakies*, 4. Aufl. 2016, § 5 Rn. 23.

²⁸⁹ BVerfG, Beschl. v. 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 342.

beschäftigen und dadurch Arbeitskosten sparen.²⁹⁰ Gleichzeitig sollen nichtorganisierte Arbeitnehmer*innen nicht bevorzugt eingestellt werden. Der Wettbewerb um Arbeitsbedingungen soll also insgesamt begrenzt werden.²⁹¹ Das BAG stellte jedoch klar, dass solche wettbewerblichen Auswirkungen nur eine mittelbare Folge der angestrebten sozialpolitischen Zwecke sind.²⁹² In erster Linie sollen den sozial schutzbedürftigen Außenseiter-Arbeitnehmer*innen angemessene Arbeitsbedingungen gewährleistet werden.²⁹³ Jedenfalls die primären sozialen Zwecke sind unumstritten und dienen aufgrund ihrer gemeinwohlorientierten Ausrichtung dazu, die Legitimation der allgemeinverbindlichen tariflichen Regelungen zu stärken.

Entscheidend in Bezug zur Tarifautonomie ist, dass jeder Tarifvertrag, der für allgemeinverbindlich erklärt wird, ursprünglich in Ausübung kollektiver Privatautonomie durch freies Zusammenwirken der Koalitionen entstanden ist. Es steht den Tarifparteien nur gemeinsam zu, das Verfahren der Allgemeinverbindlicherklärung zu beantragen; der Staat hat kein solches Antragsrecht.²⁹⁴ Die Geltungserstreckung als nachfolgender Akt ist unmittelbar staatlich legitimiert, weil staatliche Organe im Tarifausschuss beteiligt sind. Mithin wird den Regelungen durch die Exekutive, namentlich dem BMAS, demokratisch legitimierte, rechtliche Anerkennung zuteil. Die ursprünglich privatrechtlich vereinbarte tarifvertragliche Regelung erhält durch die staatliche Hoheitsausübung einen allgemeingültigen Geltungsbefehl²⁹⁵ und ersetzt für einen begrenzten Bereich ein allgemeines Arbeitsgesetzbuch²⁹⁶. Damit ergänzen sich verschiedene Ebenen der Legitimation; bedeutsam für die Erstreckung auf Außenseiter*innen ist ebendiese zweite Ebene der staatlichen Legitimation. Zwar ist grundsätzlich die Legislative für die Rechtsetzung zuständig. Aus Art. 9 Abs. 3 GG in Verbindung mit § 5 TVG ergibt sich allerdings ähnlich zu Art. 80 GG eine für die Allgemeinverbindlicherklärung gewissermaßen delegierte Rechtsetzungsbefugnis innerhalb der staatlichen

²⁹⁰ ErfK/*Franzen*, 21. Aufl. 2021, § 5 TVG Rn. 2.

²⁹¹ Vgl. *Preis/Greiner*, Kollektivarbeitsrecht, 5. Aufl. 2020, § 97 Rn. 636.

²⁹² BAG, Urt. v. 12.10.1988 – 4 AZR 244/88, BeckRS 1988, 30728081.

²⁹³ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 342.

²⁹⁴ Vgl. BeckOK ArbR/*Giesen*, 60. Ed. 2021, § 5 TVG Rn. 20; außerdem BVerfG, Beschl. v. 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, NJW 1977, 2255, 2256.

²⁹⁵ *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit, 2014, S. 191.

²⁹⁶ *Wiedemann/Wank*, 8. Aufl. 2019, § 5 Rn. 1.

Gewaltentrias,²⁹⁷ die sich jedoch nicht auf die inhaltliche Steuerung der Tarifnormen bezieht, sondern allein den Akt der Erstreckung. Durch das „vielfältig verschränkte[...] Zusammenwirken von Tarifparteien und im Tarifausschuß repräsentierten Sozialpartnern einerseits und Stellen der staatlichen Exekutive andererseits“²⁹⁸ schuf der Gesetzgeber durch die Allgemeinverbindlicherklärung schon 1949 mit Erlass des Tarifvertragsgesetzes ein vorsichtig austariertes Instrument zur Geltungserstreckung von Tarifverträgen, weshalb es als inzwischen „bewährte[s] Rechtsinstitut“²⁹⁹ für weitere Mittel der Außenseiter*innenerfassung als dogmatischer Ausgangspunkt und Vergleichsmaßstab dienen kann. Im Hinblick auf die mögliche Beeinträchtigung der Tarifautonomie kann die Allgemeinverbindlicherklärung deshalb als unproblematisch betrachtet werden, weil es sich um „staatlich-demokratische statt privatautonom-mitgliedschaftliche Legitimation“³⁰⁰ handelt. Im Sinne einer kollektiv ausgeübten Privatautonomie als Ausfluss der Selbstbestimmung der sachnäheren Arbeitsvertragsparteien wird die damit im Zusammenhang stehende Staatsfreiheit tariflicher Regelungen freilich beschnitten.³⁰¹ Nach Ansicht des BVerfG ist der staatliche Einfluss jedoch gerechtfertigt, weil die subsidiäre Regelungszuständigkeit des Gesetzgebers zugunsten der Effektivität und Durchsetzungskraft tarifvertraglicher Normsetzung durch die Koalitionen wieder auflebe.³⁰² Festzuhalten ist, dass die Ausdehnung der Tarifgebundenheit auf Außenseiter*innen nach den Maßstäben aus § 5 TVG jedenfalls einer zusätzlichen Rechtfertigung bedarf,³⁰³ die beispielsweise durch begrenzte staatliche Mitwirkung und Beteiligungsmöglichkeiten der Außenseiter*innen verstärkt werden kann.

**b) Betriebliche und betriebs-
verfassungsrechtliche Normen,
§ 3 Abs. 2 i.V.m § 4 Abs. 1 S. 2 TVG**

Gemäß § 3 Abs. 2 TVG gelten die Rechtsnormen eines Tarifvertrags über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen für alle Betriebe, in denen die Arbeitgeber*in tarifgebunden ist: Sie wirken dann nach § 4 Abs. 1 S. 2 TVG unmittelbar

²⁹⁷ Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 5 Rn. 131 f.

²⁹⁸ BVerfG, Beschl. v. 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, NJW 1977, 2255, 2256.

²⁹⁹ BVerfG, Beschl. v. 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, NJW 1977, 2255, 2257.

³⁰⁰ Rieble, NZA 2007, 1.

³⁰¹ Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 5 Rn. 9 m.w.N.

³⁰² BVerfG, Beschl. v. 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, NJW 1977, 2255, 2256.

³⁰³ BVerfG, Beschl. v. 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, NJW 1977, 2255, 2258.

und zwingend für sämtliche Arbeitnehmer*innen des Betriebs, unabhängig von deren Gewerkschaftszugehörigkeit. Damit entfalten die Normen einen belegschafts- statt mitgliedschaftsorientierten Geltungsanspruch³⁰⁴ und stellen eine Ausnahme vom Kriterium der doppelten Tarifbindung aus § 4 Abs. 1 S. 1 TVG dar. Betriebliche Normen sind solche, die nicht Inhalt eines Individualarbeitsvertrags sein könnten, weil sie aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nur einheitlich im jeweiligen Betrieb gelten können.³⁰⁵ Betriebsverfassungsrechtliche Normen sind nach der Rechtsprechung solche, „die sich mit der Rechtsstellung der Arbeitnehmerschaft im Betrieb und der Organe beschäftigen“.³⁰⁶ Auf die Tarifbindung der jeweiligen Arbeitnehmer*innen kommt es also nicht an, sodass auch Außenseiter*innen im Betrieb den entsprechenden Regelungen unterworfen werden. Umstritten ist, ob wenigstens eine Arbeitnehmer*in des Betriebs Mitglied der tarifschließenden Gewerkschaft sein muss³⁰⁷, oder ob allein die Tarifbindung der Arbeitgeber*in³⁰⁸ eine Rolle spielt. Demgegenüber bestehen insbesondere verfassungsrechtliche Bedenken, die die Diskussion um § 3 Abs. 2 TVG dominieren.³⁰⁹ Nach herrschender Ansicht ist § 3 Abs. 2 TVG zwar verfassungsmäßig;³¹⁰ anders als zu § 5 TVG wurde das jedoch noch nicht vom Bundesverfassungsgericht festgestellt. Zu untersuchen ist an dieser Stelle vorrangig, inwiefern die Erstreckung betrieblicher Normen auf nichtorganisierte Arbeitnehmer mit der Tarifautonomie als kollektiv ausgeübter Privatautonomie vereinbar ist. Selbst die Tarifbindung einer Arbeitnehmer*in des Betriebs würde nicht darüber hinweghelfen, dass mehrheitlich Nichtorganisierte durch die tarifvertraglichen Normen im Sinne von § 3 Abs. 2 TVG betroffen sind: Eine einzelne Arbeitnehmer*in kann also ohnehin nicht als maßgeblicher Rechtfertigungsgrund für die erweiterte Tarifwirkung dienen.³¹¹

³⁰⁴ Vgl. *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit, 2014, S. 171.

³⁰⁵ Vgl. BAG, Urt. v. 21.1.1987 – 4 AZR 486/86, juris, Rn. 20.

³⁰⁶ BAG, Urt. v. 18.12.1997 – 2 AZR 709/96, NZA 1998, 304, 306.

³⁰⁷ ErfK/*Franzen*, 21. Aufl. 2021, § 3 TVG Rn. 17; *Höpfner*, in: Henssler/Moll/Bepler (Hrsg.), Der Tarifvertrag, 2. Aufl. 2016, Teil 6 Rn. 102; *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 3 Rn. 223 ff.

³⁰⁸ *Giesen*, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb, 2002, S. 519 f.; *Däubler/Lorenz*, 4. Aufl. 2016, § 3 Rn. 69; *Wiedemann/Oetker*, 8. Aufl. 2019, § 3 Rn. 181 f. Am Rande bspw. BAG, Urt. v. 5.9.1990 – 4 AZR 59/90, NZA 1991, 202, 204.

³⁰⁹ Das als „Überlagerung“ bezeichnend *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit, 2014, S. 10.

³¹⁰ BAG, Beschl. v. 26.4.1990 – 1 ABR 84/87, NZA 1990, 850, 853 f.; m.w.N. ErfK/*Franzen*, 21. Aufl. 2021, § 3 TVG Rn. 17; *Gamillscheg*, Koll ArbR I, 1997, S. 719 f.; *Däubler/Lorenz*, 4. Aufl. 2016, § 3 Rn. 62 ff.; *Säcker/Oetker*, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie, 1992, S. 141 ff.; *Wiedemann/Oetker*, 8. Aufl. 2019, § 3 Rn. 186 ff., 192 ff.

³¹¹ *Giesen*, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb, 2002, S. 520.

Die Frage nach der Zulässigkeit der Außenseiter*innenwirkung betriebsbezogener Tarifnormen ist von hoher Relevanz: Nach gängiger Rechtspraxis wird der Anwendungsbereich des § 3 Abs. 2 TVG kontinuierlich ausgedehnt,³¹² sodass selbst so einschneidende Bereiche wie Arbeitszeitregelungen³¹³ und Besetzungsregeln³¹⁴ als betriebliche Normen einzuordnen sein sollen. Anders als im Wege der Allgemeinverbindlicherklärung ist dabei keine unabhängige, staatliche Instanz in Gestalt der Exekutive oder Legislative zwischengeschaltet, die einen angemessenen Interessenausgleich bei der Erstreckung auf die Außenseiter*innen sicherstellen kann. Die inhaltliche Ausgewogenheit der erstreckten Tarifnormen wird folglich nicht von staatlicher Seite überprüft. Weshalb im Rahmen von § 3 Abs. 2 TVG keine Kontrollinstanz erforderlich ist, ist in Anbetracht der weitreichenden Bedeutung von Betriebsnormen nicht nachvollziehbar.³¹⁵ Das muss deshalb umso mehr gelten, weil § 5 TVG ein öffentliches Interesse und die angemessene Rücksichtnahme auf Außenseiter*inneninteressen voraussetzt, während § 3 Abs. 2 TVG zwar die Tarifbindung der Arbeitgeber*in erfordert, dann aber vorbehaltlos für bestimmte Arten von Normen die Tarifgeltung erstreckt.³¹⁶ Allein die Tarifbindung der Arbeitgeber*in, die in erster Linie ihre eigenen Interessen verwirklicht wissen möchte, vermag die drittbezogene Wirkung nicht zu rechtfertigen. Die Umstände erwecken den Eindruck, der Staat habe mangels privatautonomer Verpflichtung der Nichtorganisierten seine tatsächlich bestehende staatliche Rechtsetzungsbefugnis im Bereich der Betriebsnormen vollumfänglich delegiert, weil keinerlei staatliche Rechtsaufsicht über die Regelungen besteht.³¹⁷ Eine staatliche Befugnis zur Regelung betrieblicher und betriebsverfassungsrechtlicher Fragen besteht jedoch insofern ohnehin nicht, als sie den Koalitionen im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG durch §§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 2 TVG übertragen wurden.³¹⁸ Das spräche wiederum für die Zulässigkeit der Außenseiter*inneneinbeziehung, wenn man die Tarifautonomie als durch staatliche Delegation charakterisiert wahrnimmt, und deshalb die vom Staat in § 3 Abs. 2 TVG

³¹² *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit, 2014, S. 170 f.

³¹³ *Arnold*, Betriebliche Tarifnormen und Außenseiter, 2007, S. 41 ff. m.w.N.

³¹⁴ *Arnold*, Betriebliche Tarifnormen und Außenseiter, 2007, S. 25 ff. m.w.N.

³¹⁵ So auch *Reuter*, DZWir 1995, 353, 357.

³¹⁶ *Reuter*, DZWir 1995, 353, 357.

³¹⁷ Vgl. *Richardi*, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, 1968, S. 214.

³¹⁸ Vgl. *Wiedemann/Oetker*, 8. Aufl. 2019, § 3 Rn. 192; vgl. *Biedenkopf*, Grenzen der Tarifautonomie, 1964, S. 310.

den Tarifvertragsparteien übertragene Normsetzungsbefugnis als ausreichenden Geltungsgrund bejaht.

Aufgrund des zugleich bestehenden, grundsätzlichen Systemwiderspruchs zur Legitimation tariflicher Gestaltungsmacht als kollektiv ausgeübte Privatautonomie haben sich weitere Begründungsstränge entwickelt, um die Bindung Nichtorganisierter durch § 3 Abs. 2 TVG zu legitimieren. Dabei wird beispielsweise anstelle der Normsetzungsbefugnis die Frage nach der sachgerechten Ausübung bestehender Normsetzungsmacht betont: Die Koalitionsmitglieder seien im Rahmen ihrer Tarifverträge aus Gründen der verbandspolitischen Effektivität als Element von Art. 9 Abs. 3 GG auf Regelungen für betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen angewiesen, sodass die Einbeziehung der Außenseiter*innen verfassungsrechtlich gerechtfertigt sei.³¹⁹ Außerdem wird teilweise auf die Betriebszugehörigkeit als entscheidendes Kriterium hingewiesen, über welches die Wahrung der Tarifautonomie hergeleitet werden könne.³²⁰ Die nichtorganisierten Arbeitnehmer*innen seien inhaltlich nur auf betriebsverfassungsrechtlicher, nicht aber tariflicher Ebene mitumfasst. Es ist zugleich nicht ausgeschlossen, dass aus dem Prozess des Aushandelns der Koalitionen ungünstige betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Normen entstehen, die für die verbandsangehörige Arbeitnehmer*in deshalb annehmbar sind, weil sie an dem im Gegenzug eingehandelten Vorteil in anderen Tarifnormen teilhat.³²¹ Dann würden nichtorganisierte Arbeitnehmer*innen belastet, ohne in den Genuss des entsprechend ausgehandelten Vorteils zu kommen. Sie wären auch bei belastenden betrieblichen Regelungen mithin regelungsunterworfen, ohne ihnen durch ihre Mitgliedschaft zu rechtlicher Anerkennung zu verhelfen. Deshalb wird auf der Grundlage eines privatrechtlich-mandatarischen Tarifvertragssystems³²² vorgeschlagen, vom Geltungsanspruch des § 3 Abs. 2 TVG mangels mitgliedschaftlicher Legitimation nur solche betrieblichen Normen zu erfassen, die die gesamte Belegschaft einheitlich begünstigen.³²³ Der Tatbestand des § 3 Abs. 2 TVG würde folglich auf begünstigende

³¹⁹ Vgl. *Scholz*, FS Müller 1981, 509, 509, 535; *Wiedemann/Oetker*, 8. Aufl. 2019, § 3 Rn. 192 m.w.N.

³²⁰ Vgl. *Biedenkopf*, Grenzen der Tarifautonomie, 1964, S. 310 f.

³²¹ *Zöllner*, RdA 1962, 453, 458.

³²² Begriff nach *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit, 2014, S. 180.

³²³ *Arnold*, Betriebliche Tarifnormen und Außenseiter, 2007, S. 356 ff.; *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit, 2014, S. 182 ff.; *Höpfner*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 456

Normen teleologisch reduziert und der darüber geltungserstreckte Tarifvertrag könnte gegenüber nichtorganisierten Arbeitnehmer*innen im zivilrechtlichen Sinne dahingehend als ein Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 328 BGB gelten. Zudem könnten ohnehin unabhängig von § 3 Abs. 2 TVG und einer etwaigen Tarifbindung betriebseinheitliche Regelungen geschaffen werden, wenn die Arbeitgeber*in von ihrem Weisungsrecht Gebrauch macht oder Betriebsrat und Arbeitgeber*in eine Betriebsvereinbarung schließen: Bei ersterem gelten strengere Regelungsgrenzen als bei § 3 Abs. 2 TVG; bei letzterem ist über den Betriebsrat die Repräsentation der Beschäftigten gewährt, die wahlberechtigt sind.³²⁴

Entscheidend ist, dass anders als im Rahmen von § 5 TVG die Anerkennung betrieblicher und betriebsverfassungsrechtlicher Normen für Nichtorganisierte über die staatliche Normierung in § 3 Abs. 2 TVG hinaus nicht zusätzlich staatlich abgesegnet wird. Außerdem können sich die tariflich nicht oder anders Gebundenen der unmittelbar zwingenden Wirkung der betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Normen nicht entziehen. Hinzu kommt, dass Transparenz (über den knappen Wortlaut von § 3 Abs. 2 TVG hinaus) und Rechtsschutzmechanismen anders als bei der Allgemeinverbindlicherklärung ebenfalls nicht gesondert geregelt sind. Mithin handelt es sich bei betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Normen im Sinne von § 3 Abs. 2 TVG um eine Beeinträchtigung der Tarifautonomie jedenfalls in ihrem Sinne als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, die nicht durch anderweitige Kontrollmechanismen abgedeckt wird. Sieht man den Schwerpunkt der Tarifautonomie in anderen Begründungen, teilt man die Bedenken hinsichtlich der Tarifnormerstreckung nicht in ihrer Gänze.

c) Vertragliche Bezugnahmeklausel

Von der Geltungsvoraussetzung der doppelten Tarifbindung kann ferner abgesehen werden, wenn sich die Arbeitsvertragsparteien schuldrechtlich darauf einigen. Die Geltungserstreckung von Tarifnormen durch Vertrag ist weit verbreitet: Durch sogenannte Bezugnahmeklauseln gilt ein bestimmter Tarifvertrag vollumfänglich oder teilweise kraft arbeitsvertraglicher Vereinbarung auch für das Arbeitsverhältnis von

ff.; *Richardi*, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, 1968, S. 237; *Zöllner*, RdA 1962, 453, 459.

³²⁴ *Zöllner*, RdA 1962, 453, 459.

Nichtorganisierten; der Tarifvertrag wirkt jedoch nicht normativ, sondern wird allein schuldrechtlich zum Inhalt des Arbeitsvertrags. Anders als beispielsweise bei der Allgemeinverbindlicherklärung hat die Arbeitgeber*in bei der vertraglichen Bezugnahme auf einen Tarifvertrag die Wahl, ob sie die tarifvertraglichen Regelungen als sinnvoll erachtet und sich deshalb (wenn auch nicht normativ) ihrer Wirkung unterwerfen will. Entscheidend ist mithin, dass die Letztentscheidungsbefugnis privatautonom ausgeübt wird. Jedenfalls theoretisch steht es zugleich der Arbeitnehmer*in auf der anderen Seite frei, vom in Bezug genommenen Tarifvertrag abweichende Vereinbarungen auszuhandeln. Die Regelungsunterworfenen anerkennen die tarifvertraglichen Normen also durch selbstverantwortete schuldrechtliche Vereinbarung; zudem entsteht in der Folge nur eine schuldrechtliche und nicht normative Regelungsunterworfenheit. Rechtstechnisch wird zwischen statischen und dynamischen Verweisungen auf einen Tarifvertrag unterschieden. Bei der statischen Verweisung wird auf einen Tarifvertrag in einer ganz bestimmten Fassung verwiesen.³²⁵ Bei der dynamischen Verweisung ist die jeweils geltende Fassung des Tarifvertrags Bezugspunkt der schuldrechtlichen Abrede.³²⁶ Damit ist die Privatautonomie bei dynamischen Bezugnahmeklauseln insofern beschränkt, als die Arbeitsvertragsparteien sich für die Zukunft zu bestimmten Arbeitsbedingungen verpflichten, die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht feststehen und über die sie sich demnach nicht im Klaren sein können. Ähnlich wie bei einer Verbandsmitgliedschaft wird die Privatautonomie dabei selbstbestimmt auf das Kollektiv der Tarifparteien verlagert; anders als bei dieser haben die Arbeitsvertragsparteien jedoch keine Möglichkeit, durch Stimmabgabe auf die Verhandlungen Einfluss zu nehmen oder sich dem durch Verbandsaustritt zu entziehen. Weil der Tarifvertrag nicht normativ für das Arbeitsverhältnis gilt, steht ihnen allerdings frei, den Arbeitsvertrag einvernehmlich zu ändern oder einseitig eine Änderungskündigung auszusprechen. Außerdem hindert die vertragliche Bezugnahme die Arbeitsvertragsparteien nicht daran, dennoch tariflich aktiv zu werden: Gilt bei vertraglicher Bezugnahme gleichzeitig ein anderer als der in Bezug genommene Tarifvertrag normativ, sind die vertraglichen Abmachungen im Sinne des Günstigkeitsprinzips gemäß § 4 Abs. 3 TVG nur dann vorrangig, wenn sie für die

³²⁵ ErfK/Franzen, 21. Aufl. 2021, § 3 TVG Rn. 36; Däubler/Lorenz, 4. Aufl. 2016, § 3 Rn. 219.

³²⁶ ErfK/Franzen, 21. Aufl. 2021, § 3 TVG Rn. 36; Wiedemann/Oetker, 8. Aufl. 2019, § 3 Rn. 299.

Arbeitnehmer*in günstiger sind.³²⁷ Es wird also auch durch Bezugnahme Klauseln vom Kriterium der doppelten Tarifbindung abgewichen. Das beruht aber zum einen allein auf der privatautonomen Entscheidung von Arbeitnehmer*in und Arbeitgeber* in. Erst, wenn ihnen eine solche tarifvertragsgleiche Vereinbarung nicht freistünde, wäre ihre Autonomie tatsächlich eingeschränkt. Zum anderen gilt der Tarifvertrag nicht normativ, sondern nur schuldrechtlich. Die Arbeitsvertragsparteien unterwerfen sich unter Nutzung ihres privatrechtlichen Gestaltungsspielraums rein schuldrechtlich den tarifvertraglichen Regelungen. Außerdem steht ihnen nach wie vor frei, wirkungsvoll einer Koalition beizutreten. Damit ist die tarifvertragliche Wirkung deutlich mittelbarer und weitaus weniger rechtfertigungsbedürftig als bei der Allgemeinverbindlicherklärung oder § 3 Abs. 2 TVG, zumal es maßgeblich jedenfalls theoretisch möglich ist, sich ihrer zu entziehen.

Die vertragliche Bezugnahme kann aus Sicht organisierter Arbeitgeber*innen unter anderem dem Zweck dienen, die fehlende Tarifbindung einer Arbeitnehmer*in zu überwinden. Damit wird verhindert, dass innerhalb der Belegschaft aufgrund der Gewerkschaftsmitgliedschaft mancher Beschäftigten verschiedene Arbeitsbedingungen bestehen. Die Arbeitgeber*in kann mithin mittels vertraglicher Bezugnahme sicherstellen, dass tariffreie Arbeitnehmer*innen nicht anders behandelt werden als die tarifgebundenen.³²⁸ In der Vergangenheit wurde die Bezugnahme Klausel in den Fällen als sogenannte Gleichstellungsabrede ausgelegt. Das bedeutet, dass die Bezugnahme widerspiegelt, was tarifrechtlich für die Arbeitgeber*in gilt; die Tarifbindung der Arbeitnehmer*in wird also gewissermaßen durch die Klausel ersetzt und so die Gleichstellung der nichtorganisierten und organisierten Beschäftigten gewährleistet.³²⁹ Wenn die Arbeitgeber*in aus dem Verband austritt oder in eine OT-Mitgliedschaft übertritt, könne das von der Bezugnahme Klausel anders als die Tarifbindung der Arbeitnehmer*in jedoch nicht überspielt werden.³³⁰ Dann entfällt mithin die schuldrechtliche Tarifnormwirkung. Für

³²⁷ BAG, Urt. v. 29.8.2007 – 4 AZR 767/06, NZA 2008, 364, 366; *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 3 Rn. 701 ff.; *Wiedemann/Oetker*, 8. Aufl. 2019, § 3 Rn. 337 ff.

³²⁸ Vgl. *Gamillscheg*, Koll ArbR I, 1997, S. 731; *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 3 Rn. 513 f.; *Wiedemann/Oetker*, 8. Aufl. 2019, § 3 Rn. 302.

³²⁹ BAG, Urt. v. 26.9.2001 – 4 AZR 544/00, NZA 2002, 634, 635.

³³⁰ Das BAG lehnt dann eine Qualifizierung der Bezugnahme als Gleichstellungsabrede ab, BAG, Urt. v. 5.9.2012 – 4 AZR 749/10, NZA-RR 2013, 285, 286 Rn. 12; BAG, Urt. v. 21.10.2009 – 4 AZR 396/08, NZA-RR 2010, 361, 363 f. Rn. 23; BAG, Urt. v. 22.10.2008 – 4 AZR 793/07, NZA 2009, 323, 324 f. Rn. 13; *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 3 Rn. 514.

die Arbeitnehmer*in ist regelmäßig nicht aus der Bezugnahme Klausel ersichtlich, ob die Tarifbindung der Arbeitgeber*in die Bezugnahme auf den Tarifvertrag auflösend bedingt.³³¹ Nach der Rechtsprechungsänderung des BAG erfolgte deshalb eine Abkehr von der Auslegung als Gleichstellungsabrede: Einzelvertraglich vereinbarte Bezugnahme Klauseln seien regelmäßig als konstitutive, dynamische Bezugnahme auszulegen, wenn die Tarifbindung der Arbeitgeber*in an den entsprechenden Tarifvertrag nicht erkennbar zur Geltungsvoraussetzung der Verweisung gemacht wurde.³³² Die dynamische Verweisung auf den Tarifvertrag soll mithin unabhängig vom Verbandsaustritt der Arbeitgeber*in bestehen bleiben. Nach heutiger Auffassung wird im Übrigen die Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB zur Auslegung herangezogen, wonach Zweifel zulasten des Verwenders, namentlich der Arbeitgeber*in, gehen.³³³ Das hat zur Folge, dass in der Regel der Tarifvertrag angewendet wird, der für die Arbeitnehmer*in in der konkreten Situation am vorteilhaftesten ist.³³⁴ Die Unklarheitenregel greift nur dann nicht, wenn die Bezugnahme Klausel ihren Gleichstellungszweck deutlich macht.³³⁵

Das Übergehen des Erfordernisses der doppelten Tarifbindung basiert im Rahmen der vertraglichen Bezugnahme also auf einer grundsätzlich privatautonomen Entscheidung, in der die Arbeitnehmer*in zusätzlich durch eine sie regelmäßig begünstigende Auslegung der Klausel geschützt wird und ihr weiterhin offensteht, einer Gewerkschaft beizutreten und damit die normative Bindung an einen anderen Tarifvertrag herbeizuführen. Die schuldrechtliche Selbstunterwerfung ist auf Seiten der Arbeitgeber*in, ob tarifgebunden oder nicht, eine selbstbestimmte Gestaltungsentscheidung. Aufgrund der tariflichen Handlungsoptionen und der rein schuldrechtlichen Wirkung beeinträchtigt die vertragliche Inbezugnahme eines Tarifvertrags die tarifliche Selbstbestimmung im Sinne der Tarifautonomie deshalb nicht auf unzulässige Weise. Sie kann vielmehr parallel dazu existieren. Das liegt

³³¹ BAG, Urt. v. 14.12.2005 – 4 AZR 536/04, NZA 2006, 607, 609.

³³² BAG, Urt. v. 14.12.2005 – 4 AZR 536/04, NZA 2006, 607 ff.; BAG, Urt. v. 18.4.2007 – 4 AZR 652/05, NZA 2007, 965 ff.

³³³ BAG, Urt. v. 14.12.2005 – 4 AZR 536/04, NZA 2006, 607, 610; ErfK/*Franzen*, 21. Aufl. 2021, § 3 TVG Rn. 38. S. dazu *Thüsing/Lambrich*, RdA 2002, 193, 201, 213.

³³⁴ Vgl. *Däubler*, in: *Däubler/Deinert/Walser* (Hrsg.), *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht*, 5. Aufl. 2021, § 305c BGB Rn. 24; ErfK/*Franzen*, 21. Aufl. 2021, § 3 TVG Rn. 38a.

³³⁵ BAG, Urt. v. 5.7.2017 – 4 AZR 867/16, NZA 2018, 47, 49 f.

insbesondere an der (jedenfalls theoretisch) beidseitigen Vereinbarung sowie der Entziehbarkeit von der inhaltlichen Tarifnormgeltung.

d) Dynamische Bezugnahmeklauseln nach Betriebsübergang

Dynamische Bezugnahmeklauseln erzeugen jedoch dann einen besonderen Interessenkonflikt, wenn ein Betriebsübergang im Sinne von § 613a BGB stattfindet. Die Betriebserwerber*in sieht sich dabei häufig mit Beschäftigten konfrontiert, in deren Arbeitsverträgen dynamische Bezugnahmeklauseln vereinbart sind. Grundsätzlich sieht der Wortlaut von § 613a Abs. 1 S. 1 BGB vor, dass die Betriebserwerber*in in die bestehenden Arbeitsverhältnisse eintritt, weshalb die dort vereinbarten Regelungen unverändert weitergelten. Fraglich ist, ob die Betriebserwerber*in aufgrund von Bezugnahmeklauseln, die ihre Vorgänger*in vereinbart hat, schuldrechtlich an die Dynamik eines Tarifvertrags gebunden sein kann, obwohl sie den Tarifvertrag nicht beeinflussen kann, weil sie nicht Mitglied des entsprechenden Arbeitgeber*innenverbands ist. Die jeweilige Arbeitnehmer*in, die wiederum auf den Betriebsübergang keinen Einfluss hatte, möchte freilich zu den bisherigen Arbeitsbedingungen weiterbeschäftigt werden. Dazu gehört auch, über die schuldrechtliche Bezugnahme nach wie vor an tariflichen Entwicklungen wie beispielsweise Tariflohnerhöhungen teilzuhaben. Gleichzeitig würden die Möglichkeiten der Betriebserwerber*in zur tariflichen Selbstbestimmung erheblich beeinträchtigt, wenn sie trotz fehlender oder abweichender Tarifbindung aufgrund der gesetzlichen Festlegung in § 613a Abs. 1 S. 1 BGB ohne zeitliche Begrenzung an den entsprechenden Tarifvertrag gebunden würde. Als Nichtmitglied fehlt ihr jedwede Möglichkeit, sich von der Tarifgeltung zu lösen. Anders als bei der „normalen“ vertraglichen Bezugnahme erstreckt der Gesetzgeber über § 613a BGB also die Bindung der Bezugnahmeklausel auf die Betriebserwerber*in, die nicht Partei der entsprechenden schuldrechtlichen Vereinbarung war.

Die Zulässigkeit einer solchen Bindung der Betriebserwerber*in wurde auf europarechtlicher Ebene in drei Urteilen des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) beleuchtet, in denen er die Vereinbarkeit nationaler Regelungen mit der Richtlinie 2001/23/EG untersuchte, die Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang regelt und

der deutschen Regelung in § 613a BGB zugrunde liegt. Nur vor dem Hintergrund der Urteile lässt sich die aktuelle Rechtsprechung des BAG zur Fragestellung erklären. Ohne näher auf die dahinterstehenden Sachverhalte einzugehen, stehen die Leitlinien der entsprechenden Entscheidungen hinsichtlich des Schicksals der Dynamik von Bezugnahmeklauseln im Vordergrund. Dabei liegt nachfolgend ein besonderes Augenmerk auf den Argumentationslinien der Vereinigungs- und Vertragsfreiheit. Nach einer Vorlage des BAG befasste sich der EuGH zunächst im *Werhof*-Urteil vom 9.3.2006 mit dem Schicksal dynamischer Bezugnahmeklauseln nach einem Betriebsübergang.³³⁶ Das Gericht befand, die Erwerber*in des Betriebs müsse grundsätzlich in der Lage sein, die für die Fortsetzung ihrer Tätigkeit erforderlichen Anpassungen vorzunehmen, wozu auch die Ausgestaltung der Arbeitsverhältnisse zähle. Zwar hatte das BAG kurz zuvor seine Rechtsprechung zur Auslegung von Bezugnahmeklauseln als Gleichstellungsabrede verworfen;³³⁷ der EuGH billigte diese in seinem Urteil aber in dem Sinne, dass die Bezugnahmeklausel nach dem Betriebsübergang ihre Dynamik verliere, weil sie nicht mehr der Gleichstellung diene. Damit wäre die Erwerber*in vor der Bindung an fremde Tarifentwicklungen geschützt. Besonderes Gewicht legte der EuGH auf die in Art. 12 GRCh europarechtlich verankerte Vereinigungsfreiheit der Betriebserwerber*in, die auch das Recht umfasse, einer Gewerkschaft oder einem Arbeitgeber*innenverband *nicht* beizutreten. Die negative Vereinigungsfreiheit könne beeinträchtigt sein, wenn die Bezugnahmeklausel nach Betriebsübergang ihre Dynamik beibehalte, sodass im Lichte der europarechtskonformen Auslegung von einer rein statischen Weitergeltung auszugehen sei.³³⁸ Die negative Vereinigungsfreiheit wurde im *Werhof*-Urteil bemerkenswerterweise mit der Vertragsfreiheit und damit der Privatautonomie in Bezug gesetzt. Die Verknüpfung von negativer Vereinigungsfreiheit und Vertragsfreiheit führt in ihren Grundzügen zu dem Schutzgehalt, der unter dem Begriff der negativen Tarifvertragsfreiheit zusammengefasst wird. Die Privatautonomie hatte als Prüfungsmaßstab eine prominente Stellung,³³⁹ ähnlich wie das Verständnis der Tarifautonomie im Sinne kollektiv ausgeübter Privatautonomie als Maßstab für die Zulässigkeit der Außenseiter*innenwirkung tariflicher Normen.

³³⁶ EuGH, Urteil v. 9.3.2006 – C 499/04, NZA 2006, 376 ff.

³³⁷ S. oben Teil 2 B. II. 1. c).

³³⁸ EuGH, Urteil v. 9.3.2006 – C 499/04, NZA 2006, 376, 378.

³³⁹ *Hartmann*, EuZA 2015, 203, 207.

Wahrscheinlich führte neben nationalen Besonderheiten auch die mangelnde Akzeptanz der *Werhof*-Entscheidung³⁴⁰ zu einer weiteren Vorlage an den EuGH durch Großbritannien, woraufhin das *Alemo-Herron*-Urteil vom 18.7.2013 erging.³⁴¹ Besonders hervorzuheben ist, dass es in dem Fall um eine privatwirtschaftliche Betriebserwerber*in ging, die nicht Mitglied der entsprechenden Koalition des in Bezug genommenen Tarifvertrags werden konnte, weil es sich um ein Tarifverhandlungsorgan der öffentlichen Verwaltung handelte. Das führte dazu, dass sie weder im zum (Tarif-)Vertragsschluss führenden Verfahren ihre Interessen geltend machen, noch die weitere Entwicklung der Arbeitsbedingungen beeinflussen konnte. Das zeigt die Grenzen der negativen Koalitionsfreiheit im engeren Sinne auf; das Kriterium des Beitrittsdrucks ist in derart gelagerten Fällen fehlgeleitet. Die Fortsetzung der Tätigkeit durch die Betriebserwerber*in erfordere aufgrund der unvermeidlichen Unterschiede zwischen dem privaten und dem öffentlichen Sektor beträchtliche Anpassungen, die bei dynamischer Weitergeltung nicht ohne Weiteres möglich seien.³⁴² Deshalb sei die Vertragsfreiheit aus Art. 16 GRCh so erheblich reduziert, dass der Wesensgehalt des zugrundeliegenden Rechts auf unternehmerische Freiheit unter Umständen beeinträchtigt sei.³⁴³ Dynamische Bezugnahmeklauseln seien im Ergebnis nur durchsetzbar, wenn die Betriebserwerber*in tatsächlich die Möglichkeit habe, auf die Verhandlung des entsprechenden Tarifvertrags Einfluss zu nehmen. Um eine solche Einflussnahme zu ermöglichen, würden Bezugnahmeklauseln nach einem Betriebsübergang nicht automatisch dynamisch weitergelten. Rechtsdogmatisch bedeutungsvoll ist, dass der EuGH im *Alemo-Herron*-Urteil den Begriff der negativen Vertragsfreiheit herausarbeitete: Dadurch entsteht im Zusammenspiel mit dem *Werhof*-Urteil jedenfalls dem ersten Anschein nach ein (europarechtlicher) Raum für die Anerkennung der negativen Tarifvertragsfreiheit als privatrechtlich geprägte Fortführung der Koalitions- beziehungsweise Vereinigungsfreiheit. Zumindest enthielt *Alemo-Herron* ein größeres Schutzzugeständnis für die tarifliche Außenseiter*in in dem Fall, dass ein Beitritt in die entsprechende Koalition für sie nicht möglich ist.

³⁴⁰ Vgl. *Hartmann*, EuZA 2015, 203, 205 m.w.N.

³⁴¹ EuGH, Urteil v. 18.7.2013 – C-426/11, NZA 2013, 835 ff.

³⁴² EuGH, Urteil v. 18.7.2013 – C-426/11, NZA 2013, 835, 836.

³⁴³ EuGH, Urteil v. 18.7.2013 – C-426/11, NZA 2013, 835, 836.

Zuletzt entschied der EuGH nach einer weiteren Vorlage des BAG im *Asklepios*-Urteil vom 27.4.2017, dass Bezugnahmeklauseln auch nach einem Betriebsübergang dynamisch weitergelten, „sofern das nationale Recht sowohl einvernehmliche als auch einseitige Anpassungsmöglichkeiten für den Erwerber vorsieht“.³⁴⁴ Die dementsprechende Auslegung von § 613a Abs. 1 S. 1 BGB durch deutsche Gerichte wurde für europarechtskonform befunden. Für die Auslegung des nationalen Rechts sind die nationalen Gerichte zuständig, weshalb der EuGH die Anpassungsmöglichkeiten weder ausführte, noch die Anforderungen an diese konkretisierte. Ähnlich wie bei *Alemo-Herron* ging es um eine privatwirtschaftliche Erwerber*in eines Betriebs, für den ein auf den öffentlichen Dienst ausgerichteter Tarifvertrag, namentlich der TVöD, galt.

In Anwendung der ergangenen Rechtsprechung gilt weiterhin, dass es von der Auslegung der Bezugnahmeklausel abhängt, ob es bei der ursprünglich vereinbarten Dynamik bleibt: Wenn die Klausel zweifelsfrei als Gleichstellungsabrede formuliert und die Arbeitgeber*in bei Abschluss tarifgebunden war oder die Klausel vor dem Stichtag des 1.1.2002 vereinbart wurde, wird die Bezugnahme mit Betriebsübergang statischer Natur.³⁴⁵ In allen übrigen Fällen, die aufgrund der Rechtsprechungsänderung des BAG zur Gleichstellungsabrede überwiegen dürften, wirkt sie weiterhin dynamisch.³⁴⁶ Zu den vom EuGH angesprochenen individualvertraglichen Anpassungsmöglichkeiten der Betriebserwerber*in, sich trotz der mangelnden Beitrittsmöglichkeit von der dynamischen Bezugnahmeklausel zu lösen, zählen unter anderem entdynamisierende Betriebsvereinbarungen, individualvertragliche, entdynamisierende Änderungsvereinbarungen³⁴⁷ oder die betriebsbedingte Änderungskündigung³⁴⁸, wobei Zulässigkeit und Grenzen der Anpassung umstritten sind.³⁴⁹

Welche Schlüsse lassen sich nun aus dem Schicksal dynamischer Bezugnahmeklauseln nach einem Betriebsübergang für die Frage nach den Anforderungen an die mögliche Beeinträchtigung der tariflichen Selbstbestimmung

³⁴⁴ EuGH, Urteil v. 27.4.2017 – C-680/15, C-681/15, NZA 2017, 571, 572.

³⁴⁵ Vgl. BAG, Urt. v. 30.8.2017 – 4 AZR 95/14, NZA 2018, 255, 258.

³⁴⁶ Vgl. BAG, Urt. v. 27.3.2018 – 4 AZR 208/17, NZA 2018, 1264, 1267 f.

³⁴⁷ BAG, Urt. v. 30.8.2017 – 4 AZR 95/14, NZA 2018, 255, 260.

³⁴⁸ BAG, Urt. v. 27.3.2018 – 4 AZR 208/17, NZA 2018, 1264, 1267 f.

³⁴⁹ Vgl. dazu *Wahlig/Brune*, NZA 2018, 221, 223 ff.; *Bayreuther*, NJW 2017, 2158, 2159; *Wißmann/Niklas*, NZA 2017, 697, 701.

ziehen? Festzuhalten ist, dass sich die Fortgeltung dynamischer Bezugnahme Klauseln gegenüber der nicht tarifgebundenen Betriebserwerber*in von anderen Fällen der Tarifnormerweiterung darin unterscheidet, dass der Inhalt einer tarifvertraglichen Regelung nicht (allein) wegen seiner vermeintlichen funktionellen Überlegenheit auf Nichtmitglieder übertragen wird.³⁵⁰ Vielmehr ist Grundgedanke von § 613a BGB, „dass die mit dem Veräußerer vereinbarten Arbeitsbedingungen unverändert auch dem Erwerber gegenüber gelten sollen.“³⁵¹ Unmittelbarer inhaltlicher Anknüpfungspunkt ist mithin nicht die fremde Tarifnorm, sondern ein aus Sicht der Betriebserwerber*in fremder Arbeitsvertrag. Gleichzeitig werden die tariflichen Regelungen im Arbeitsvertrag schuldrechtlich einbezogen, weshalb die Betriebserwerber*in auch als tarifliche Außenseiter*in diesen unterworfen ist, ohne darauf Einfluss nehmen zu können. Zunächst handelt es sich um eine Durchbrechung der tariflichen Selbstbestimmung kraft gesetzlicher Anordnung in § 613a Abs. 1 S. 1 BGB, sodass aufgrund der damit in Ansätzen einhergehenden Transparenz eine zusätzliche Ebene der staatlichen Legitimation und Vorhersehbarkeit besteht. Inhaltlich gerechtfertigt werden kann das wiederum mit dem Schutz der vom Betriebsübergang betroffenen Beschäftigten, die durch die von ihnen unbeeinflussbaren äußeren Umstände des Betriebsübergangs keinen Nachteil erleiden sollen. Der Schutzbedarf tariflicher Außenseiter*innen beschränkt sich in dem Szenario auf die Arbeitgeber*innenseite. Hinsichtlich der Beeinträchtigung ihrer negativen Tarifvertragsfreiheit ist festzustellen, dass der Betriebserwerb an sich eine privatautonome Entscheidung darstellt, die regelmäßig anwaltlich begleitet wird. Deshalb sollten bei jedem Betriebserwerb die arbeitsrechtlichen Folgen klar sein – Es liegt mithin nahe, die Durchführung des Betriebsübergangs als freiwillige Selbstunterwerfung unter die entsprechenden tariflichen Normen in Kenntnis der Wirkung der dynamischen Bezugnahme Klauseln zu werten.³⁵² In dem Sinne befand auch das BAG, dass die „negative Koalitionsfreiheit [...] schon begrifflich nicht durch einen Arbeitsvertrag berührt sein“³⁵³ könne. Dagegen wird eingewendet, dass die dynamische Weitergeltung gerade nicht auf eine privatautonome Entscheidung zurückzuführen sei, sondern allein auf der gesetzlichen

³⁵⁰ Hartmann, Negative Tarifvertragsfreiheit, 2014, S. 328.

³⁵¹ Hartmann, Negative Tarifvertragsfreiheit, 2014, S. 328.

³⁵² So Eylert/Schinz, RdA 2017, 140, 145; mit der privatautonomen Entscheidung der Betriebserwerberin argumentierte auch BAG, Urt. v. 23.9.2009 – 4 AZR 331/08, NZA 2010, 513, 515; BAG, Urt. v. 21.10.2009 – 4 AZR 396/08, NZA-RR 2010, 361, 365.

³⁵³ BAG, Urt. v. 23.9.2009 – 4 AZR 331/08, NZA 2010, 513, 515 Rn. 21.

Regelung des § 613a Abs. 1 S. 1 BGB gründe. Weil die Bindung der Erwerber*in an die dynamische Wirkung weder auf der Vereinbarung der ursprünglichen Arbeitsvertragsparteien noch auf dem Vertrag zwischen Betriebsveräußerer*in und -erwerber*in bestehe, handele es sich gerade nicht um eine privatautonom begründete Rechtsfolge.³⁵⁴ Eine Wahl bestünde nur dann, wenn die Betriebserwerber*in frei entscheiden könnte, ob sie die Dynamik der Bezugnahmeklausel gegen sich gelten lassen will.³⁵⁵ Letztlich beruht die Einschränkung der Tarifautonomie im Sinne der doppelten Tarifbindung jedoch (auch) auf einem abstrakt legitimierenden Hoheitsakt, namentlich § 613a Abs. 1 S. 1 BGB, und einer Entscheidung des Gesetzgebers zugunsten des Arbeitnehmer*innenschutzes. Die Tarifnormen wirken dadurch nicht unmittelbar normativ, sondern nach wie vor rein schuldrechtlich. Die gesetzliche Anordnung erfolgt außerdem unabhängig vom konkreten Inhalt der in Bezug genommenen Tarifverträge. Anders als bei den vorherigen Durchbrechungen der Tarifautonomie liegt der Schwerpunkt mithin nicht auf der inhaltlichen Angemessenheit bestimmter Normen, sondern dem schutzwürdigen Vertrauen der Beschäftigten auf den Inhalt ihres Arbeitsvertrags. Einerseits ist die mögliche Einschränkung der Tarifautonomie durch die gesetzliche Vorgabe des § 613a Abs.1 S. 1 BGB legitimiert; andererseits entfalten die entsprechenden Tarifnormen nur schuldrechtliche und keine kollektivrechtliche Wirkung. Im Ergebnis lässt sich deshalb festhalten, dass auch die Beschränkung der Tarifautonomie aus privatrechtlicher Sicht in § 613a Abs. 1 S. 1 BGB nicht sehr tiefgreifend ist und in erster Linie dem Schutz der Arbeitnehmer*innen dient. Die Schutzbedürftigkeit der allein betroffenen Arbeitgeber*in ist gemindert, weil sie aufgrund der für sie transparenten gesetzlich angeordneten Rechtsfolgen ihres Entschlusses damit rechnen musste; anders als bei der Allgemeinverbindlicherklärung oder § 3 Abs. 2 TVG, denen kein Entschluss der unmittelbar betroffenen Außenseiter*innen zugrunde liegt.

e) AEntG und AÜG

Im Bereich der Arbeitnehmer*innenentsendung und -überlassung bestehen Spezialregelungen, die die Erstreckung von Tarifverträgen auf Nichtorganisierte ermöglichen. § 7 AEntG normiert ein Verfahren zum Erlass von Rechtsverordnungen,

³⁵⁴ *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit, 2014, S. 326 f.; *Wahlig/Brune*, NZA 2018, 221, 222. Mit überzeugenden Gegenargumenten und -beispielen jedoch *Greiner*, ZfA 2017, 309, 319.

³⁵⁵ *Hartmann*, EuZA 2015, 203, 213; *Sutschet*, RdA 2013, 28, 34.

aufgrund derer inländische Tarifverträge inhaltlich auch für ausländische Arbeitgeber*innen gelten, wenn sie Arbeitnehmer*innen nach Deutschland entsenden. Sowohl in formeller als auch materieller Hinsicht bestehen stellenweise Unterschiede zu den Erstreckungsvoraussetzungen des § 5 TVG. Insbesondere ist die Tarifnormerstreckung nach § 7 AEntG gemäß § 5 AEntG auf bestimmte Regelungsgegenstände beschränkt, namentlich auf die Regelung von Mindestentgelten einschließlich der Überstundensätze, Urlaubsdauer, Urlaubsentgelt, Urlaubsgeld, Urlaubskassenbeiträge und das Sozialkassenverfahren. Mit dem am 30.7.2020 neu eingeführten § 13b Abs. 1 AEntG können darüber hinaus andere Tarifbedingungen im Bereich der Entsendung von Arbeitnehmer*innen mit einer Beschäftigungsdauer von mehr als 12 Monaten einbezogen werden. Die Geltung des entsprechenden Tarifvertrags wird aber nicht unmittelbar auf Außenseiter*innen erstreckt: Die Verordnung ist eine eigene staatliche Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen, die den tariflichen Anspruchsumfang einbezieht, sodass die Tarifnormen durch die Verordnung zu unmittelbar staatlich geltendem Recht werden.³⁵⁶ Rechtstechnisch ergibt sich daraus hinsichtlich Inhalt und Bindungswirkung der entsprechenden Normen, sei es tariflicher oder staatlicher Natur, allerdings kein Unterschied. Die inhaltliche Bezugnahme der Rechtsverordnung auf den Tarifvertrag erfüllt allen voran die Funktion, die Angemessenheit der Entgelthöhe zu begründen.³⁵⁷ Liegt der in der Verordnung festgesetzte Lohn über dem gesetzlichen Mindestlohn, ist die Verordnung gemäß § 1 Abs. 3 MiLoG vorrangig anzuwenden. Für die Wahl des konkreten Tarifvertrags kommt es auf die Repräsentativität desjenigen in der entsprechenden Branche an, vgl. § 7 Abs. 2 AEntG. Deshalb wird insbesondere die Zurückdrängung der übrigen Tarifverträge vor dem Hintergrund der positiven Koalitionsfreiheit kritisiert.³⁵⁸ Doch auch weitere Gesichtspunkte der tariflichen Selbstbestimmung werden dadurch berührt, dass tarifvertragliche Regelungen dem Inhalt nach über die Rechtsverordnung normativ gelten, ohne dass es auf die Tarifbindung der Betroffenen ankommt. Den tarifvertraglichen Regelungen wird zwar aus Sicht der Nichtorganisierten durch die staatliche Intervention, namentlich den

³⁵⁶ ErfK/*Schlachter-Voll/Franzen*, 21. Aufl. 2021, § 7 AEntG Rn. 1; BAG, Urt. v. 20.4.2011 – 4 AZR 467/09, NZA 2011, 1106, 1107.

³⁵⁷ ErfK/*Schlachter-Voll/Franzen*, 21. Aufl. 2021, § 7 AEntG Rn. 3; vgl. auch die in § 1 AEntG genannte Zwecksetzung der „Schaffung und Durchsetzung angemessener Mindestarbeitsbedingungen“ sowie die Wahrung der „Ordnungs- und Befriedungsfunktion der Tarifautonomie“.

³⁵⁸ Vgl. *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit, 2014, S. 332 m.w.N.

Verordnungserlass durch die Exekutive, rechtliche Anerkennung verliehen. Hinsichtlich einer möglichen Beschränkung der Tarifautonomie ist jedoch ferner § 8 Abs. 2 AEntG hervorzuheben, dem zufolge die erstreckten Mindestarbeitsbedingungen auch bei Tarifbindung der Arbeitsvertragsparteien oder der Allgemeinverbindlichkeit eines anderen Tarifvertrags vorrangig anzuwenden und damit maßgeblich sind. Mithin haben sie sogar stärkere Durchsetzungskraft als der normativ geltende, von den Tarifparteien privatautonom vereinbarte Tarifvertrag. Arbeitgeber*in und Arbeitnehmer*in können sich dem Einfluss des erstreckten Tarifvertrags nicht durch schlichte anderweitige tarifliche Betätigung oder Bindung entziehen. Das wird aus verfassungsrechtlicher Perspektive dadurch gerechtfertigt, dass gewichtige Gemeinwohlbelange von Verfassungsrang, wie beispielsweise die finanzielle Stabilität der Systeme sozialer Sicherung, der selbstbestimmten tariflichen Betätigung gegenüberstünden.³⁵⁹ Zwar wird in die Tarifautonomie eingegriffen, indem durch die Verordnung Arbeitsbedingungen erstreckt werden, wodurch andere, niedriger dotierte Tarifverträge verdrängt werden. Der Eingriff ist aber in der Regel aufgrund der genannten Gemeinwohlbelange verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Sind die Regelungen des anderen einschlägigen Tarifvertrags günstiger, greift ohnehin das Günstigkeitsprinzip,³⁶⁰ mit der Folge, dass die „ungünstigere“ Rechtsverordnung für das entsprechende Arbeitsverhältnis keine Wirkung entfaltet. Die Bindung an einen anderen Tarifvertrag, der eine Abweichung „nach oben“ vorsieht, ist also die einzige Möglichkeit, der ansonsten weitreichenden Wirkung zu entkommen und sich wirkungsvoll tarifautonom zu betätigen. Auch auf individualvertraglicher Ebene sind Abweichungen „nach oben“ weiterhin möglich.

Im Rahmen der Überlassung von Arbeitnehmer*innen wird in § 3a Abs. 1, 2 S. 1 AÜG ebenfalls die Exekutive zum Erlass einer Rechtsverordnung befugt: Das BMAS kann auf Vorschlag der Tarifparteien bundesweit tarifliche Mindeststundenentgelte als Lohnuntergrenze für alle in den Geltungsbereich fallenden Arbeitgeber*innen und Leiharbeiter*innen verbindlich festsetzen. Das BMAS ist gemäß § 3a Abs. 2 S. 2

³⁵⁹ BVerfG, Beschl. v. 20.3.2007 – 1 BvR 1047/05, NZA 2007, 609, 611; BeckOK ArbR/Gussen, 60. Ed. 2021, § 7 AEntG Rn. 3; Preis/Greiner, ZfA 2009, 825, 835.

³⁶⁰ BAG, Urt. v. 20.7.2004 – 9 AZR 343/03, NZA 2005, 114, 116; BAG, Urt. v. 18.10.2006 – 10 AZR 576/05, NZA 2007, 1111, 1116; MHB ArbR/Klumpp, 4. Aufl. 2019, § 249 Rn. 22; Tillmanns, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht, 9. Aufl. 2020, § 8 AEntG Rn. 4; Vogelsang, in: Schaub/Ahrendt/Koch u.a. (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl. 2019, § 162 Rn. 34. Man könnte stattdessen erwägen, die Grundsätze der Tarifkollision anzuwenden.

AÜG inhaltlich an den Vorschlag der Tarifvertragsparteien gebunden, wodurch die Tarifautonomie geschützt werden soll³⁶¹ – selbstverständlich jedoch allein die Tarifautonomie derjenigen Tarifvertragsparteien, die den konkreten Vorschlag unterbreitet hatten. Anders als nach § 7 Abs. 1 AEntG wird nicht ein bereits bestehender Tarifvertrag durch Rechtsverordnung erstreckt, sondern allein eine konkrete Lohnuntergrenze durch Rechtsverordnung durchgesetzt.³⁶² Dadurch wird das Mindeststundenentgelt wiederum nicht unmittelbar als Tarifnorm erstreckt, sondern erwächst erst über die Rechtsverordnung zu staatlichem Recht. Die bisher nicht dem entsprechenden Tarifvertrag Unterworfenen werden also durch die Rechtsverordnung als Akt der Exekutive an die Entgeltuntergrenze gebunden. Auch im Rahmen von § 3a AÜG wird zwischen Vorschlägen mehrerer Tarifparteien mit geltenden Tarifverträgen nach dem Kriterium der Repräsentativität entschieden,³⁶³ sodass dahingehend gleichlautende Bedenken hinsichtlich der positiven Koalitionsfreiheit vorgetragen werden können.

Im Ergebnis ist die Erstreckung von Tarifverträgen nach AEntG und AÜG eine Durchbrechung der tariflichen Selbstbestimmung, die nach allgemeiner Auffassung durch die Wirkweise als staatlich legitimierte Rechtsverordnung und aufgrund des Schutzes sozialstaatlicher Interessen gerechtfertigt wird. Die Normurheberschaft liegt inhaltlich betrachtet bei den Tarifparteien; normerlassende Instanz ist jedoch die Exekutive. Zur inhaltlichen Ausgewogenheit trägt bei, dass durch die Verordnungen nur eine Untergrenze für das Entgelt oder andere umgrenzte Arbeitsbedingungen festgelegt und nicht das gesamte Arbeitsverhältnis reglementiert wird. Die Tarifautonomie kann aufgrund des Eingriffs in die tarifliche Selbstbestimmung dennoch nur dann gewahrt sein, wenn die Erstreckungsvoraussetzungen restriktiv ausgelegt werden.³⁶⁴

f) Tariftreuegesetze

Eine weitere Durchbrechung der tariflichen Selbstbestimmung durch die Außenseiter*innenwirkung tariflicher Normen erfolgt bei der Vergabe öffentlicher

³⁶¹ *Vogelsang*, in: Schaub/Ahrendt/Koch u.a. (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl. 2019, § 162 Rn. 59.

³⁶² *ErfK/Wank*, 21. Aufl. 2021, § 3a AÜG Rn. 9.

³⁶³ *BeckOK ArbR/Kock*, 60. Ed. 2021, § 3a AÜG Rn. 13 f.

³⁶⁴ Vgl. *Sittard*, NZA 2009, 346, 349.

Aufträge, denn dabei werden regelmäßig sogenannte Tariftreueerklärungen eingeholt. Sobald beispielsweise eine öffentliche Kindertagesstätte oder Schule gebaut, diese mit Mittagessen versorgt, ein öffentliches Gebäude von einem Sicherheitsdienst bewacht oder ein Radweg geschaffen wird, spielt das Vergaberecht eine Rolle: Bund oder Land beauftragen unter Einhaltung zahlreicher nationaler und europäischer Vorgaben eine privatwirtschaftliche Bieter*in mit der Durchführung. In Anbetracht des hohen Auftragsvolumens haben Bund und Land durch die sozialen und arbeitsrechtlichen Bedingungen, die sie an ihre Auftragnehmer*innen stellen, eine wichtige Vorbildfunktion für die Gesamtwirtschaft.³⁶⁵ Tariftreue im Sinne des Vergaberechts bedeutet, dass jede Auftragnehmer*in, die öffentliche Aufträge ausführt, verpflichtet wird, ihren Beschäftigten den ortsüblichen Tariflohn zu zahlen. In Bereichen, in denen die öffentliche Hand eine starke Nachfragemacht hat, besteht im Ergebnis der faktische Zwang, die jeweils einschlägigen Tarifverträge anzuwenden.³⁶⁶ Dabei kann zwischen konstitutiven und deklaratorischen Tariftreueerklärungen unterschieden werden. Wie der Name impliziert, ist die Auftragnehmer*in bei deklaratorischen Tariftreueerklärungen bereits tarifgebunden, sodass sie ohnehin normativ durch die tariflichen Regelungen verpflichtet wird; allein Tarifverstöße werden unter Umständen zusätzlich vergaberechtlich geahndet.³⁶⁷ Konstitutive Tariftreueerklärungen sind hingegen deutlich wirkungsintensiver: Sie verpflichten die nichtorganisierte Auftragnehmer*in letztlich zur Zahlung der Tariflöhne, obwohl sie tarifliche Außenseiter*in ist.³⁶⁸ Der Zweck konstitutiver Tariftreueerklärungen ist vor allem wirtschafts- und sozialpolitischer Natur.³⁶⁹ Durch Tariftreue soll ein „Lohnunterbietungswettbewerb“³⁷⁰ bei der Vergabe öffentlicher Aufträge verhindert werden. Gesetzlich sind Tariftreueerklärungen bislang auf Länderebene vorgesehen; allein in Bayern, Schleswig-Holstein und Sachsen bestehen keinerlei

³⁶⁵ OECD, *Öffentliche Vergabe in Deutschland*, 2019, S. 3.

³⁶⁶ ErfK/*Franzen*, 21. Aufl. 2021, § 5 TVG Rn. 30.

³⁶⁷ *Reichert*, *Vergaberechtlicher Zwang zur Zahlung von Tariflöhnen*, 2007, S. 39.

³⁶⁸ *Reichert*, *Vergaberechtlicher Zwang zur Zahlung von Tariflöhnen*, 2007, S. 39.

³⁶⁹ Vgl. BVerfG, *Beschl. v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00*, NJW 2007, 51, 52.

³⁷⁰ *Rieble*, *NZA* 2007, 1.

Tariffreuevorgaben.³⁷¹ Das letzte Vorhaben, ein Tariffreuegesetz auf Bundesebene zu normieren, scheiterte 2002, weil der Bundesrat seine Zustimmung verweigerte.³⁷²

Konstitutive Tariffreueerklärungen sind aus dem Blickwinkel der Tarifautonomie besonders interessant. Rechtstechnisch handelte es sich dabei in der Regel je nach gesetzlicher Ausgestaltung um schuldrechtliche Vereinbarungen, mit denen sich die Auftragnehmer*in zur Einhaltung der Tarifvorschriften verpflichtet. Der Ansicht folgte jedenfalls das BVerfG, dem zufolge „die Verpflichtung zur Zahlung der Tariflöhne nicht unmittelbar aus einer gesetzlichen Anordnung folgt, sondern erst infolge der eigenen Entscheidung, im Interesse der Erlangung eines öffentlichen Auftrags eine Verpflichtungserklärung abzugeben.“³⁷³ Regelmäßig wurden die Auftragnehmenden je nach Bundesland durch eine Auflage im auftragsgewährenden Verwaltungsakt verpflichtet, die tariflichen Regeln anzuwenden; die Behörden wiederum waren durch das jeweilige Tariffreuegesetz verpflichtet, die Auftragsvergabe nur unter der entsprechenden Auflage zu bewilligen. Als das Bundeskartellamt dem Land Berlin seine Praxis der Tariffreueerklärung untersagte, begann eine gerichtliche Auseinandersetzung um die Zulässigkeit solcher Tariffreueerregelungen. Die Beschwerde des Landes vor dem Kammergericht wurde abgewiesen.³⁷⁴ Während des Rechtsbeschwerdeverfahrens gegen die Entscheidung erließ das Land ein Vergabegesetz mit Tariffreueerregelung.³⁷⁵ § 1 Abs. 1 S. 2 des den folgenden Urteilen zugrundeliegenden Berliner Vergabegesetzes (VgGBerl) lautete:

„Die Vergabe von Bauleistungen sowie von Dienstleistungen bei Gebäuden und Immobilien soll mit der Auflage erfolgen, dass die Unternehmen ihre Arbeitnehmer bei der Ausführung dieser Leistungen nach den jeweils in Berlin geltenden Entgelttarifen entlohnen und dies auch von ihren Nachunternehmern verlangen.“

³⁷¹ Vgl. *forum vergabe e.v.*, Übersicht über den Stand der Tariffreue- und Vergabegesetze in den Ländern, Juli 2020, http://www.forum-vergabe.de/fileadmin/user_upload/Weiterf%C3%BChrende_Informationen/UEbersicht_UEbersicht_Vergabe-_und_Tariffreuegesetze_Laender_Juli_2020.pdf, zuletzt aufgerufen am 20.7.2021.

³⁷² BT-Drs. 14/9794.

³⁷³ BVerfG, Beschl. v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, NJW 2007, 51, 55.

³⁷⁴ KG Berlin, Beschluss v. 20.5.1998 – Kart 24/97, NJWE-WettbR 1998, 284 ff.

³⁷⁵ *Preis/Ulber*, NJW 2007, 465.

Der BGH setzte das Verfahren aus und traf einen Vorlagebeschluss, weil er die Berliner Vergaberechtsnorm unter anderem für mit § 5 TVG, dem Kartellrecht und Verfassungsnormen unvereinbar hielt.³⁷⁶ Das Gericht befand, dass tarifvertragliche Normen nur dann für tarifungebundene Arbeitgeber*innen gelten können, wenn ihnen ein besonderer staatlicher Akt Geltung verleiht, wie beispielsweise bei der Allgemeinverbindlicherklärung aus § 5 TVG.³⁷⁷ Ohne die staatliche Anerkennung würde die negative Koalitionsfreiheit verletzt, weil tarifungebundene Anbieter*innen genötigt würden, „sich in einem ihre Wettbewerbsfähigkeit beeinflussenden Punkt den tarifvertraglichen Bestimmungen zu unterwerfen“.³⁷⁸ Das damalige Berliner Tariftreuegesetz betraf also unmittelbar die Rechtsbeziehung zwischen der öffentlichen Auftraggeber*in und der Bieter*in; mittelbar wurde auf die arbeitsrechtlichen Beziehungen im Unternehmen der Bieter*in Einfluss genommen.³⁷⁹

Von dem Standpunkt aus ergeben sich erste Hinweise darauf, wieso das BVerfG das Berliner Tariftreuegesetz in seiner ursprünglichen Fassung für verfassungsgemäß hielt: Die örtlichen tarifvertraglichen Entgeltabreden entfalteten seiner Ansicht nach gerade nicht kraft staatlicher Geltungsanordnung Wirkung, sondern erst durch die individualvertragliche Umsetzung durch die Bieter*in, sodass die Rechtsetzungskompetenz von Koalitionen und Staat nicht miteinander kollidiert.³⁸⁰ Die Ausgestaltung der Arbeitsverträge der Bieter*in werde nichtsdestotrotz durch die Tariftreueerklärung inhaltlich bestimmt, sodass die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG eingriffsgleich beeinträchtigt sei. Allerdings sei der Eingriff gerechtfertigt, weil ihm Gemeinwohlbelange von hoher Bedeutung zugrunde lägen. Dazu zähle die Bekämpfung von Arbeitslosigkeit und die Gewährleistung der finanziellen Stabilität des Systems der sozialen Sicherung. Aufgrund der Tariftreueverpflichtung entstehe ferner kein Zwang für die Bieter*in, einer Koalition beizutreten. Deshalb sei die negative Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG nicht betroffen.³⁸¹ Anders hatte es freilich wie geschildert zuvor der BGH beurteilt – über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Tariftreuekonstruktion lässt sich also durchaus streiten. Das veranschaulicht erneut,

³⁷⁶ BGH, Vorlagebeschl. v. 18.1.2000 – KVR 23/98, NZA 2000, 327 ff.

³⁷⁷ BGH, Vorlagebeschl. v. 18.1.2000 – KVR 23/98, NZA 2000, 327, 330.

³⁷⁸ BGH, Vorlagebeschl. v. 18.1.2000 – KVR 23/98, NZA 2000, 327, 333.

³⁷⁹ BVerfG, Beschl. v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, NJW 2007, 51, 52.

³⁸⁰ BVerfG, Beschl. v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, NJW 2007, 51, 53.

³⁸¹ BVerfG, Beschl. v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, NJW 2007, 51, 53.

wie wichtig eine ganzheitliche Betrachtung ist, die nicht nur die enge Auslegung von Art. 9 Abs. 3 GG als einzige verfassungsrechtliche Wertung berücksichtigt. Art. 12 Abs. 1 GG verdeutlicht die Verbindung der Tarifautonomie zur Arbeitsvertragsfreiheit. Sie steht im engen Zusammenhang mit der Privatautonomie und ist deshalb ein wichtiger zusätzlicher Maßstab für jegliche Einbeziehung tariflicher Außenseiter*innen.³⁸² In Bezug auf die tarifliche Selbstbestimmung lässt sich festhalten, dass die Auftragnehmer*in im vergaberechtlichen Kontext jedenfalls inhaltlich dem Geltungsbereich eines Tarifvertrags zugeordnet wird, ohne zwingend tarifrechtlich im Sinne von § 4 Abs. 1 TVG an ihn gebunden zu sein. Die Tarifnormen gelten für sie nicht normativ, müssen aber schuldrechtlich eingehalten werden. Daran ist die Auftragnehmer*in wiederum über den Verwaltungsakt und möglicherweise eine separate Verpflichtungserklärung gegenüber der Vergabebehörde gebunden.

Damit bewegt sich die konstitutive Tariftreue in einem Graubereich der bisher geschilderten Fallgruppen und der daraus folgenden Maßstäbe der Tarifautonomie: Es besteht keine Tarifbindung, dafür wirken die Tarifnormen aber auch weder normativ noch unmittelbar schuldrechtlich im Arbeitsverhältnis. Der Anstoß für die gewissermaßen selbstverschuldete Außenseiter*innenwirkung kommt nicht wie bei der vertraglichen Bezugnahme „von innen“, sondern wird durch Verwaltungsakt staatlich angeordnet. Diese Anordnung wiederum ist eine gebundene Entscheidung. Parallel zur Diskussion bei § 613a BGB ist deshalb Streitbar, inwiefern die Rechtsfolgen der Tariftreuevorgaben tatsächlich autonom herbeigeführt werden.

Wenn die Tariftreueerklärung oder die darauf bezogene gesetzliche Vorgabe dynamisch wirkt, ergeben sich zusätzliche Bedenken: Zum Zeitpunkt, in dem die Auftragnehmer*in die Tariftreueerklärung abgibt, ist noch nicht absehbar, wie sich der genannte Tarifvertrag inhaltlich weiterentwickeln wird, oder gar welcher konkrete Tarifvertrag als Maßstab gelten soll. Erwähnenswert ist deshalb im Zusammenhang mit der Frage nach der Verfassungsmäßigkeit von Tariftreuegesetzen der Beschluss des BVerfG zum Bergmannversorgungsschein aus dem Jahr 1983.³⁸³ Dort ging es um eine gesetzliche Regelung in Nordrhein-Westfalen, der zufolge den Inhaber*innen

³⁸² Dazu näher unter Teil 2 C.

³⁸³ BVerfG, Beschl. v. 14.6.1983 – 2 BvR 488/80, NJW 1984, 1225 f.

eines sogenannten Bergmannversorgungsscheins ein Anspruch gegen ihre Arbeitgeber*in zustand, „zu denselben Bedingungen wie aktive Bergleute“³⁸⁴ mit Hausbrandkohlen versorgt zu werden. Mit der Formulierung verwies das Gesetz auf die jeweils geltenden tarifvertraglichen Regelungen, unabhängig von der Tarifbindung der Betroffenen. Inzwischen waren die Tarifnormen derart abgeändert worden, dass aktiven Bergleuten anstelle der Hausbrandkohlen ein Barabgeltungsanspruch zustand. Den Anspruch darauf wollte nun ein ehemaliger Bergarbeiter geltend machen. Da es sich bei dem Barabgeltungsanspruch als Geldleistung um eine inhaltlich derart anders geartete Regelung handele als die frühere Zurverfügungstellung von Sachmitteln zur konkreten häuslichen Verwendung, hatte die Verfassungsbeschwerde der Bergwerkbetreiber*in Erfolg: Die gesetzliche Regelung zur Versorgung ehemaliger Bergleute wurde aufgrund fehlender inhaltlicher Vorgaben für verfassungswidrig erklärt. Im Beschluss stellte das Gericht einige Leitlinien zum dynamischen Verweis auf tarifvertragliche Regelungen durch staatliche Rechtsnormen auf. Grundsätzlich müsse danach der Inhalt tarifvertraglicher Regelungen, auf die staatliche Rechtsnormen verweisen, im Zeitpunkt des Verweises im Wesentlichen feststehen.³⁸⁵ Ein Blankettverweis auf zukünftige Tarifverträge sei nicht möglich.³⁸⁶ Hintergrund dessen ist die Erwägung, dass die Bürger*in „nicht schrankenlos der normsetzenden Gewalt der Tarifvertragsparteien ausgeliefert wird, die ihm gegenüber weder staatlich-demokratisch noch mitgliedschaftlich legitimiert sind.“³⁸⁷ Nur so könnten das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip gewahrt werden, weil diese Verfassungsprinzipien verlangten, dass jede Freiheitsbeeinträchtigung durch oder aufgrund einer der Gesetzgebungsorgane entstammenden Regelung legitimiert sei.³⁸⁸ Insgesamt misst das Verfassungsgericht dem Schutz tarifvertraglicher Außenseiter*innen in dieser Entscheidung erhebliche Bedeutung zu. Wie bei der Allgemeinverbindlicherklärung bedürfe es für die Außenseiter*innenwirkung stets eines Aktes staatlicher Erstreckung konkreter Tarifnormen, damit sie auch ihnen gegenüber Geltung entfalten.³⁸⁹ Welche

³⁸⁴ BVerfG, Beschl. v. 14.6.1983 – 2 BvR 488/80, NJW 1984, 1225.

³⁸⁵ BVerfG, Beschl. v. 14.6.1983 – 2 BvR 488/80, NJW 1984, 1225.

³⁸⁶ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 14.6.1983 – 2 BvR 488/80, NJW 1984, 1225, 1225 f.

³⁸⁷ BVerfG, Beschl. v. 14.6.1983 – 2 BvR 488/80, NJW 1984, 1225 f.; vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, NJW 1977, 2255, 2258; BVerfG, Beschl. v. 9.5.1972 – 1 BvR 518/62 u. 308/64, NJW 1972, 1504, 1506.

³⁸⁸ BVerfG, Beschl. v. 14.6.1983 – 2 BvR 488/80, NJW 1984, 1225.

³⁸⁹ BVerfG, Beschl. v. 14.6.1983 – 2 BvR 488/80, NJW 1984, 1225 f.

Anforderungen wiederum an die Qualität oder Intensität des staatlichen Erstreckungsaktes gestellt werden, lässt der Beschluss offen. Überträgt man die Erwägungen auf die Tariftreuegesetze in ihrer ursprünglichen Form, kann man daran zweifeln, ob die Tarifbindung über eine durch Auflage erzwungene schuldrechtliche Erklärung den genannten Anforderungen genügt. Von der faktischen Wirkung aus betrachtet handelt es sich, bezogen auf den Zeitraum, in dem der öffentliche Auftrag ausgeführt wird, jedenfalls teilweise um eine Blankettverweisung auf den entsprechenden Tarifvertrag, an den die Auftragnehmer*in rein tarifrechtlich nicht gebunden ist. Wenn wie in der Formulierung des Berliner Vergabegesetzes allein auf den Entgelttarif Bezug genommen wird und nicht auf sämtliche Tarifbedingungen, ist die Schwere der Beeinträchtigung geringer als im Sachverhalt des Beschlusses zum Bergmannversorgungsschein, weil die Tarifentwicklung womöglich absehbarer ist. Dennoch nahm das BVerfG in seinem Urteil zur Verfassungsmäßigkeit von Tariftreuegesetzen zu den Anforderungen des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips auf die tarifliche Außenseiter*innenwirkung keine Stellung. Die unterschiedlichen Interpretationsansätze zeigen anschaulich das Konfliktpotential zwischen Tariftreue und Verfassungsgrundsätzen. Wenn man die Tariftreue so auslegt, dass sie eine dynamische Verweisung auf einen Tarifvertrag erzeugt, würde sie möglicherweise gegen die Grundsätze aus dem Beschluss zum Bergmannversorgungsschein verstoßen. Versteht man die Tariftreue hingegen dahingehend, dass sie von der Auftragnehmer*in verlangt, den entsprechenden Tarifvertrag selbstständig in Bezug zu nehmen, würde es sich wiederum nicht um einen Verstoß gegen die geschilderte Rechtsprechung handeln, weil mangels unmittelbarer Gesetzesverweisung gewissermaßen eine „Dynamikbremse“ eintritt.³⁹⁰ Aufgrund der faktisch gleichen Wirkung kann das allerdings zurecht überspitzt als „Taschenspielertrick“³⁹¹ bezeichnet werden, der nicht darüber hinwegzutäuschen vermag, dass die tarifliche Selbstbestimmung der Arbeitgeber*in so oder so beeinträchtigt ist.

Gerade für die soeben hervorgehobenen konstitutiven Tariftreueerklärungen hat sich infolge des Urteils des BVerfG dazu aus dem Jahr 2006 im letzten Jahrzehnt allerdings einiges verändert, denn sie wurden in ihrer bisherigen Form für europarechtswidrig

³⁹⁰ Vgl. die Diskussion hierzu bei *Greiner*, in: Giesen/Junker/Rieble (Hrsg.), *Vergaberecht und Arbeitsbedingungen*, 2015, 97, 115 ff.

³⁹¹ *Rieble*, *EuZA* 2017, 228, 237.

erklärt. Der EuGH setzte sich im *Rüffert*-Urteil vom 3.4.2008 damit auseinander, ob Tariftreuregelungen als gesetzliche Maßnahme, mit der der öffentlichen Auftraggeber*in vorgeschrieben wird, Aufträge für Bauleistungen nur an solche Unternehmen zu vergeben, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Beschäftigten bei der Ausführung dieser Leistungen mindestens das am Ort der Ausführung tarifvertraglich vorgesehene Entgelt zu zahlen, gegen die Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 ff. AEUV verstoßen.³⁹² Der Gerichtshof kam zu dem Schluss, dass es sich bei der Tariftreuepraxis um eine unzulässige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit handele, weil sie Leistungserbringer*innen, die in einem anderen Mitgliedstaat mit niedrigeren Mindestlohnsätzen niedergelassen sind, eine zusätzliche wirtschaftliche Belastung auferlege.³⁹³ Die gesetzliche Formulierung sei zudem kein Lohnsatz im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. c der Entsenderichtlinie (96/71/EG), der europarechtskonform staatsübergreifend gelten könne, weil sich die Bindungswirkung des betroffenen Tarifvertrags auf die Vergabe öffentlicher Aufträge auf einen bestimmten Sektor in einem bestimmten geografischen Bereich beschränke.³⁹⁴ Aufgrund der deshalb festgestellten Europarechtswidrigkeit hatten nach *Rüffert* viele Tariftreuegesetze keinen Bestand mehr. Ohnehin erfüllt der gesetzliche Mindestlohn im Sinne des Mindestlohngesetzes (MiLoG) in sämtlichen Wirtschaftszweigen inzwischen regelmäßig die Funktion des Mindestschutzes, die ursprünglich mit der Tariftreue verfolgt wurde.³⁹⁵ Dennoch ist die rechtliche Bewertung von Tariftreuegesetzen und den dahinterstehenden Überlegungen noch lange nicht hinfällig geworden: Als Reaktion auf die EuGH-Entscheidung entstand ein „Trend“ zu Tariftreuegesetzen der zweiten Generation.³⁹⁶ Dabei wird zwar am Instrument der Tariftreuerklärungen festgehalten, allerdings beschränkt auf ohnehin bestehende Tarifnormerstreckungen durch Allgemeinverbindlicherklärungen oder Rechtsverordnungen nach dem AEntG.³⁹⁷ Bedeutsam ist die „neue“ Tariftreue also insbesondere dann, wenn die relevanten Tarifnormen über die Anforderungen des MiLoG hinausgehen.³⁹⁸ Gleichzeitig sehen immer mehr Bundesländer darüber hinaus tarifvertragsunabhängige, gesetzlich festgelegte vergabespezifische Mindestlöhne

³⁹² EuGH, *Rüffert* v. 3.4.2008 – C-436/06, NJW 2008, 3485 ff.

³⁹³ EuGH, *Rüffert* v. 3.4.2008 – C-436/06, NJW 2008, 3485, 3488.

³⁹⁴ EuGH, *Rüffert* v. 3.4.2008 – C-436/06, NJW 2008, 3485, 3487.

³⁹⁵ Vgl. MHB *ArbR/Klumpp*, 4. Aufl. 2019, § 250 Rn. 11.

³⁹⁶ ErfK/*Franzen*, 21. Aufl. 2021, § 5 TVG Rn. 31.

³⁹⁷ *Greiner*, ZIP 2011, 2129; *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit, 2014, S. 36.

³⁹⁸ Vgl. *Burji*, NZBau 2018, 579, 583.

vor, die jedoch teilweise dem allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn entsprechen.³⁹⁹ In Randbereichen gibt es außerdem entsprechende bundesgesetzliche Regelungen, wie beispielsweise die Vergabemindestentgeltverordnung des BMAS für Aus- und Weiterbildungsdienstleistungen nach dem Zweiten und Dritten Sozialgesetzbuch. Nach dem *RegioPost*-Urteil des EuGH ist es grundsätzlich europarechtskonform, wenn die Rechtsvorschrift eines Mitgliedstaats vorsieht, dass sich Bietende im Vergabeverfahren „in einer schriftlichen, ihrem Angebot beizufügenden Erklärung verpflichten müssen, den Beschäftigten, die zur Ausführung von Leistungen, die Gegenstand eines öffentlichen Auftrags sind, eingesetzt werden sollen, einen in den betreffenden Rechtsvorschriften festgelegten Mindestlohn zu zahlen“.⁴⁰⁰ Obwohl vergabespezifische Mindestlöhne gleichermaßen wie Tariftreueerklärungen zur Einhaltung bestimmter Entgeltbedingungen verpflichten und damit einen ähnlichen Zweck erfüllen, ist der im Lichte der Tarifautonomie (und vermutlich auch der Europarechtswidrigkeit) entscheidende Unterschied, dass gerade nicht der Geltungsbereich von nicht allgemeinverbindlichen Tarifnormen erstreckt wird, sondern vielmehr durch gesetzgeberische Rechtsetzungsmacht ein staatlich festgelegter Lohn geschaffen wird. Es geht also nicht um die Unterwerfung unter fremde Tarifnormen, sondern um unbeschränkt geltende, nationale Gesetze, die sich inhaltlich an Tarifnormen orientieren. „Eine ‚kalte Allgemeinverbindlicherklärung‘ über die Vergabebedingungen bleibt europarechtlich unzulässig.“⁴⁰¹

Die Bedeutung konstitutiver Tariftreueerklärungen ist mithin zwar infolge des *Rüffert*-Urteils gesunken, vor allem in Bezug auf die Beeinträchtigung der tariflichen Selbstbestimmungsmöglichkeiten. Die Diskussionspunkte zu den neueren Tariftreuegesetzen gehen im Ergebnis weitgehend in der rechtlichen Beurteilung der

³⁹⁹ Vgl. *forum vergabe e.v.*, Übersicht über den Stand der Tariftreue- und Vergabegesetze in den Ländern, Juli 2020, http://www.forum-vergabe.de/fileadmin/user_upload/Weiterf%C3%BChende_Informationen/UEbersicht_UEbersicht_Vergabe-_und_Tariftreuegesetze_Laender_Juli_2020.pdf, zuletzt aufgerufen am 20.7.2021; *Grimm*, Tariftreue bei öffentlichen Aufträgen – aktuelle Entwicklungen beim Bund und in den Bundesländern, WSI-Tariftagung vom 12.-13.12.2019, https://www.boeckler.de/pdf/v_2019_12_12_grimm.pdf, zuletzt aufgerufen am 14.7.2021; *Schulten*, Tariftreue und Mindestlöhne in den Vergabegesetzen der Bundesländer, <https://www.dgb.de/themen/++co++5fa45de4-2d0c-11e8-b72b-52540088cada>, zuletzt aufgerufen am 14.7.2021.

⁴⁰⁰ EuGH, Urteil v. 17.11.2015 – C-115/14, NZA 2016, 155 ff.

⁴⁰¹ *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 5 Rn. 460.

Tarifnormerstreckung nach §§ 5, 7 AEntG sowie § 5 TVG auf.⁴⁰² Die Aktualität der Tariftreue ist jedoch keineswegs zu unterschätzen: So steht es den zuständigen Behörden aufgrund des Subsidiaritätsprinzips im Bereich des Personennahverkehrs beispielsweise nach wie vor frei, gemäß Erwägungsgrund 17 der Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße (VO 1370/2007/EG) „soziale Kriterien [...] festzulegen, um Qualitätsstandards für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen aufrechtzuerhalten und zu erhöhen, beispielsweise bezüglich der Mindestarbeitsbedingungen [...] sowie bezüglich der sich aus Kollektivvereinbarungen ergebenden Verpflichtungen“. Das bedeutet, dass in diesem Bereich Tariftreueerklärungen in ihrer ursprünglichen Form möglich bleiben,⁴⁰³ wovon bislang zahlreiche Bundesländer Gebrauch gemacht haben.⁴⁰⁴ Zugleich sind starke Tendenzen erkennbar, dass Tariftreue künftig eine größere Rolle einnehmen wird. So fordert der Deutsche Gewerkschaftsbund (DGB) nach wie vor ein bundesweites Tariftreuegesetz.⁴⁰⁵ Auch das BMAS will sich dafür einsetzen und arbeitet an Möglichkeiten einer bundesweiten Umsetzung.⁴⁰⁶ Darüber hinaus bekräftigte der DGB im Zuge der Staatshilfen aufgrund der Corona-Pandemie, dass nur solche Unternehmen Kredite oder anderweitige Förderung erhalten sollten, die Tarifverträge zur Anwendung bringen, und nahm dabei auf das Erfordernis der Tariftreue Bezug.⁴⁰⁷ In ihrem Programmentwurf für die Bundestagswahl 2021 haben sowohl die SPD⁴⁰⁸ als

⁴⁰² Fehling, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 129 GWB Rn. 23; Hartmann, Negative Tarifvertragsfreiheit, 2014, S. 36 f.

⁴⁰³ Vgl. Greiner, in: Giesen/Junker/Rieble (Hrsg.), Vergaberecht und Arbeitsbedingungen, 2015, 97, 104 ff.; Greiner, ZIP 2011, 2129, 2135; Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 5 Rn. 474 f.

⁴⁰⁴ Grimm, Tariftreue bei öffentlichen Aufträgen – aktuelle Entwicklungen beim Bund und in den Bundesländern, WSI-Tariftagung vom 12.-13.12.2019, https://www.boeckler.de/pdf/v_2019_12_12_grimm.pdf, Folie 14, zuletzt aufgerufen am 14.7.2021.

⁴⁰⁵ Deutscher Gewerkschaftsbund, Eckpunktepapier: Bundesregelung zur Tariftreue in der öffentlichen Auftragsvergabe, 26.5.2019.

⁴⁰⁶ Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Ergebnisbericht Zukunftsdialog, September 2019, S. 26; Interview mit Hubertus Heil im Spiegel, <https://www.bmas.de/DE/Service/Presse/Interviews/2020/2020-05-30-spiegel.html>, 30.5.2020, zuletzt aufgerufen am 30.6.2021.

⁴⁰⁷ Deutscher Gewerkschaftsbund, Staatshilfen nur bei Tariftreue und Beschäftigungssicherung, <https://www.dgb.de/themen/++co++6c745078-bd0c-11ea-a455-525400e5a74a>, 3.7.2020, zuletzt aufgerufen am 30.6.2021.

⁴⁰⁸ SPD, Zukunftsprogramm 2021, S. 27, <https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Beschluesse/Programm/SPD-Zukunftsprogramm.pdf>, zuletzt aufgerufen am 29.7.2021-

auch Bündnis 90/Die Grünen⁴⁰⁹ und Die Linke⁴¹⁰ ein Bundestariftreuegesetz in Aussicht gestellt. Außerdem will die Kommission einem Vorschlag für eine Richtlinie über angemessene Mindestlöhne in der EU zufolge die Mitgliedsstaaten verpflichten, bei der Vergabe öffentlicher Aufträge Tariftreue vorzuschreiben.⁴¹¹ Kritik wurde schon vonseiten des Bundesrats⁴¹² und in der Literatur von *Thüsing/Hütter-Brungs* laut; letztere beklagen, dass die Richtlinie in ihrer konkreten Ausgestaltung eine „verpasste Chance zur Legalisierung von Tariftreue Regelungen“ sei.⁴¹³ *Eichenhofer* nimmt die grundsätzliche Primärrechtskonformität des Richtlinienentwurfs an.⁴¹⁴

Auch die Kritik an der ursprünglichen, konstitutiven Tariftreueerklärung und die Entscheidungen des BGH und BVerfG zur Tariftreue haben darüber hinaus weiterhin grundsätzliche Relevanz für tarifrechtliche Außenseiter*innenfragen:⁴¹⁵ Insbesondere die „deutlich divergierenden Einschätzungen“⁴¹⁶ in Literatur und Rechtsprechung zum damaligen Urteil des BVerfG aus nationalrechtlicher Sicht beweisen besonders augenscheinlich die Bedeutung der Untersuchung. Das muss umso mehr gelten, als seitdem keine weitergehende Klärung der den Diskussionen zugrundeliegenden Grundsatzfragen erfolgt ist. Nach wie vor streitbar ist deshalb, ob eine „vertragsautonome Selbstunterwerfung unter die Tarifbedingungen im Vergabeverfahren“⁴¹⁷, losgelöst von europarechtlichen Erwägungen, tatsächlich ausreichen würde, um den tariflichen Regelungen aus Sicht nichtorganisierter Unternehmen rechtliche Anerkennung zu verleihen. Im Kern geht es also auch bei der Tariftreue „um das Interesse der Außenseiter, nicht Adressat von staatlich gewissermaßen über Umwege ‚weitergerichteten‘ Tarifverträgen zu werden“.⁴¹⁸

⁴⁰⁹ *Bündnis 90/Die Grünen*, Bundestagswahlprogramm 2021, S. 105, https://cms.gruene.de/uploads/documents/Wahlprogramm-DIE-GRUENEN-Bundestagswahl-2021_barrierefrei.pdf, zuletzt aufgerufen am 29.7.2021.

⁴¹⁰ *Die Linke*, Wahlprogramm zur Bundestagswahl 2021, S. 12, 17, 80, 110, https://www.die-linke.de/fileadmin/download/wahlen2021/Wahlprogramm/DIE_LINKE_Wahlprogramm_zur_Bundestagswahl_2021.pdf, zuletzt aufgerufen am 29.7.2021.

⁴¹¹ *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über angemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union, 28.10.2020, S. 16.

⁴¹² Ohne näher auf die Tariftreue einzugehen beklagt der *Bundesrat*, Drs. 649/1/20, eine Kompetenzlücke der EU bei der Beurteilung der Angemessenheit von Mindestlöhnen.

⁴¹³ *Thüsing/Hütter-Brungs*, NZA 2021, 170, 174.

⁴¹⁴ Gutachten im Auftrag des DGB von *Eichenhofer*, Statthaftigkeit eines EU-Rechtsrahmens für gesetzliche Mindestlöhne nach dem Entwurf der Kommission über eine Richtlinie für angemessene Mindestlöhne, März 2021.

⁴¹⁵ Vgl. *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit, 2014, S. 37.

⁴¹⁶ *Höfling/Rixen*, RdA 2007, 360.

⁴¹⁷ *Greiner*, in: Giesen/Junker/Rieble (Hrsg.), Vergaberecht und Arbeitsbedingungen, 2015, 97, 107.

⁴¹⁸ *Höfling/Rixen*, RdA 2007, 360, 362.

Auch außerhalb des Vergaberechts ist die Vereinbarung von Taritreue durch private marktmächtige Unternehmen mit ihren Dienstleister*innen oder Zuliefer*innen möglich.⁴¹⁹ Die Marktmacht des Unternehmens als Nachfrager*in bei Subunternehmer*innen oder Lieferant*innen kann dazu genutzt werden, quasi-tarifliche Arbeitsbedingungen durchzusetzen.⁴²⁰ Eine solche Regelung kann beispielsweise im Tarifvertrag selbst vorgesehen oder betrieblich vereinbart sein.⁴²¹ Anders als die soeben behandelten Tariftreuegesetze sind private Tariftreuevereinbarungen mithin nicht vom Gesetzgeber, sondern von privaten Rechtssubjekten veranlasst.⁴²² Jedenfalls normativ können die entsprechenden Arbeitsverhältnisse deshalb nicht von den tariflichen Regelungen erfasst werden.⁴²³ Weil sie gesetzlich vorgegeben ist, ist die Tariftreue im Sinne des Vergaberechts für den anschließenden Vergleich mit dem ebenfalls staatlich verordneten Besserstellungsverbot jedoch sachdienlicher.

g) Differenzierungsklauseln

Neben den geschilderten gesetzlichen und arbeitsvertraglichen Mitteln zur Erstreckung tariflicher Normen auf Außenseiter*innen können zudem die Tarifvertragsparteien selbst Klauseln formulieren, die sich jedenfalls faktisch auf die Außenseiter*innen im Geltungsbereich „ihres“ Tarifvertrags auswirken. Die Rede ist von Differenzierungsklauseln, die Außenseiter*innen gegensätzlich zu den bisherigen Fallgruppen gerade von der Tarifnormwirkung ausnehmen sollen. Das geschieht im Grunde genommen dadurch, dass die Koalitionsmitgliedschaft materiell zur Voraussetzung eines tariflichen Anspruchs gemacht wird, was die potentielle Außenseiter*innenwirkung gerade unterbindet.⁴²⁴ Damit konterkarieren Differenzierungsklauseln als „eine Art gewerkschaftlicher Gegenreaktion“⁴²⁵ die geschilderten Bemühungen, Tarifnormen unabhängig von der Gewerkschaftsmitgliedschaft auf möglichst viele Beschäftigte zu erstrecken, „indem

⁴¹⁹ Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 5 Rn. 451.

⁴²⁰ Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 1 Rn. 1112.

⁴²¹ Serr, Privative Tariftreue, 2013, S. 28.

⁴²² Serr, Privative Tariftreue, 2013, S. 33.

⁴²³ MHB ArbR/Klumpp, 4. Aufl. 2019, § 250 Rn. 13.

⁴²⁴ Däubler/Heuschmid, 4. Aufl. 2016, § 1 Rn. 1063; Greiner, NZA 2016, 10; Wiedemann/Jacobs, 8. Aufl. 2019, Einl. Rn. 448.

⁴²⁵ Pionteck, Stärkung der Tarifautonomie, 2021, S. 34.

sie für Außenseiter faktisch ein Niveau an Arbeitsbedingungen vorgeben, das die tarifschließende Gewerkschaft für die eigenen Mitglieder gerade nicht als hinreichend angesehen hat⁴²⁶. Aufgrund ebenjenes faktischen Maßstabs, den solche Abreden auch für die Arbeitsbedingungen tariflicher Außenseiter*innen erzeugen, sind Differenzierungsklauseln als weitere Fallgruppe näher zu betrachten.

Differenzierungsklauseln existieren in verschiedenen Ausgestaltungen, beispielsweise in Gestalt von Sonderzahlungen oder höheren Urlaubsansprüchen.⁴²⁷ Zum einen können die Tarifparteien einfache Differenzierungsklauseln formulieren, die die Gewerkschaftsmitgliedschaft zur Tatbestandsvoraussetzung eines Anspruchs machen.⁴²⁸ Die „Abschottungswirkung“ gegenüber den Außenseiter*innen folgt dabei nicht aus der tarifvertraglichen Differenzierungsklausel selbst, sondern aus dem allgemeinen Vertragsrecht.⁴²⁹ Der einzelnen Arbeitgeber*in bleibt mangels förmlichen Verbots aber grundsätzlich unbenommen, auch den nichtorganisierten Arbeitnehmer*innen einzelvertraglich die gleiche Leistung zu gewähren. Weitergehend sollen deshalb qualifizierte Differenzierungsklauseln den Vorteil der Gewerkschaftsmitglieder gegenüber den Außenseiter-Arbeitnehmer*innen zusätzlich absichern, ihre Gleichstellung mithin verhindern oder jedenfalls erschweren. Das kann auf verschiedene Weise geschehen. Negative Differenzierungsklauseln oder Tarifausschlussklauseln sollen sicherstellen, dass Außenseiter*innen an tarifvertraglichen Vergünstigungen partizipieren, indem sie der Arbeitgeber*in verbieten, die nicht oder anders organisierten Beschäftigten zu den gleichen Bedingungen zu beschäftigen.⁴³⁰ Sogenannte Spannen-, Spannensicherungs- oder Abstandsklauseln sichern eine tarifvertraglich den Gewerkschaftsmitgliedern vorbehaltene Leistung dadurch ab, dass sie für den Fall einer Kompensationsleistung an nicht oder anders organisierte Arbeitnehmer*innen einen zusätzlichen, entsprechend erhöhten Anspruch für die Gewerkschaftsmitglieder vorsehen.⁴³¹ Stichtagsklauseln, die den Leistungserhalt von der Gewerkschaftsmitgliedschaft zu

⁴²⁶ Greiner, NZA 2016, 10.

⁴²⁷ Treber, in: Schaub/Ahrendt/Koch u.a. (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl. 2019, § 200 Rn. 22; Waltermann, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag in der auf Mitgliedschaft aufbauenden Tarifautonomie, 2016, S. 38.

⁴²⁸ ErfK/Franzen, 21. Aufl. 2021, § 1 TVG Rn. 62; Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 1 Rn. 2122.

⁴²⁹ Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 1 Rn. 2122.

⁴³⁰ Däubler/Heuschmid, 4. Aufl. 2016, § 1 Rn. 1064; Wiedemann/Jacobs, 8. Aufl. 2019, Einl. Rn. 453.

⁴³¹ BAG, Urt. v. 23.3.2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920, Ls. 3.

einem bestimmten Zeitpunkt abhängig machen, werden teilweise ebenfalls als atypische (Binnen-)Differenzierungsklauseln kategorisiert.⁴³² Sie beziehen sich in erster Linie auf die Differenzierung zwischen Gewerkschaftsmitgliedern und erst nachrangig auf diejenige gegenüber tariflichen Außenseiter*innen.

Differenzierungsklauseln werden grundsätzlich normativ im Tarifvertrag selbst formuliert. Im Hinblick auf Tarifausschlussklauseln sei es wegen fehlenden Bezugs zum geregelten Arbeitsverhältnis unzulässig, im normativen Teil des Tarifvertrags die Verpflichtung festzuhalten, bestimmte Leistungen nicht an Dritte zu gewähren.⁴³³ Schuldrechtlich sei die Vereinbarung zwischen der Gewerkschaft und der einzelnen Arbeitgeber*in oder dem Verband der Arbeitgeber*innen möglich,⁴³⁴ fraglich sei allerdings wiederum deren Durchsetzung.⁴³⁵ Dann geht es jedoch nicht um Differenzierungsklauseln im engeren Sinn, sondern um die schuldrechtliche Besserstellung von Gewerkschaftsmitgliedern. Unabhängig von der konkreten Ausgestaltung liegt die Normurheberschaft von Differenzierungsklauseln stets bei den Tarifparteien; beim Aushandeln wirkt der Staat nicht mit. Die Normsetzungsbefugnis der Tarifparteien gegenüber tariflichen Außenseiter*innen ist zwar streitbar, doch gegenüber ihnen wirken die Normen nur mittelbar-faktisch. Durch die mindestens bilaterale Vereinbarung werden sowohl Interessen der Arbeitgeber*innen- als auch Beschäftigtenseite berücksichtigt, nicht zwangsläufig jedoch diejenigen der nicht organisierten Arbeitnehmer*innen.

Schon 1967 hatte der Große Senat des BAG entschieden,⁴³⁶ dass Spannenklauseln rechtswidrig seien, weil die Tarifparteien vor dem Hintergrund von Art. 9 Abs. 3 GG

⁴³² S. dazu insbesondere BAG, Urt. v. 15.4.2015 – 4 AZR 796/13, NZA 2015, 1388 ff. sowie die Anmerkung von *Greiner*, NZA 2016, 10 ff.; außerdem *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 2012, S. 39; *Pionteck*, Stärkung der Tarifautonomie, 2021, S. 127.

⁴³³ Vgl. im Grundsatz BAG, Beschl. v. 29.11.1967 – GS 1/67, BeckRS 1967, 31153920, Rn. 60 ff.; speziell bezogen auf Tarifausschlussklauseln *Hartmann/Lobinger*, NZA 2010, 421, 422; *Kamanabrou*, FS Kreuzt 2010, 197, 200 f.; *Kocher*, NZA 2009, 119, 123; *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 2012, S. 93 f. m.w.N.

⁴³⁴ So jedenfalls *Kocher*, NZA 2009, 119, 123; *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 1 Rn. 2148; *Pionteck*, Stärkung der Tarifautonomie, 2021, S. 126 m.w.N.; a.A. *Giesen*, NZA 2004, 1317, 1319 f. m.w.N.; zwischen Außenseiter*innen und Andersorganisierten die Zulässigkeit schuldrechtlicher Differenzierungsvereinbarungen im Allgemeinen unterscheidend *Greiner*, DB 2009, 398, 402. Die Wirksamkeit auch schuldrechtlich vereinbarter Tarifausschlussklauseln aufgrund von §§ 134, 138 BGB ablehnend *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 1 Rn. 2149.

⁴³⁵ *Höpfner*, RdA 2019, 146, 149 f.; *Kamanabrou*, FS Kreuzt 2010, 197, 201 f.

⁴³⁶ BAG, Beschl. v. 29.11.1967 – GS 1/67, BeckRS 1967, 31153920.

ihre Tarifmacht überschreiten würden. Im zugrundeliegenden Fall ging es um Zahlungen aus einer Urlaubskasse. Eine tarifvertraglich normierte Spannenklausel sah vor, dass die Arbeitgeber*in dann, wenn sie Nichtorganisierten die gleichen Zahlungen wie Organisierten gewährt, letztere wiederum einen Anspruch auf eine entsprechende Leistung erhielten. Der Abstand sollte also abgesichert werden, wenn auch nicht durch ein explizites Verbot gegenüber der Arbeitgeber*in. Das BAG entschied, dass das die negative Koalitionsfreiheit der Außenseiter*innen sowie die positive Koalitionsfreiheit andersorganisierter Beschäftigter verletze.⁴³⁷ Nach einer weiteren Grundsatzentscheidung von 2009⁴³⁸ sollen jedenfalls einfache Differenzierungsklauseln zulässig sein. Die negative Koalitionsfreiheit der Außenseiter*innen sei von einfachen Differenzierungsklauseln nicht betroffen, soweit sie nicht an das Austauschverhältnis von Leistung und Gegenleistung anknüpfen und keinen unzumutbaren Beitrittsdruck auf nicht oder anders organisierte Beschäftigte ausübten.⁴³⁹ In die Wertung, ob der Beitrittsdruck noch sozialadäquat sei, fließe die sozialpolitische Bedeutung der Funktionsfähigkeit von Gewerkschaften ein: Ihnen müsse es möglich sein, Mitglieder gerade durch erzielte Verhandlungserfolge zu werben.⁴⁴⁰ Gleichzeitig betonte das BAG, die Gleichbehandlung organisierter und nicht organisierter Beschäftigter jedenfalls in Entgeltfragen sei ein Ausdruck der sozialen Gerechtigkeit, weshalb Klauseln, die die Möglichkeit zu ebenjener Gleichbehandlung einschränken, unzulässig seien – das sei bei einfachen Differenzierungsklauseln jedoch gerade nicht der Fall.⁴⁴¹ Selbst dann, wenn eine als Gleichstellungsabrede auszulegende Bezugnahme Klausel arbeitsvertraglich vereinbart wird, könne diese nicht im Lichte einer Differenzierungsklausel die Gewerkschaftsmitgliedschaft einer nicht organisierten Arbeitnehmer*in fingieren.⁴⁴² Schwieriger bleibt auch nach 1967 die Bewertung qualifizierter Differenzierungsklauseln. 2011 setzte sich das BAG, diesmal der 4. Senat, erneut mit Spannenklauseln auseinander.⁴⁴³ Er befand, dass sie

⁴³⁷ BAG, Beschl. v. 29.11.1967 – GS 1/67, BeckRS 1967, 31153920.

⁴³⁸ BAG, Urt. v. 18.3.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028 ff.

⁴³⁹ BAG, Urt. v. 18.3.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028, 1037 Rn. 77 ff.

⁴⁴⁰ BAG, Urt. v. 18.3.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028, 1037 Rn. 74, 1041 Rn. 119.

⁴⁴¹ BAG, Urt. v. 18.3.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028, 1038 Rn. 93 f. mit Verweis auf die Entscheidung von 1967.

⁴⁴² BAG, Urt. v. 18.3.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028, 1031 Rn. 27 ff.; später dann bestätigend bspw. BAG, Urt. v. 21.8.2013 – 4 AZR 861/11, NZA-RR 2014, 203 Rn. 32. Demgegenüber kritisch *Bauer/Arnold*, NZA 2009, 1169, 1171; *Greiner/Suhre*, NJW 2010, 131, 132 f.; *Hartmann/Lobinger*, NZA 2010, 421 ff.

⁴⁴³ BAG, Urt. v. 23.3.2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920 ff.

unzulässig seien, weil sie die Tarifmacht der Tarifparteien aus Art. 9 Abs. 3 GG überschritten.⁴⁴⁴ Außenseiter*innen dürfe die Gleichstellung mit Gewerkschaftsmitgliedern nicht unmöglich gemacht werden. Außerdem griffen Spannenklauseln unzulässig in die Arbeitsvertragsfreiheit sowohl der Arbeitgeber*in als auch der Außenseiter-Arbeitnehmer*innen ein.⁴⁴⁵ Die Auswirkung von Differenzierungsklauseln auf die Arbeitsvertragsfreiheit wurde in dem Urteil erstmals näher erläutert. 2015 ging es vor dem BAG dann um Stichtagsklauseln im Zusammenhang mit Transfer- und Sozialtarifverträgen zur Standortsicherung.⁴⁴⁶ Das Gericht hielt die interne Differenzierung zwischen den Gewerkschaftsmitgliedern mangels Verstoßes gegen die negative Koalitionsfreiheit oder den Gleichbehandlungsgrundsatz für wirksam.⁴⁴⁷ Bei Stichtagsklauseln gehe es vordergründig um die sachliche Rechtfertigung des konkreten Stichtags.⁴⁴⁸ 2018 lehnte das BVerfG ebenfalls einen Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit durch Stichtagsklauseln ab.⁴⁴⁹ Sie begründeten weder individuellen noch generalpräventiven, unzulässigen Zwang für die Außenseiter*innen; zudem sei die Arbeitsvertragsfreiheit nicht betroffen, unter anderem wegen der allen Tarifverträgen zugrundeliegenden Richtigkeitsvermutung.⁴⁵⁰ Streitig bleibt nach wie vor der Umfang, bis zu dem qualifizierte Differenzierungsklauseln zulässig sind, also noch keinen unzumutbaren Beitrittsdruck bewirken. Zur Zulässigkeit speziell von Tarifausschlussklauseln gab es bislang keine höchstrichterliche Entscheidung; nach der bisherigen Rechtsprechung spricht jedoch methodisch im Sinne eines Erst-Recht-Schlusses vieles für ihre Unwirksamkeit.⁴⁵¹

Parallel zur Rechtsprechung entwickelte sich auch in der Literatur eine lebhafte Debatte über die Zulässigkeit qualifizierter Differenzierungsklauseln. Seit jeher dreht sich die Diskussion maßgeblich um die Vereinbarkeit mit der (negativen)

⁴⁴⁴ BAG, Urt. v. 23.3.2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920, 923 Rn. 38 ff.

⁴⁴⁵ BAG, Urt. v. 23.3.2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920, 924 Rn. 41 f.

⁴⁴⁶ BAG, Urt. v. 15.4.2015 – 4 AZR 796/13, NZA 2015, 1388 ff.

⁴⁴⁷ BAG, Urt. v. 15.4.2015 – 4 AZR 796/13, NZA 2015, 1388, 1391 Rn. 25 ff.

⁴⁴⁸ BAG, Urt. v. 15.4.2015 – 4 AZR 796/13, NZA 2015, 1388, 1392 Rn. 35 f.; Rn. 42.

⁴⁴⁹ BVerfG, Beschl. v. 14.11.2018 – 1 BvR 1278/16, NZA 2019, 112 f.

⁴⁵⁰ BVerfG, Beschl. v. 14.11.2018 – 1 BvR 1278/16, NZA 2019, 112, 112 Rn. 5 ff.

⁴⁵¹ In dem Sinne *Bauer/Arnold*, NZA 2011, 945, 948 f.; *Hartmann/Lobinger*, NZA 2010, 421, 422 f.; *Kamanabrou*, FS Kreutz 2010, 197, 203; *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 2012, S. 47; *Pionteck*, Stärkung der Tarifautonomie, 2021, S. 133.

Koalitionsfreiheit,⁴⁵² während daneben die Arbeitsvertragsfreiheit zunehmende Bedeutung als Bewertungsgrundlage erlangt.⁴⁵³ Die Frage nach der Zulässigkeit von Differenzierungsklauseln ist „eng verzahnt“⁴⁵⁴ mit der Grundsatzdiskussion um die Tarifaufonomie, wie im Übrigen auch die bisherigen Fallgruppen: Je nachdem, ob man den Schwerpunkt auf die kollektiv ausgeübte Privataufonomie legt oder der Delegationstheorie folgt, begrüßt man die mit der Differenzierungsklausel einhergehende, faktischer Außenseiter*innenwirkung entweder oder steht ihr tendenziell skeptisch gegenüber. Manche Stimmen wollen als ausschlaggebendes Kriterium für einen hinreichenden Beitrittsdruck im Lichte der negativen Koalitionsfreiheit der Außenseiter*innen quantitative Überlegungen heranziehen, indem sie darauf abstellen, ob der monetäre Vorteil für die Gewerkschaftsmitglieder aufgrund der Differenzierungsklausel eine bestimmte Höhe überschreitet: Konkretisierend wird vorgeschlagen, dass Differenzierungsklauseln jedenfalls bei einem wirtschaftlichen Vorteil für die Gewerkschaftsmitglieder noch zulässig sein sollen, der die Höhe beispielsweise von einem⁴⁵⁵ oder zwei⁴⁵⁶ Jahresmitgliedschaftsbeiträgen nicht übersteigt. Das ist abhängig vom Einzelfall zu beurteilen, könnte aber schon dem Grunde nach im Widerstreit zum Verbot einer Tarifinhaltskontrolle stehen.⁴⁵⁷ Bei Annahme eines unzulässigen Eingriffs in die negative Koalitionsfreiheit verlagert sich die Diskussion auf die verfassungsrechtliche Rechtfertigung. Dabei gilt: „Je höher das Ausmaß der Differenzierung, desto größer sind die Hürden für die Rechtfertigung eines verfassungsrechtlichen Eingriffs.“⁴⁵⁸ Dem wird entgegengehalten, dass unabhängig vom Umfang der Vorteilsregelung stets die Arbeitsvertragsfreiheit der nichtorganisierten Arbeitnehmer*innen betroffen sei – auch

⁴⁵² *Bauer/Arnold*, NZA 2005, 1209, 1211; *Bauer/Arnold*, NZA 2009, 1169, 1173; *Däubler*, BB 2002, 1643, 1647 f.; *Giesen*, NZA 2004, 1317, 1318; *Kocher*, NZA 2009, 119, 122; *Waltermann*, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag in der auf Mitgliedschaft aufbauenden Tarifaufonomie, 2016, S. 45 ff.

⁴⁵³ *Franzen*, RdA 2006, 1, 5 f.; *Hartmann/Lobinger*, NZA 2010, 421 ff.; *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 2012, S. 194 ff.; *Pionteck*, Stärkung der Tarifaufonomie, 2021, S. 145 ff.; *Waltermann*, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag in der auf Mitgliedschaft aufbauenden Tarifaufonomie, 2016, S. 50 ff.

⁴⁵⁴ *Pionteck*, Stärkung der Tarifaufonomie, 2021, S. 127.

⁴⁵⁵ Vgl. *Greiner*, FS Willemsen 2018, 159, 160; *Greiner*, ZTR 2018, 628, 628 f.; *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 2012, S. 156; *Waltermann*, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag in der auf Mitgliedschaft aufbauenden Tarifaufonomie, 2016, S. 46.

⁴⁵⁶ Vgl. LAG Niedersachsen, Urt. v. 11.12.2007 – 5 Sa 914/07, BeckRS 2008, 52390, Rn. 35; *Däubler*, BB 2002, 1643, 1647.

⁴⁵⁷ *Preis/Greiner*, Kollektivarbeitsrecht, 5. Aufl. 2020, § 82 Rn. 180.

⁴⁵⁸ So überzeugend *Pionteck*, Stärkung der Tarifaufonomie, 2021, S. 143, der richtigerweise beklagt, dass sich das BAG insofern unzureichend mit der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung auseinandergesetzt hat.

im BAG-Urteil von 2011 stand die Arbeitsvertrags- vielmehr als die Koalitionsfreiheit der Außenseiter*innen im Vordergrund.⁴⁵⁹ Jedenfalls Tarifausschlussklauseln greifen in die Arbeitsvertragsfreiheit ein, denn sie beschränken die arbeitsvertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten und reduzieren die Chance der Außenseiter-Arbeitnehmer*in, eine entsprechende individualvertragliche Abrede auszuhandeln.⁴⁶⁰ Erneut verschiebt sich die Begründungslast auf die verfassungsrechtliche Rechtfertigung. Schließlich wird grundlegend beklagt, dass tarifliche Außenseiter*innen durch die Rechtsprechung zu Differenzierungsklauseln unabhängig vom Beitrittsdruck tatsächlich den Gewerkschaftsmitgliedern gegenüber schlechtergestellt würden.⁴⁶¹ Es sei widersprüchlich, einerseits die Richtigkeitsvermutung von Tarifverträgen auch auf die Grundrechtspositionen von Außenseiter*innen zu erstrecken und zugleich davon auszugehen, die Tarifparteien seien ihnen gegenüber schon solidarisch, andererseits aber die Außenseiter*innen mehr oder weniger im selben Atemzug als „Trittbrettfahrer“ zu schelten.⁴⁶² Das muss umso mehr gelten, als über die Verfassungserwartung hinaus den Tarifparteien keinerlei spezifische Verpflichtungen gegenüber den Außenseiter*innen erwachsen.⁴⁶³

Differenzierungsklauseln wirken rein faktisch auf die tariflichen Außenseiter*innen. Ihre Hauptzielrichtung sind die Arbeitsbedingungen der Gewerkschaftsmitglieder, die gerade nicht auf Außenseiter*innen erstreckt werden sollen, sondern ihnen soll die Teilhabe daran im Gegenteil verwehrt werden. Letztlich bewirken Differenzierungsklauseln damit weiterhin, dass die Arbeitsbedingungen der Außenseiter*innen faktisch Höchstarbeitsbedingungen sind, was möglicherweise gegen das tarifvertragliche Günstigkeitsprinzip aus § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG verstößt, dem

⁴⁵⁹ Das konstatieren *Pionteck*, Stärkung der Tarifautonomie, 2021, S. 132, und *Waltermann*, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag in der auf Mitgliedschaft aufbauenden Tarifautonomie, 2016, S. 26 f. Die Arbeitsvertragsfreiheit wird im Zusammenspiel mit dem Besserstellungsverbot unter Teil 2 C. II. näher betrachtet.

⁴⁶⁰ So *Breschendorf*, Zweiteilung der Belegschaft, 2009, S. 122; *Franzen*, RdA 2006, 1, 5 f.; *Hartmann/Lobinger*, NZA 2010, 421, 423; *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 2012, S. 197 f.

⁴⁶¹ *Greiner*, jM 2016, 66, 67; vgl. auch *Siegfanz-Strauß*, RdA 2015, 266, 268.

⁴⁶² So zu Stichtagsklauseln *Preis/Greiner*, Kollektivarbeitsrecht, 5. Aufl. 2020, § 82 Rn. 182. Zum so bezeichneten „Trittbrettfahrertum“ explizit *Gamillscheg*, NZA 2005, 146, 147; zum volkswirtschaftlichen Hintergrund aus rechtsökonomischer Perspektive *Seiwerth*, RdA 2014, 358, 360.

⁴⁶³ Vgl. *Pionteck*, Stärkung der Tarifautonomie, 2021, S. 135; zur Verfassungserwartung ausführlich *Seiwerth*, RdA 2017, 373, 375 ff.

zufolge Tarifverträge lediglich Mindestbedingungen normieren dürfen.⁴⁶⁴ Allein die Art und Weise, wie die alleinige Teilhabe der Gewerkschaftsmitglieder abgesichert wird, unterscheidet sich je nach gewählter Differenzierungsklausel. Vordergründiger Beweggrund für Differenzierungsklauseln ist, den Gewerkschaftsmitgliedern einen ökonomischen Vorteil zu verschaffen, der nicht gleichsam sämtlichen Beschäftigten unabhängig von der Gewerkschaftszugehörigkeit zugute kommt. Das wiederum mag Anreize für einen höheren Organisationsgrad der Beschäftigten bewirken.

Differenzierungsklauseln und der Umgang damit spielen eine entscheidende Rolle in der Auseinandersetzung mit der negativen Koalitionsfreiheit und ihrem Umfang; gerade im Hinblick auf das maßgebliche Kriterium des Beitrittsdrucks. Differenzierungsklauseln sind kein klassisches Beispiel der Außenseiter*innenbindung im Sinne der vorangestellten Fallgruppen, in denen über die Mitgliedschaft in der Gewerkschaft gerade hinweggesehen werden soll, um einheitliche Mindestarbeitsbedingungen zu gestalten. Vielmehr wird die Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft durch Differenzierungsklauseln mit zusätzlicher Bedeutung aufgeladen und zugleich die mitgliedschaftsbezogene Facette der Tarifautonomie betont. Als Argument dazu dient insbesondere, dass das TVG in §§ 4 Abs. 1, 3 Abs. 1 selbst davon ausgeht, nach der Tarifbindung zu differenzieren.⁴⁶⁵ Letztlich liegt auch der Debatte um Differenzierungsklauseln mithin die Grundsatzfrage zugrunde, inwiefern die Tarifautonomie richtigerweise zu charakterisieren ist. Im Gegensatz zu den bisherigen Fallgruppen ist die Rolle der Nicht-Gewerkschaftsmitglieder bei Differenzierungsklauseln vonseiten der Tarifparteien zunächst bloße Begleiterscheinung. Andersherum betrachtet: „Dass die Gewerkschaftsmitgliedern vorbehaltene Vorteilsregelung für Außenseiter nicht gilt, ist gewissermaßen Folge ihrer ausgeübten Freiheit, der Koalition fern zu bleiben.“⁴⁶⁶ Inwieweit die Folge (noch) als

⁴⁶⁴ So ursprünglich BAG, Beschl. v. 29.11.1967 – GS 1/67, BeckRS 1967, 31153920; dem Gedanken gegenüber kritisch bspw. *Neumann*, AP GG Art. 9 Nr. 147; *Waltermann*, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag in der auf Mitgliedschaft aufbauenden Tarifautonomie, 2016, S. 53 ff. Ausführlich zum Günstigkeitsprinzip unten Teil 2 C.

⁴⁶⁵ So bspw. BAG, Urt. v. 18.3.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028, 1034 Rn. 49, 55; *Däubler/Heuschmid*, RdA 2013, 1; *Franzen*, Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt, 2018, S. 21; *Pionteck*, Stärkung der Tarifautonomie, 2021, S. 35; *Waltermann*, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag in der auf Mitgliedschaft aufbauenden Tarifautonomie, 2016, S. 25, 45.

⁴⁶⁶ *Waltermann*, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag in der auf Mitgliedschaft aufbauenden Tarifautonomie, 2016, S. 46 mit Verweis auf *Kamanabrou*, FS Kreutz 2010, 197, 209; *Leydecker*,

rechtlich zulässig zu bewerten ist, ist wie so oft eine Abwägungsfrage, bei der sowohl die konkrete Ausgestaltung der Differenzierungsklausel als auch das Grundverständnis von der Tarifautonomie berücksichtigt werden müssen.

2. Zusammenfassende Stellungnahme

Dass die Geltung von Tarifnormen auf tarifliche Außenseiter*innen erstreckt wird, ist in Anbetracht der geschilderten Fallgruppen keinesfalls eine Ausnahme, sondern inzwischen vielmehr ein eigenständiger Bestandteil des Tarifrechts im weiteren Sinne. Die Konstellationen widersprechen durch ihre Wirkung gegenüber Nichtorganisierten auf den ersten Blick teilweise dem (schon an und für sich nicht unumstrittenen) Leitbild der kollektiv ausgeübten Privatautonomie als Geltungsgrund des Tarifrechts. Sie setzen regelmäßig an dem im jeweiligen Tarifvertrag anvisierten Interessenausgleich zwischen Arbeitnehmer*in und Arbeitgeber*in an; der Schutz der Arbeitnehmer*innen ist regelmäßig Rechtfertigungsgrund für die Drittwirkung. Je nach Fallgruppe wird das Ergebnis des tariflichen Interessenausgleichs auf unterschiedliche Weise übernommen, teilweise mit außertarifrechtlicher Legitimation. In Anbetracht der praktisch weitreichenden Regelungsbefugnisse der Tarifparteien, die vermehrt auch über den Wirkungsbereich der eigenen Mitglieder hinausreichen, stellt sich die Frage, ob den Tarifparteien im Bereich des Arbeitslebens gar eine umfassende Gestaltungsaufgabe obliegt. Das BAG meinte einst, „dass die Arbeitsverfassung der Bundesrepublik nach ihren rechtlichen Rahmenbedingungen und im Verständnis der Rechtsprechung auf einer umfassenden Regelungsaufgabe der Tarifvertragsparteien aufbaut, die sich auf die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer richtet, die in demjenigen Ausschnitt des Arbeitslebens beschäftigt sind, für den die Verbände in ihren Satzungen ihre sachliche Zuständigkeit in Anspruch nehmen.“⁴⁶⁷ Das würde dazu führen, dass die Anwendung von Tarifnormen auf Außenseiter*innen weniger als Durchbrechung der Tarifautonomie anzusehen wäre, sondern vielmehr als ihre effektive Verwirklichung. Die Auswirkung von Tarifnormen auf Nichtmitglieder würde keiner speziellen Rechtfertigung bedürfen – ihre Legitimation käme ihnen in erster Linie aufgrund der Organstellung der Koalitionen zu.

Der Tarifvertrag als exklusives Gut, 2005, S. 193; sowie (zu einfachen Differenzierungsklauseln) Neumann, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 2012, S. 157 f.

⁴⁶⁷ BAG, Urt. v. 18.3.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028, 1035.

Für eine derart umfassende Gestaltungsaufgabe der Tarifvertragsparteien spricht aus teleologischen Gesichtspunkten, dass den Tarifnormen aufgrund des Kräftegleichgewichts von Gewerkschaft und Arbeitgeber*innenverband eine Angemessenheitsvermutung, auch als Richtigkeitsgewähr bezeichnet, zuteil wird. Gemäß dieser Vermutung kann bei Tarifverträgen grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass deren Regelungen „richtig“ sind, weil die Interessen beider Seiten sachgerecht zum Ausgleich gebracht werden: „Ein objektiver Maßstab, nach dem sich die Richtigkeit besser beurteilen ließe, existiert nicht“,⁴⁶⁸ befand das BVerfG. Geht man von einer derart extensiven Richtigkeitsgewähr aus, würde das bedeuten, dass selbst der staatliche Gesetzgeber keine angemesseneren Regelungen für das Arbeitsleben treffen könnte. Dann könnte es grundsätzlich unmittelbar und umfassend den Tarifvertragsparteien überlassen sein, konkrete Arbeitsbedingungen für sämtliche Arbeitnehmer*innen und Arbeitgeber*innen umfassend zu regeln, unabhängig von ihrer Tarifbindung. Dieser Schlussfolgerung kann im Ergebnis aber nicht bedingungslos gefolgt werden. Zum einen ergeben sich aus dem Demokratieprinzip Zweifel; zum anderen besteht neben Art. 9 Abs. 3 GG eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG. Die Legitimation der Regelungswirkung gegenüber den tariflichen Außenseiter*innen bleibt also zweifelhaft. Außerdem spielen in Verbindung damit auch die oben geschilderten Erwägungen zur tariflichen Selbstbestimmung eine maßgebliche Rolle. Aufgrund der Richtigkeitsgewähr kann zwar daran festgehalten werden, dass die Tarifautonomie der Koalitionen im Ausgangspunkt sehr weitreichend gewährleistet werden muss. Die Richtigkeitsvermutung kann aber nichtsdestotrotz nur für den von den jeweiligen Verbänden unmittelbar vertretenen Personenkreis gelten, denn „auch ein regelmäßig allgemeinverträglicher Charakter des Verbandshandelns [kann] nicht zu der generellen Annahme berechtigen, dass die Koalitionen beim Abschluss eines Tarifvertrags die potentiell abweichenden Interessen von Außenseitern oder Belange der Allgemeinheit berücksichtigen“.⁴⁶⁹ Auch die Tarifparteien kennen keine Alternativzustände oder die Richtigkeit ihrer normativen Maßstäbe, sodass auch sie nicht notwendigerweise höheres Wissen über sinnvolle Arbeitsbedingungen haben.⁴⁷⁰

⁴⁶⁸ BVerfG, Urt. v. 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, 1 BvR 1588/15, 1 BvR 2883/15, 1 BvR 1034/16, 1 BvR 1477/16, NZA 2017, 915, 918.

⁴⁶⁹ *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit, 2014, S. 165 m.w.N. In die Richtung auch *Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, 2005, S. 113.

⁴⁷⁰ Vgl. *Rieble*, EuZA 2012, 496, 498.

Zudem kann bezweifelt werden, ob es eine dahingehende „objektive Richtigkeit“ überhaupt gibt. Vielmehr geht es stets um die Abwägung widerstreitender Interessen, die zu einem möglichst gerechten Ausgleich gebracht werden soll. Im Einzelfall mag sich das „richtige“ Abwägungsergebnis aber unterscheiden. Mithin muss jede Durchbrechung oder, mit anderen Worten, Überschreitung der Tarifautonomie sorgfältig dahingehend geprüft werden, ob sie gegen arbeits- und verfassungsrechtliche Maßstäbe verstößt. Würde Koalitionen hinsichtlich der Arbeitsbedingungen sämtlicher Beschäftigten freie Hand gelassen, würde ihnen das Gemeinwohl „überantwortet“, ohne dass eine staatliche Kontrolle der dann quasi-staatlich handelnden Instanz bestünde.⁴⁷¹ Wenn schon die Staatsaufsicht fehlt, müssten aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten jedenfalls ausreichende andere Rechtssicherheitsgarantien sichergestellt werden.⁴⁷² Daraus folgt, dass eine „unbeschränkte Überlassung von Normsetzungsaufgaben von vornherein unmöglich ist“.⁴⁷³ Fest steht: Es gibt kein singuläres oder einheitliches Verfahren, wie Tarifnormen auf Nichtmitglieder erstreckt werden können. Umso wichtiger ist die fallgruppenbezogene Beurteilung, ob die Gestaltungsmacht für Fälle, in denen die Koalitionen drittwirkende Regelungen schaffen, hinreichend rechtsstaatlich abgesichert ist. Wie die geschilderten Konstellationen zeigen, kann das beispielsweise durch zwischengeschaltete staatliche oder privatautonome Kontrolle der Normanwendung geschehen. Die historische Entwicklung der Fallgruppen, in denen fremde Tarifverträge auf Außenseiter*innen erstreckt werden, reicht von der ursprünglich als einziges Instrument vorgesehenen Allgemeinverbindlicherklärung bis hin zu alternativen, „weicheren“ Verfahren wie insbesondere Tariftreueerklärungen.⁴⁷⁴ Die faktische Gestaltungsaufgabe der Tarifvertragsparteien wurde über die Zeit erheblich erweitert, indem neue Instrumente zur Dritterstreckung geschaffen wurden. Parallel dazu war ein rückläufiger Organisationsgrad der Arbeitnehmer*innen und Arbeitgeber*innen in Deutschland zu beobachten.⁴⁷⁵ Zu beklagen ist deshalb in erster Linie, dass die Diskussion über die materiellen Rechtfertigungsvoraussetzungen der

⁴⁷¹ Vgl. *Arnold*, Betriebliche Tarifnormen und Außenseiter, 2007, S. 234.

⁴⁷² *Zöllner*, RdA 1962, 453, 456.

⁴⁷³ *Zöllner*, RdA 1962, 453, 457.

⁴⁷⁴ Vgl. *Bayreuther*, NZA 2008, 626, 628.

⁴⁷⁵ *Kohaut*, Tarifbindung geht in Westdeutschland weiter zurück, in: IAB-Forum, 13.5.2020, <https://www.iab-forum.de/tarifbindung-geht-in-westdeutschland-weiter-zurueck/>, zuletzt aufgerufen am 20.7.2021; *Deutscher Gewerkschaftsbund*, Tarifbaustelle Deutschland, in: einblick 29.10.2019, <https://www.dgb.de/themen/++co++1b8ecfc6-fa25-11e9-9a8b-52540088cada>, zuletzt aufgerufen am 20.7.2021.

Außenseiter*innenerfassung nicht parallel zur Ausweitung der Drittwirkung erstarkt ist.⁴⁷⁶ Die arbeitsrechtliche Debatte dreht sich vielmehr um die Stärkung der Wirkungen der „tarifautonomen“ Rechtsgestaltung, als um die nötigen Anreize, die auf der tatsächlichen Mitgliedschaft in Koalitionen beruhende Tarifautonomie zu erweitern.⁴⁷⁷

Die Frage nach der Legitimität einer umfassenden Gestaltungsaufgabe der Koalitionen steht letztlich im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Verständnis der Tarifautonomie und damit zusammenhängend der negativen Koalitions- und Tarifvertragsfreiheit. Im Sinne der obigen Auseinandersetzung bestätigt sich: Die tarifliche Selbstbestimmung wird aus Sicht der Außenseiter*innen nicht hinreichend geschützt, wenn sich ihr Schutz auf ein Fernbleiberecht im Sinne der negativen Koalitionsfreiheit beschränkt. Ob die Außenseiter*innen aber überhaupt tatsächlich schutzbedürftig sind, hängt wiederum von mehreren Faktoren ab: So unterscheiden sich die Auswirkungen der genannten Konstellationen jeweils aus Arbeitgeber*innen- und Arbeitnehmer*innenperspektive; ebenso wie die verbleibenden Möglichkeiten zur tariflichen oder arbeitsvertraglichen Selbstbestimmung. Maßgebend ist zudem, ob die tariflich erstreckten Normen allein Mindestbedingungen darstellen. Bejaht man im Einzelfall dann tatsächlich die Schutzbedürftigkeit, kommt es auf die Rechtfertigung und Ausgestaltung der Außenseiter*innenerstreckung an. Dabei sind die Erwägungen zur negativen Koalitionsfreiheit und der Vertragsfreiheit, die für das Arbeitsverhältnis auch in Art. 12 Abs. 1 GG verankert ist, das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip, sowie möglicherweise die europarechtliche Komponente der Vertrags- und Vereinigungsfreiheit einzubeziehen. Von der Gesamtbetrachtung hängt ab, ob es im Einzelfall tatsächlich gewährleistet sein muss, sich soweit möglich der Machtsphäre des Verbandes entziehen zu können, sodass man realistisch in der Lage ist, außerhalb dessen Rechtsetzungsbereichs zu verbleiben.⁴⁷⁸ Ansonsten würden die aktuellen Entwicklungen tatsächlich immer mehr auf eine umfassende Gestaltungsaufgabe der Koalitionen auch gegenüber Außenseiter*innen hinauslaufen, die vor dem Hintergrund des erwähnten rückläufigen Organisationsgrades umso schwerer wiegt. Fest steht in jedem Fall, dass die Außenseiter*innenerfassung stets einer Rechtfertigung bedarf,

⁴⁷⁶ *Bayreuther*, NZA 2008, 626, 628.

⁴⁷⁷ *Waltermann*, RdA 2018, 137, 138. S. dazu auch die zusammenfassende Stellungnahme unter Teil 2 B. III. 3. sowie grundlegend *Pionteck*, Stärkung der Tarifautonomie, 2021.

⁴⁷⁸ Vgl. *Zöllner*, RdA 1962, 453, 458, dem zufolge das ohnehin wesentlicher Gewährleistungsinhalt der negativen Koalitionsfreiheit sei.

zumal sie sich immer mehr „von der auf Mitgliedschaft beruhenden Tarifautonomie wegbewegt“⁴⁷⁹, versteht man sie als auf kollektiver Selbstorganisation beruhend, wie in Verfassung und Tarifrecht angelegt.⁴⁸⁰

Zugunsten der nachfolgenden Einordnung des Besserstellungsverbots im System des Tarifrechts ist festzuhalten, welcher rote Faden den geschilderten Durchbrechungen der tariflichen Selbstbestimmung im Ergebnis zugrunde liegt. Die Feststellung gestaltet sich aufgrund der vielfältigen Sachverhalte äußerst kompliziert. Ausgehend von der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen als ursprünglich vorgesehenem Instrument der Tarifierstreckung auf Außenseiter*innen werden grundsätzlich hohe Anforderungen an Verfahren und Transparenz gestellt. § 5 TVG dient regelmäßig als Paradebeispiel und Maßstab für die zulässige Dritterstreckung von Tarifverträgen, wie beispielsweise die Bezugnahme darauf im BGH-Urteil zum Berliner Tariftreuegesetz oder der Beschluss des BVerfG zum Bergmannversorgungsschein zeigen. Durch die normative Geltung der Tarifnormen allgemeinverbindlicher Tarifverträge ist die Auswirkung für Außenseiter*innen besonders stark. Gleiches gilt für betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Normen im Sinne von § 3 Abs. 2 TVG, deren Anwendungsbereich nicht zu unterschätzen ist. Normativ wirken ferner die Rechtsverordnungen nach AEntG und AÜG, die jedoch nicht einen gesamten Tarifvertrag, sondern lediglich einzelne tarifliche Regelungen wiedergeben. Auch hierbei ist die Dritterstreckung dadurch zusätzlich legitimiert, dass die Exekutive als staatliche Instanz für den Verordnungserlass verantwortlich ist und deshalb zwangsläufig den entsprechenden Tarifvertrag inhaltlich absegnen muss. Die vertragliche Bezugnahme auf einen Tarifvertrag ist hingegen eine rein schuldrechtliche, zwischen den unmittelbaren Arbeitsvertragsparteien vereinbarte Art der Selbstunterwerfung unter Tarifnormen und damit streng genommen keine Durchbrechung der Tarifautonomie. Vielmehr ist sie eine Parallelentwicklung, die vermutlich zugleich Reaktion auf, als auch mitursächlich für, den rückläufigen Organisationsgrad ist. Anders steht es um die Wirkung dynamischer Bezugnahmeklauseln nach Betriebsübergang: In § 613a Abs. 1 S. 1 BGB ist gesetzlich vorgesehen, dass die Dynamik von Bezugnahmeklauseln auch gegenüber der

⁴⁷⁹ Waltermann, RdA 2018, 137, 138.

⁴⁸⁰ Waltermann, ZfA 2020, 211, 228.

Betriebserwerber*in, die in die Arbeitsverhältnisse eintritt, gilt. Was mit dem Betriebserwerb als freiwillige Handlung beginnt, bewirkt aufgrund gesetzlicher Anordnung eine weitreichende schuldrechtliche Bindung an für die Erwerber*in möglicherweise unbeeinflussbare Tarifnormen. Schließlich wurden die Instrumente der Dritterstreckung um einen „Graubereich“ der Tariftreue ergänzt. Die recht hohen Anforderungen der staatlichen Geltungserstreckung werden dabei gewissermaßen umgangen, indem die öffentliche Auftragnehmer*in normativ zur Selbstunterwerfung unter bestimmte Tarifnormen verpflichtet wird. Konstitutive Tariftreueerklärungen sind deshalb ein Sonderfall im Rahmen der genannten Konstellationen, weil sie keine gesetzliche Normwirkung anordnen.⁴⁸¹ Auf andere Art ein Sonderfall sind zudem Differenzierungsklauseln, die weder staatlich noch durch die Arbeitsvertragsparteien, sondern von den Tarifparteien normiert werden und Außenseiter*innen gerade nicht einbeziehen, sondern die eigenen Mitglieder ihnen gegenüber abgrenzen wollen. Das geschieht durch vorteilhafte Arbeitsbedingungen, in deren Genuss nur die Gewerkschaftsmitglieder kommen sollen. Das erzeugt regelmäßig zugleich eine faktische Obergrenze für die Arbeitsbedingungen der Außenseiter*innen.

Erneut besonders hervorzuheben für jegliche Einbeziehung tariflicher Außenseiter*innen sind mithin die obengenannten Kriterien der Qualität der staatlichen Mitwirkung, die Vermeidbarkeit der Drittwirkung, die Absicherung der inhaltlichen Ausgewogenheit sowie die Unmittelbarkeit der Wirkung. Dies ist entscheidend, um festzustellen, wann ein Verstoß gegen die Tarifautonomie unzulässig ist. Die in der Praxis anerkannten Konstellationen messen deren Verwirklichung unterschiedliche Bedeutung zu und werden unterschiedlich legitimiert. Selbst wenn man die Verfassungsmäßigkeit der genannten Fallgruppen weiterhin unterstellt, ist es sinnvoll, mithilfe ihrer Orientierung einen ganzheitlichen Blick auf die negative Seite der Tarifautonomie zu werfen. Die entwickelten Maßstäbe können vor dem Hintergrund von Art. 9 Abs. 3 GG, Art. 12 Abs. 1 GG und damit zusammenhängenden zivilrechtlichen Erwägungen dazu beitragen, weitere tarifbezogene Außeneinwirkungen vergleichend zu beurteilen.

⁴⁸¹ Hartmann, Negative Tarifvertragsfreiheit, 2014, S. 35 ff., 46 Fn. 192.

III. Einordnung des Besserstellungsverbots

Vor dem Hintergrund der geschilderten Grunderwägungen zur tariflichen Selbstbestimmung ergeben sich einige Schnittstellen mit dem zuwendungsrechtlichen Besserstellungsverbot. Indem das Besserstellungsverbot einen Tarifvertrag, namentlich den TVöD, als zwingenden Maßstab heranzieht, wird die privatautonome Selbstbestimmung in dem Bereich geradezu verhindert. Da es unter gewissen Voraussetzungen zulässig sein kann, Dritte in den Anwendungsbereich eines Tarifvertrags einzubeziehen, kann systematisch-vergleichend festgestellt werden, inwiefern das Besserstellungsverbot mit den grob umrissenen Grundprinzipien der Tarifautonomie konform ist.

1. Berührungs- und Konfliktpunkte mit der tariflichen Selbstbestimmung

Das Besserstellungsverbot erklärt tarifvertragliche Normen, namentlich diejenigen des TVöD, als Obergrenze für sämtliche Arbeitsbedingungen der Zuwendungsempfänger*in. Das gilt für die betroffenen Arbeitgeber*innen und ihre Beschäftigten unabhängig von einer Koalitionsmitgliedschaft. Fraglich ist deshalb zunächst, inwieweit die selbstbestimmte Nutzung tarifvertraglicher Regelungsinstrumente im Anwendungsbereich des Besserstellungsverbots möglich bleibt. Insbesondere der Beitritt von Arbeitnehmer*in und Zuwendungsempfänger*in zu den Tarifparteien eines anderen Tarifvertrags würde dazu führen, dass der entsprechende Tarifvertrag wegen seines Rechtsnormcharakters gegenüber dem Besserstellungsverbot vorrangig wäre.⁴⁸² Grundsätzlich wird jedoch ohnehin keine Zuwendung bewilligt, wenn seitens der Arbeitgeber*in bereits eine Tarifbindung an einen anderen Tarifvertrag besteht, der gegenüber dem TVöD eine Besserstellung bewirkt.⁴⁸³ Aufgrund der zu befürchtenden zuwendungsrechtlichen Konsequenzen⁴⁸⁴ wird den Zuwendungsempfänger*innen also faktisch unmöglich gemacht, anderweitig tariflich tätig zu werden. Damit wird die tarifliche Selbstbestimmung der beteiligten Arbeitsvertragsparteien erheblich eingeschränkt. Fraglich ist deshalb, ob das Besserstellungsverbot mit der Tarifautonomie vereinbar ist. Als Referenzpunkt bietet sich ein Vergleich mit den tarifrechtlichen Mitteln der Erstreckung von Tarifverträgen

⁴⁸² *Krämer/Schmidt*, Zuwendungsrecht, 154. Aktual. 2021, D XI Rn. 94 ff.

⁴⁸³ BReg-Drs. 16/4305, 2. Dazu auch unten Teil 3 A.

⁴⁸⁴ Dazu unten Teil 3 B. I.

auf Außenseiter*innen an. Zunächst ist ein diametraler Unterschied zwischen der tarifrechtlichen Geltungserstreckung und den Auswirkungen des zuwendungsrechtlichen Besserstellungsverbots zu betonen: Bis auf Differenzierungsklauseln setzen sämtliche tarifrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten die tariflichen Regelungen als Untergrenze fest,⁴⁸⁵ wohingegen das Besserstellungsverbot die Arbeitsbedingungen des TVöD als Obergrenze normiert. Gerade bei zweckbezogener Betrachtung gibt es deshalb erhebliche Wertungsunterschiede, weil weder der Schutz der Arbeitnehmer*innen noch anderweitige sozialpolitische Zwecke unmittelbar der Rechtfertigung des Besserstellungsverbots dienen können. Zur Systematisierung der tarifvertraglichen Geltungserstreckung auf der einen und der Wirkung des Besserstellungsverbots auf der anderen Seite soll vergleichend untersucht werden, wie sich die jeweilige Regelung auf das Arbeitsverhältnis auswirkt, ob die jeweilige Norm für die Außenseiter*in begünstigend oder belastend ist, was Zweck der Außenseiter*innengeltung im Einzelfall ist und letztlich die Frage, ob die Tarifnorm aus sich heraus oder erst durch staatliche Geltungserstreckung Drittwirkung entfaltet.⁴⁸⁶ Außerdem werden die Beteiligungs- und Rechtsschutzmöglichkeiten sowie die Transparenzerfordernisse der drittwirkenden Regelungsmechanismen verglichen.

a) Vergleich mit Allgemeinverbindlicherklärung

Während die Allgemeinverbindlicherklärung im Sinne von § 5 TVG die normative Wirkung eines Tarifvertrags auf eine gesamte Branche unabhängig von der Tarifbindung der betroffenen Arbeitgeber*innen und ihrer Beschäftigten erstreckt, stellt das Besserstellungsverbot auf verwaltungsrechtlicher Ebene für die jeweilige Zuwendungsempfänger*in einen inhaltlichen Bezug zum TVöD her. Der TVöD gilt über das Besserstellungsverbot anders als ein allgemeinverbindlicher Tarifvertrag nicht unmittelbar und normativ, sondern allein über den Verwaltungsakt mittelbar als Obergrenze für sämtliche Arbeitsbedingungen. Schon die rechtliche Wirkweise ist mithin grundverschieden. Früher war zwar umstritten, welche Rechtsnatur der Allgemeinverbindlicherklärung zukommt⁴⁸⁷ – unter anderem wurde vertreten, dass es

⁴⁸⁵ Das ergibt sich insbesondere aus dem tarifrechtlichen Günstigkeitsprinzip; dazu sogleich unter Teil 2 C.

⁴⁸⁶ Angelehnt an die Kriterien von *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit, 2014, S. 43.

⁴⁸⁷ BVerfG, Beschl. v. 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, NJW 1977, 2255, 2255 f.

sich um einen Verwaltungsakt handle.⁴⁸⁸ Auch das Besserstellungsverbot wirkt gegenüber jeder Zuwendungsempfänger*in wie erwähnt über den jeweiligen Zuwendungsbescheid als Verwaltungsakt, in dem es darin als Auflage formuliert ist. Allerdings setzte sich die Auffassung, dass die Allgemeinverbindlicherklärung ein Verwaltungsakt sei, nicht durch. Verwaltungsakte entfalten anders als der für allgemeinverbindlich erklärte Tarifvertrag zum einen gerade keine normative Wirkung. Zum anderen legt die Behörde mit der Allgemeinverbindlicherklärung weder gegenüber den Tarifvertragsparteien noch gegenüber einzelnen Arbeitgeber*innen oder Arbeitnehmer*innen eine individuelle Rechtsfolge im Sinne von § 35 S. 1 VwVfG fest. Somit käme ohnehin nur eine Allgemeinverfügung als besondere Form des Verwaltungsakts gemäß § 35 S. 2 VwVfG in Betracht.⁴⁸⁹ Allerdings fallen auch solche Arbeitsverhältnisse unter den allgemeinverbindlichen Tarifvertrag, die nach der Allgemeinverbindlicherklärung abgeschlossen wurden, weshalb der Personenkreis im Zeitpunkt des Erlasses nicht objektiv bestimmbar im Sinne von § 35 S. 2 VwVfG ist.⁴⁹⁰ Dass die Allgemeinverbindlicherklärung gerade nicht (mehr) als Verwaltungsakt eingeordnet wird, hängt also eng mit ihrer Entstehung und Wirkung zusammen und zeigt deutlich die Andersartigkeit der rechtlichen Konstruktion von Allgemeinverbindlichkeit und Besserstellungsverbot. Gemeinsam ist beiden Instrumenten nichtsdestotrotz, dass tariflichen Außenseiter*innen unabhängig von einer etwaigen privatautonomen Entscheidung die Vorgaben eines fremden Tarifvertrags auferlegt werden.

Zusätzlich ergeben sich im Rahmen des Anwendungsbereichs Unterschiede zwischen der Allgemeinverbindlicherklärung und dem Besserstellungsverbot. Allgemeinverbindliche Tarifverträge wirken im tarifvertraglich vorgesehenen Geltungsbereich, während das Besserstellungsverbot im Ergebnis zwar zuwendungsgebunden, aber ungeachtet des tarifvertraglichen Geltungsbereichs eine branchenunabhängige, faktische Bindung an den TVöD erzeugt. Interessant ist zudem im Vergleich, inwiefern tariflichen Außenseiter*innen möglich bleibt, durch den Beitritt zu einer Koalition tariflich aktiv zu werden. Tariffreie Arbeitgeber*innen und

⁴⁸⁸ BVerfG, Beschl. v. 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 338 m.w.N.; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht, Bd. II/1, 1967, S. 659 f. unter Verweis auf die Voraufgabe und m.w.N.

⁴⁸⁹ Vgl. BVerwG, Urt. v. 6.6.1958 – VII CB 187/57, NJW 1958, 1794, 1795.

⁴⁹⁰ BVerwG, Urt. v. 6.6.1958 – VII CB 187/57, NJW 1958, 1794, 1795.

Beschäftigte werden bei beiden Regelungsinstrumenten de facto vom Einflussbereich eines Tarifvertrags erfasst, ohne an ihn tarifgebunden zu sein. Im Geltungsbereich eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrags können Tariffreie keinerlei Vorteile mittels eines Lohnwettbewerbs daraus schöpfen, der jeweiligen Koalition des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags fernzubleiben, weil sie ohnehin über § 5 Abs. 1 TVG normativ an ihn gebunden sind. Treten sie dennoch einer anderen Koalition bei, die im selben Geltungsbereich tätig ist, ist die Tarifkollision nach allgemeinen Grundsätzen aufzulösen, sodass der speziellere Tarifvertrag Vorrang vor dem allgemeinverbindlichen genießt.⁴⁹¹ Etwas anderes gilt nur gemäß § 5 Abs. 4 S. 2 TVG für allgemeinverbindliche Tarifverträge im Sinne von § 5 Abs. 1a TVG. Im Rahmen des Besserstellungsverbots ist es für die Zuwendungsempfänger*innen und ihre Beschäftigten hingegen nur möglich, solchen Koalitionen beizutreten, deren Tarifverträge Arbeitsbedingungen unterhalb des Niveaus des TVöD vorsehen. Alles andere würde gegen die zuwendungsrechtlichen Vorgaben verstoßen. Faktisch ist es den Betroffenen also in beiden Szenarien möglich, anderweitig tarifrechtlich aktiv zu werden. Die Effektivität einer solchen tariflichen Betätigung ist jedoch insbesondere unter Geltung des Besserstellungsverbots freilich stark beschränkt.

Zudem unterscheidet sich die Zwecksetzung beider Instrumente. Die Allgemeinverbindlicherklärung dient vordergründig dem sozialen Schutz, indem sie sicherstellt, dass auch für nicht tarifgebundene Arbeitnehmer*innen angemessene Arbeitsbedingungen herrschen, also beispielsweise indem sie untertarifliche Bezahlung verhindert.⁴⁹² Das wird durch das Besserstellungsverbot gerade nicht bewirkt, weil es den TVöD als Obergrenze festlegt. Eine untertarifliche Zahlung ist ohne Weiteres möglich; nur die übertarifliche Entlohnung wird verboten. Es geht also nicht darum, angemessene Arbeitsbedingungen für die Beschäftigten von Zuwendungsempfänger*innen zu gewährleisten. Vielmehr sollen durch das Besserstellungsverbot der Staat und sein Haushalt geschützt werden; ersterer vor Konkurrenz durch private, aber zuwendungsfinanzierte Unternehmen, letzterer vor allzu großen Ausgaben entgegen der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und

⁴⁹¹ Vgl. BeckOK ArbR/*Giesen*, 60. Ed. 2021, § 5 TVG Rn. 27; *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 5 Rn. 324.

⁴⁹² Vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, NJW 1977, 2255, 2256.

Sparsamkeit. Anderweitige Gemeinwohlbelange spielen für das Besserstellungsverbot keine Rolle.

Als weiterer Vergleichsmaßstab können die Anforderungen dienen, die an die Allgemeinverbindlicherklärung gestellt werden. Für die Erklärung der Allgemeinverbindlichkeit ist gemäß § 5 Abs. 1 TVG ein Antrag der Tarifparteien sowie das Einvernehmen eines paritätischen Tarifausschusses erforderlich. Dadurch müssen zwangsläufig verschiedene Interessen gehört, wenn auch nicht zwingend berücksichtigt werden. Zudem muss der Tarifvertrag in seinem Geltungsbereich für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen überwiegende Bedeutung erlangt haben, beispielsweise durch einen hohen Anteil tarifgebundener Arbeitgeber*innen in der Branche. Der Gesetzgeber entwickelte mit § 5 TVG schon vor Jahrzehnten ein ausdifferenziertes Verfahren zur Geltungserstreckung, das ein Zusammenspiel verschiedener Legitimationsebenen vorsieht: „Sowohl die Mitwirkung der Koalitionen und des diese repräsentierenden Tarifausschusses als auch die Beteiligung des Staates sind notwendig, um die Außenseiter dem Tarifvertrag zu unterwerfen.“⁴⁹³ Die Voraussetzungen für die Allgemeinverbindlicherklärung wurden zwar gelockert, doch man kann aus den nach wie vor hohen Hürden schließen, dass die Tarifautonomie der ursprünglichen Konzeption nach nur in besonderen Ausnahmefällen und unter Einbeziehung konträrer Interessenparteien beschränkt werden sollte. Deshalb betonte das BVerfG in seiner Entscheidung zu § 5 TVG, dass die Einbeziehung von Außenseiter*innen zusätzlichen Rechtfertigungsbedarf auslöst.⁴⁹⁴ Im Gegensatz dazu wird im Rahmen des Besserstellungsverbots keine außerstaatliche Partei in die Entscheidung über die tarifliche Geltungserstreckung einbezogen. Die Geltung des Verbots wird vielmehr über § 8 Abs. 2 HG Bund sowie die Verwaltungsvorschriften und den jeweiligen Verwaltungsakt einseitig ohne vorangehende Kontrollinstanz für grundsätzlich jede Zuwendungsbewilligung festgelegt. Die Verbreitung des TVöD in der Branche oder dem betroffenen Unternehmen ist für das Besserstellungsverbot an sich irrelevant; die Bindung an andere Tarifverträge kann jedoch im Voraus bereits (negativen) Einfluss auf das „Ob“ der Zuwendungsbewilligung haben. Den staatstragenden haushaltsrechtlichen Zwecken des Besserstellungsverbots wird eine

⁴⁹³ BVerfG, Beschl. v. 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, NJW 1977, 2255, 2257.

⁴⁹⁴ BVerfG, Beschl. v. 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, NJW 1977, 2255, 2258.

derart hohe Bedeutung zugemessen, dass der Schutz tariflicher Außenseiter*innen in dem Zusammenhang nicht thematisiert wird, obwohl die Rechtsprechung zur Allgemeinverbindlicherklärung dessen Notwendigkeit hervorhebt.

Schließlich wird die Erklärung der Allgemeinverbindlichkeit eines Tarifvertrags aus Transparenzgründen gemäß § 11 S. 1 TVGDV im Bundesanzeiger öffentlich bekanntgemacht. Während es früher ausreichte, die bloße Tatsache der Allgemeinverbindlicherklärung bekanntzugeben, muss inzwischen auch der Inhalt des entsprechenden Tarifvertrags publik gemacht werden, vgl. § 5 Abs. 7 S. 2 TVG, sonst ist die Allgemeinverbindlicherklärung unwirksam.⁴⁹⁵ Das BVerfG stellte schon 1977 fest, dass in der Praxis ein berechtigtes Bedürfnis an Publizitätsvorschriften hinsichtlich der Allgemeinverbindlicherklärung bestünde;⁴⁹⁶ die heutige Formulierung als Wirksamkeitsvoraussetzung unterstreicht die Bedeutung der Veröffentlichung. Die Gewährleistung von Transparenz ist ohnehin ein wichtiger Grundpfeiler des Privatrechts, wie schon das Transparenzgebot aus § 307 Abs. 1 S. 2 BGB beweist, das gemäß § 310 Abs. 4 S. 2 BGB auf Arbeitsverhältnisse anwendbar ist. Das Besserstellungsverbot ist im Gegensatz dazu nur dahingehend „einsehbar“, als es abstrakt im Haushaltsgesetz und in Verwaltungsvorschriften normiert ist; konkret findet es seinen Niederschlag gegenüber der Zuwendungsempfänger*in im zuwendungsbewilligenden Verwaltungsakt. Die Normen des TVöD, der als Maßstab dient, werden darin nicht weiter aufgeführt. Aus Sicht der betroffenen Arbeitnehmer*innen, die die Zuwendungsempfänger*in beschäftigt, ist deshalb ein eindrücklicher Mangel an Transparenz zu beklagen: Es besteht keinerlei Verpflichtung der Zuwendungsempfänger*in, ihren Beschäftigten offenzulegen, dass das Besserstellungsverbot für ihr Arbeitsverhältnis (mittelbar) gilt. Dass die Arbeitnehmer*innen aus der möglichen Kenntnis von der Finanzierung des Unternehmens durch staatliche Zuwendungen auf die Geltung des Besserstellungsverbots schließen könnten, stellt unrealistisch hohe Anforderungen an sie. Wer nicht über Hintergründe und Zwänge der Arbeitgeber*in bezüglich der Arbeitsbedingungen informiert ist, hat sowohl eine schlechtere Verhandlungsposition als auch unzureichende Kenntnis über das damit zusammenhängende, zusätzliche

⁴⁹⁵ ErfK/*Franzen*, 21. Aufl. 2021, § 5 TVG Rn. 24; BeckOK ArbR/*Giesen*, 60. Ed. 2021, § 5 TVG Rn. 24; *Forst*, RdA 2015, 25, 28.

⁴⁹⁶ BVerfG, Beschl. v. 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, NJW 1977, 2255, 2258.

Konfliktpotential. Zwar sind Besserstellungsverbot und Allgemeinverbindlichkeit in ihrer Wirkweise grundverschieden; sie weisen aber teils ähnliche Konfliktpunkte im Hinblick auf die Tarifautonomie auf und sind dahingehend vergleichbar. Die geringeren Transparenzvorgaben des Besserstellungsverbots und die zugleich weitreichenderen Anwendungsvoraussetzungen erscheinen in dem Lichte als problematisch. Das gilt umso mehr, als im Anwendungsbereich des Besserstellungsverbots anderweitige tarifrechtliche Betätigung stärker eingeschränkt wird als unter Geltung eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrags.

b) Vergleich mit betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Normen

Weiterhin kann das Besserstellungsverbot mit der Drittwirkung aus § 3 Abs. 2 TVG verglichen werden. Die Regelungswirkung tariflich vereinbarter betrieblicher und betriebsverfassungsrechtlicher Normen erfasst sämtliche Beschäftigte der tarifgebundenen Arbeitgeber*in, unabhängig von der Tarifbindung der Belegschaft. Sie wirken ohne zusätzlichen Erstreckungsakt gemäß § 4 Abs. 1 S. 2 i.V.m. S. 1 TVG unmittelbar normativ. Für das Besserstellungsverbot kommt es weder auf die Tarifbindung der Beschäftigten noch die der Zuwendungsempfänger*in an. Gleichzeitig wirkt der TVöD gegensätzlich zu § 3 Abs. 2 TVG nicht normativ, sondern nur mittelbar als Obergrenze. Die Obergrenze ist außerdem nicht auf betriebliche oder betriebsverfassungsrechtliche Fragen begrenzt, sondern gilt für sämtliche Arbeitsbedingungen.

Weil die beschriebene Wirkweise betrieblicher Normen jedoch nicht einstimmig befürwortet wird, lohnt sich ein Blick auf alternative Begründungsansätze zu § 3 Abs. 2 TVG, die Ähnlichkeiten mit dem zuwendungsrechtlichen Besserstellungsverbot aufweisen. Nach Ansicht mancher wirken Betriebsnormen nur gegenüber der tarifgebundenen Arbeitgeber*in normativ; ihre Beschäftigten seien nur mittelbar von der Tarifnormwirkung betroffen.⁴⁹⁷ Deshalb sei ein weiterer Umsetzungsakt erforderlich, damit die Regelungen gegenüber der einzelnen Arbeitnehmer*in Bindungswirkung entfalten. Dafür käme das Weisungsrecht der Arbeitgeber*in oder der Abschluss einer Betriebsvereinbarung in Betracht, freilich unter Beachtung der

⁴⁹⁷ Vgl. *Dieterich*, FS Däubler 1999, 451, 458 f.; *JKOS/Krause*, 2. Aufl. 2013, § 4 Rn. 57; *Richardj*, in: Verhandlungen des 61. Deutschen Juristentages, Bd. 1, 1996, S. B69; *Walker*, FS Kissel 1994, 1205, 1220 f.

dafür jeweils vorgesehenen Grenzen. Bei einer solchen rechtlichen Konstruktion bestünde hinsichtlich der gewissermaßen nur reflexartigen Wirkweise gegenüber den Beschäftigten eine gewisse Ähnlichkeit zum Besserstellungsverbot: Auch dort ist die Auswirkung auf das einzelne Arbeitsverhältnis lediglich ein Reflex der zuwendungsrechtlichen Bindungen. Gegen die Ansicht, dass Betriebsnormen derart wirken, sprechen jedoch der Wortlaut und die Gesetzssystematik von §§ 3 Abs. 2, 4 Abs. 1 S. 2 TVG sowie ihre Entstehungsgeschichte.⁴⁹⁸ Auch nach der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung ergibt sich schon definitionsgemäß, dass Betriebsnormen unmittelbar und zwingend für sämtliche Arbeitnehmer*innen gelten.⁴⁹⁹ Grundlage dafür ist die Tarifbindung der Arbeitgeber*in. Beim Besserstellungsverbot gibt es jedoch nicht einmal ein solches einschränkendes Erfordernis. Wie oben dargestellt ist entgegen der herrschenden Meinung vorzugswürdig, dass nur die die Beschäftigten begünstigende Betriebsnormen von §§ 3 Abs. 2, 4 Abs. 1 S. 2 TVG erfasst werden sollen – die einschränkende Auslegung verdeutlicht das Schutzbedürfnis der Außenseiter*innen, das auch im Geltungsbereich des Besserstellungsverbots besteht.

Gemein haben beide Instrumente nach gängiger Rechtspraxis mithin nur, dass sie dazu führen, dass tarifliche Normen auch für die Arbeitsverhältnisse von Tariffreien und Tariffremden relevant sind. Aufgrund der sehr unterschiedlichen Voraussetzungen und Wirkungen ist ein Vergleich der beiden Instrumente nicht weiter zielführend. Das muss deshalb umso mehr gelten, weil der Zweck von § 3 Abs. 2 TVG ist, der Arbeitgeber*in durch die Einbeziehung tariflicher Außenseiter*innen zu ermöglichen, ihre Beschäftigten in Fragen, die bestenfalls betriebseinheitlich geklärt werden sollen oder können, einheitlich zu behandeln.⁵⁰⁰ Das erleichtert die unmittelbar normative Wirkung, sodass die Arbeitgeber*in nicht einzelvertraglich mit jeder Arbeitnehmer*in die gleiche Regelung aushandeln muss. Dabei soll die notwendig betriebseinheitliche Geltung „Grenze und nicht Grund der Betriebsnormgeltung“ sein.⁵⁰¹ Für die (mittelbare) Wirkung des Besserstellungsverbots sind der Betriebsebene vorgelagerte

⁴⁹⁸ Giesen, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb, 2002, S. 294 ff. m.w.N.; Höpfner, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 450 ff. m.w.N.

⁴⁹⁹ BAG, Urt. v. 26.1.2011 – 4 AZR 159/98, NZA 2011, 808, 811; BAG, Urt. v. 1.8.2001 – 4 AZR 388/99, BeckRS 2011, 30197272.

⁵⁰⁰ Vgl. BAG, Beschl. v. 26.4.1990 – 1 ABR 84/87, NZA 1990, 850, 853.

⁵⁰¹ Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 3 Rn. 222.

Erwägungen ausschlaggebend, namentlich haushaltsrechtliche Erwägungen. Nichtsdestotrotz verdeutlicht § 3 Abs. 2 TVG die Reichweite der Normsetzungsbefugnis der Tarifpartei gegenüber tariflichen Außenseiter*innen: Bei enger Auslegung müsste deren Einbeziehung über § 3 Abs. 2 TVG der staatlichen Rechtsaufsicht unterliegen;⁵⁰² gleichzeitig sind Regelungen dieser Art jedoch nach dem gesetzgeberischen Willen unter dem Gesichtspunkt der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie erwünscht.⁵⁰³ Die konkrete Ausarbeitung des Gesetzgebers legt nahe, dass er sich beim Austarieren der verschiedenen Interessen zugunsten des letzteren entschieden hat. Das zeigt, dass sich je nach Einzelfall unterscheiden kann, welchem Bedürfnis Vorrang gewährt wird. Abgesehen davon lassen sich jedoch wegen des vornehmlich betriebsverfassungsrechtlichen Legitimationsmodells⁵⁰⁴ von § 3 Abs. 2 TVG darüber hinaus keine eindeutigen Rückschlüsse auf das Besserstellungsverbot und dessen Einfluss auf die tarifliche Selbstbestimmung ziehen.

c) Vergleich mit vertraglicher Bezugnahmeklausel

Weder das Besserstellungsverbot noch die vertragliche Bezugnahme führen dazu, dass der Tarifvertrag normativ für das Arbeitsverhältnis gilt. Zwischen der vertraglichen Inbezugnahme eines Tarifvertrags und den Auswirkungen des Besserstellungsverbots besteht in der Hinsicht gewisse Ähnlichkeit: Das Besserstellungsverbot bewirkt letztlich eine staatlich erzwungene, faktische Bezugnahme auf den TVöD. Während die vertragliche Bezugnahme zur schuldrechtlichen Anwendung der Tarifnormen führt, bewirkt das Besserstellungsverbot jedoch nicht zwangsläufig die schuldrechtliche Geltung des TVöD. Allerdings nehmen zahlreiche Zuwendungsempfänger*innen aus Praktikabilitätsgründen den TVöD gerade aufgrund des Besserstellungsverbots auch vertraglich in Bezug.⁵⁰⁵

Problematisch an der jedenfalls faktischen Bezugnahme auf den TVöD durch das Besserstellungsverbot ist, dass sie anders als die „normale“ vertragliche Bezugnahme nicht mit gleichzeitig geltenden, zwingenden Tarifnormen in einen durch Kollisionsregeln aufzulösenden Widerstreit gelangen kann. Im Geltungsbereich des

⁵⁰² *Richardj*, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, 1968, S. 214.

⁵⁰³ *Maunz/Dürig/Scholz*, 94. EGL 2021, Art. 9 GG Rn. 236.

⁵⁰⁴ *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 3 Rn. 34.

⁵⁰⁵ *Conze/Karb/Wölk/Reidel*, 7. Aufl. 2021, Rn. 3612.

Besserstellungsverbot besteht, anders als bei der vertraglichen Bezugnahme, zum einen nicht die Möglichkeit, tariflich aktiv zu werden. Zum anderen kann eine dadurch entstehende Regelungskonkurrenz nicht über das Günstigkeitsprinzip aus § 4 Abs. 3 TVG zugunsten der Arbeitnehmer*in aufgelöst werden. Vielmehr würde die tarifrechtliche oder schuldrechtliche Vereinbarung besserer Arbeitsbedingungen zwangsläufig zu einem Verstoß gegen das Besserstellungsverbot führen, zumal das Günstigkeitsprinzip dort sinngemäß nicht greifen kann.⁵⁰⁶ Realistischerweise wird die durchschnittliche Arbeitnehmer*in, deren Arbeitsvertrag auch unabhängig vom Besserstellungsverbot einen Tarifvertrag in Bezug nimmt, keine gesicherte Chance auf bessere Arbeitsbedingungen als die des in Bezug genommenen Tarifvertrags haben. Es ist aber immerhin nicht ausgeschlossen, dass sie beispielsweise im Rahmen von Gehaltsverhandlungen einzelne übertarifliche Arbeitsbedingungen aushandelt. Diese Möglichkeit, eigene Arbeitsbedingungen zu vereinbaren, besteht im Gegensatz dazu für Arbeitnehmer*innen bei strenger Einhaltung des Besserstellungsverbots schon gar nicht, wenn damit die Obergrenze der Arbeitsbedingungen des TVöD überschritten wird. Das Verhandlungsgleichgewicht zwischen Arbeitgeber*in und Arbeitnehmer*in ist unter Geltung des Besserstellungsverbots mithin stark beeinträchtigt.

Außerdem unterscheidet sich die vertragliche Bezugnahme von der mittelbaren Inbezugnahme eines Tarifvertrags über das Besserstellungsverbot dahingehend, dass das Besserstellungsverbot nicht zwangsläufig im Arbeitsvertrag festgeschrieben sein muss. Dadurch ist die Transparenz im Vergleich zur vertraglichen Bezugnahme erheblich gemindert. Während die vertragliche Bezugnahme zwar auf das Kriterium der doppelten Tarifbindung verzichtet, die Tarifautonomie aber dennoch nicht berührt, lässt sich die Argumentation trotz teilweiser Ähnlichkeit nicht auf das Besserstellungsverbot übertragen. Indem es Abweichungen zugunsten der Arbeitnehmer*in sowohl durch tarifliche Betätigung als auch Verhandlung mit der Arbeitgeber*in verhindert, ist die Tarifautonomie anders berührt als bei der vertraglichen Bezugnahme.

d) Vergleich mit dynamischen Bezugnahme Klauseln nach Betriebsübergang

⁵⁰⁶ Zum Günstigkeitsprinzip im Geltungsbereich des Besserstellungsverbots s. unten Teil 2 C. II.

Weiterhin kann das Schicksal dynamischer Bezugnahme Klauseln nach einem Betriebsübergang mit den Auswirkungen des Besserstellungsverbots verglichen werden. Dynamische Bezugnahme Klauseln führen (unabhängig vom Betriebsübergang) nicht dazu, dass der Tarifvertrag für das jeweilige Arbeitsverhältnis normativ gilt. Vielmehr erzeugen sie eine rein schuldrechtliche Wirkung. Wie festgestellt verursacht auch das Besserstellungsverbot höchstens mittelbar eine schuldrechtliche Bezugnahme und begründet keine normative Geltung des TVöD. Weder die Betriebserwerber*in noch die Zuwendungsempfänger*in sind an der Entscheidung beteiligt, welcher Tarifvertrag für ihre Beschäftigungsverhältnisse ausschlaggebend sein soll; sie werden schlicht mit den Folgen einer bereits getroffenen Entscheidung konfrontiert. Die rechtstechnische Geltungsanordnung in § 613a Abs. 1 S. 1 BGB weist dennoch deutliche Unterschiede zum Besserstellungsverbot auf: Die Fortgeltung dynamischer Bezugnahme Klauseln beruht für die Arbeitgeber*in unmittelbar auf einer gesetzlichen Anordnung und ist direkt mit einem entsprechenden Anspruch der Arbeitnehmer*in verknüpft, während das Besserstellungsverbot gegenüber der Arbeitgeber*in keine gesetzliche Grundlage hat, sondern verwaltungsrechtlich im Zuwendungsbescheid normiert ist. Offen bleibt dabei, anders als bei § 613a BGB, welche konkreten Auswirkungen für die Arbeitnehmer*innen aus dieser Anordnung entstehen.

Neben den genannten Unterschieden besteht aber nichtsdestotrotz eine besondere sachverhaltsbezogene Parallele zwischen den Urteilen *Alemo-Herron* und *Asklepios* sowie dem Besserstellungsverbot, die es hervorzuheben gilt. In beiden Fällen ging es um einen Betriebsübergang auf eine privatwirtschaftliche Arbeitgeber*in. Die Arbeitsverträge der Vorgänger*in nahmen den TVöD dynamisch in Bezug. Dadurch ergab sich vor dem Hintergrund des § 613a BGB die Besonderheit, dass die Betriebserwerber*in schon rein tatsächlich nicht Mitglied der entsprechenden Koalition werden konnte. Die gleiche Situation besteht beim Besserstellungsverbot: Die Zuwendungsempfänger*in unterfällt, weil sie weder dem Bund noch der kommunalen Verwaltung angehört, nicht dem Anwendungsbereich des TVöD. Mithin kann sie keinen Einfluss auf die jeweiligen Tarifverhandlungen nehmen. Der EuGH ging gar so weit, zu befinden, dass die Übernahme von Arbeitsverhältnissen mit öffentlich-

rechtlicher Prägung beträchtliche Anpassungen erfordere.⁵⁰⁷ Das wurde nicht näher begründet und mag stark einzelfallabhängig zu bewerten sein – dennoch zeigt es, dass es erheblichen Umsetzungsschwierigkeiten begegnen dürfte, wenn die Regelungen des TVöD, beispielsweise als Höchstarbeitsbedingungen mittels des Besserstellungsverbots, sachfremden Arbeitgeber*innen der Privatwirtschaft oktroyiert werden.⁵⁰⁸ Bedenken bestehen jedenfalls dann, wenn ihnen zugleich verwehrt wird, auf die tarifrechtlichen Entwicklungen Einfluss zu nehmen. Der Betriebserwerber*in bleiben verschiedene individualrechtliche Gestaltungsmittel, um sich immerhin von der Dynamik der Bezugnahmeklauseln zu lösen. Die Zuwendungsempfänger*in ist bedingungslos an die (dynamische) Obergrenze des TVöD gebunden; die Arbeitsbedingungen müssen aber nicht laufend an die Tarifentwicklungen angepasst werden, weil der Tarifvertrag eben nur deren Obergrenze bildet.

Trotz der nachvollziehbaren Zweifel am Ausmaß der tatsächlichen Autonomie der Betriebserwerber*in hinsichtlich der Rechtsfolgen des § 613a Abs. 1 S. 1 BGB bildet ein anderer Gesichtspunkt der Autonomie einen wesentlichen Unterschied zum Besserstellungsverbot. Wie geschildert ist davon auszugehen, dass sich potentielle Betriebserwerber*innen über die arbeitsrechtlichen Folgen des Betriebsübergangs im Klaren sind. In Anbetracht dieser Folgen besteht für sie die reelle Option, sich gerade aufgrund der Auswirkung von Bezugnahmeklauseln gegen einen Betriebserwerb zu entscheiden. Vom Erwerb eines Betriebes wird selten die Weiterführung des Geschäfts der Erwerber*in abhängen; vielmehr handelt es sich in den meisten Fällen eher um eine Maßnahme zur (langfristigen) Gewinnsteigerung. Im Anwendungsbereich des Besserstellungsverbots als Teil des Zuwendungsrechts kann von einer autonomen Entscheidung für oder gegen die Inanspruchnahme finanzieller Mittel des Staates hingegen nicht im gleichen Ausmaß die Rede sein. Vielmehr sind die entsprechenden Unternehmen, gerade solche karitativer Natur, auf den Erhalt der staatlichen Gelder angewiesen, um überhaupt wirtschaftlich überlebensfähig zu sein. Der Unterschied in der Abhängigkeit vom jeweiligen Gestaltungsschritt, sei es der Betriebserwerb oder der Empfang von Zuwendungen, ist jedenfalls für die Reichweite der faktischen Außenseiter*innenwirkung bedeutsam. Schließlich ist damit eng

⁵⁰⁷ EuGH, Urteil v. 18.7.2013 – C-426/11, NZA 2013, 835, 836; kritisch *Eylert/Schinz*, RdA 2017, 140, 145.

⁵⁰⁸ Dazu näher unter Teil 3 A. II. 2.

verknüpft, ob sich jedenfalls die Arbeitgeber*in als tarifliche Außenseiter*in der Wirkung überhaupt realistisch entziehen kann.

Abschließend lässt sich festhalten: Weil die entsprechenden Tarifnormen nicht normativ gelten, beeinflussen die „fremden“ Tarifverträge sowohl die Betriebserwerber*in als auch auf die Zuwendungsempfänger*in über das Besserstellungsverbot nur schuldrechtlich oder rein faktisch. Anders als bei einem Betriebsübergang nach § 613a Abs. 1 S. 1 ergibt sich die tarifliche Einflussnahme auf die Zuwendungsempfänger*in jedoch nicht unmittelbar aus einer an sie gerichteten gesetzlichen Anordnung, sondern aus einem Verwaltungsakt, der zudem nicht dem Zweck dient, das Vertrauen der betroffenen Beschäftigten zu schützen. Außerdem gibt es für die Zuwendungsempfänger*in, anders als für die Betriebserwerber*in, nur beschränkte individualrechtliche Vorgehensweisen, um sich der Verweisung auf den Tarifvertrag zu entziehen, ohne zuwendungsrechtliche Sanktionen befürchten zu müssen. Der Rechtfertigungsbedarf hinsichtlich der Tarifautonomie wegen der unausweichlichen Einflussnahme eines fremden Tarifvertrags ist bei Anwendung des Besserstellungsverbots mithin stark erhöht.

e) Vergleich mit Erlass von Rechtsverordnungen nach AEntG und AÜG

Der Erlass von Rechtsverordnungen nach dem AEntG und dem AÜG hat mit dem im Verwaltungsakt festgelegten Besserstellungsverbot gemeinsam, dass sie jeweils Akte der Exekutive sind. Der Erlass der Rechtsverordnungen sieht verfahrenstechnisch jedoch weitergehende Mitwirkungsmöglichkeiten und Transparenzgewährleistungen vor, als es beim Besserstellungsverbot der Fall ist. Wie auch die Allgemeinverbindlicherklärung wird die Rechtsverordnung im Sinne des AÜG im Bundesanzeiger gemäß § 3a Abs. 5 S. 1 AÜG bekanntgemacht; auch bei der Entsendung von Arbeitnehmer*innen wird der Entwurf der Rechtsverordnung nach § 7 Abs. 4 AEntG bekanntgemacht. Außerdem wird vor Erlass der Rechtsverordnung verschiedenen Gruppen eine Gelegenheit zur Stellungnahme geboten, § 3a Abs. 5 S. 2 AÜG und § 7 Abs. 4 AEntG. Der Tarifausschuss befasst sich mit der Sache; bei der Rechtsverordnung nach dem AEntG ist sogar eine einvernehmliche Entscheidung erforderlich, vgl. § 3a Abs. 5 S. 3 AÜG, § 7 Abs. 5 AEntG. Zwar wird der Zuwendungsempfänger*in bei der Beantragung der Zuwendung gleichfalls

Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben, doch sie wird in der Regel keinen Einfluss darauf haben, ob das Besserstellungsverbot für sie gilt oder nicht – schließlich sind die Behörden dahingehend über § 8 Abs. 2 HG Bund gebunden. Damit sind die Mitwirkungsrechte der Zuwendungsempfänger*in oder etwaiger Interessenvertreter*innen quasi nichtexistent. Bedeutsam ist zudem der ursprünglich erhebliche Unterschied hinsichtlich der Reichweite der Geltungserstreckung: Während das Besserstellungsverbot sämtliche Arbeitsbedingungen betrifft, umfasst die Geltungserstreckung nach dem AEntG die in § 5 AEntG eingegrenzten Regelungsgegenstände. Seit Juli 2020 gilt nach § 13b Abs. 1 AEntG jedoch abweichend, dass die übrigen tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen nach einer Beschäftigungsdauer der ausländischen Arbeitnehmer*innen von mehr als 12 Monaten zusätzlich anwendbar werden. Die Rechtsverordnung nach dem AÜG regelt allein eine Lohnuntergrenze und damit eine einzelne Arbeitsbedingung. Schließlich unterscheiden sich die Möglichkeiten, die den betroffenen Arbeitsvertragsparteien bleiben, von den vorgesehenen Tarifregelungen abzuweichen. Während die Rechtsverordnungen auf Grundlage des AEntG oder AÜG lediglich einen Mindeststandard an Arbeitsbedingungen, insbesondere dem Entgelt, garantieren sollen, legt das Besserstellungsverbot gegensätzlich dazu Höchsttarbeitsbedingungen fest. Die Rechtsverordnungen lassen den Betroffenen einen Spielraum, sich beispielsweise über das Günstigkeitsprinzip individualvertraglich dem Einflussbereich der verordneten Tarifnormen zu entziehen, solange sie Abweichungen „nach oben“ vereinbaren. Die tarifliche Selbstbestimmung im Geltungsbereich einer entsprechenden Rechtsverordnung bleibt auch dann unbeschnitten, wenn die Arbeitsvertragsparteien jeweils Mitglied einer Koalition sind, deren Tarifvertrag günstigere Arbeitsbedingungen bietet als die Verordnung selbst und an den sie beide gebunden sind. Im Anwendungsbereich des Besserstellungsverbots wiederum gilt das Günstigkeitsprinzip grundsätzlich nicht, weil eben nur eine Abweichung „nach unten“ zuwendungsrechtlich erlaubt ist. Der Freiraum zur tariflichen Betätigung besteht also in genau umgekehrter Richtung. Dabei ist es weitaus leichter einzuschätzen, ob ein Tarifvertrag (un-)günstiger ist, wenn es sich wie bei den Rechtsverordnungen um einzelne Arbeitsbedingungen handelt, als wenn der Tarifvertrag in seiner Gänze unterhalb dem TVöD liegende Arbeitsbedingungen garantieren müsste. Mithin zeigt der Vergleich des Rechtsverordnungserlasses im Bereich der

Arbeitnehmer*innenentsendung und -überlassung mit dem Besserstellungsverbot zum einen einen erheblichen Unterschied in der Reichweite. Zum anderen wird deutlich, dass der Rechtsverordnungserlass bei ähnlicher Außenseiter*innenwirkung mehrere Parteiinteressen in die Entscheidung einbezieht und auch deshalb gegenüber der Allgemeinheit höhere Transparenz beansprucht.

f) Vergleich mit vergaberechtlicher Tariftreue

Besonders vielversprechend ist der Vergleich von Besserstellungsverbot und vergaberechtlicher Tariftreue im Sinne der Tariftreuegesetze in der Fassung vor dem *Rüffert-Urteil*, weil sich bei beiden Instrumenten – vereinfacht gesagt – Unternehmen im Austausch für finanzielle Vorteile zur Einhaltung tarifvertraglicher Regelungen verpflichten. Dabei kommt die Verortung des Besserstellungsverbots als Schnittstelle zwischen Arbeits- und öffentlichem Recht ins Spiel: Auch die Tariftreue bewegt sich zwischen Tarif- und Vergaberecht. Das ist eine bedeutende Gemeinsamkeit. Keines der Instrumente führt eine normative Wirkung der entsprechenden Tarifnormen herbei. Die rechtstechnische Wirkweise unterscheidet sich aber insofern, als die Tariftreue regelmäßig vertraglich erklärt wird, das Besserstellungsverbot hingegen verwaltungsrechtlich einseitig auferlegt wird, ohne dass es eines expliziten Einverständnisses der Zuwendungsempfänger*in bedarf. Im Ergebnis resultiert aber sowohl aus der Tariftreue als auch aus der Anwendung des Besserstellungsverbots eine „Selbsterwerfung unter die Tarifbedingungen“⁵⁰⁹: bei der Tariftreue durch die Erklärung im Vergabeverfahren, beim Besserstellungsverbot mittelbar durch die Beantragung der Zuwendung.

Wie auch bei den vorangestellten Durchbrechungen der tariflichen Selbstbestimmung ist die Zwecksetzung des Besserstellungsverbots jedoch eine grundlegend andere als die der vergaberechtlichen Tariftreue. Durch Tariftreueerklärungen sollen bestimmte Mindeststandards sichergestellt und gerade keine Höchstgrenze festgelegt werden, was hingegen durch das Besserstellungsverbot geschieht. Dennoch kann man aus dem Vergleich beider Instrumente Rückschlüsse ziehen, wenn man Höchstarbeitsbedingungen für alle Beschäftigten, unabhängig von der Tarifbindung, gewissermaßen als Kehrseite von Mindestarbeitsbedingungen für ebendiese

⁵⁰⁹ Greiner, in: Giesen/Junker/Rieble (Hrsg.), *Vergaberecht und Arbeitsbedingungen*, 2015, 97, 107.

betrachtet. Für beide Fälle besteht nur in jeweils eine Richtung ein Freiraum, von den tariflichen Arbeitsbedingungen abzuweichen: Bei der Tariftreue „nach oben“, beim Besserstellungsverbot „nach unten“. Wie *Hartmann* treffend feststellte: „Die Bedenken gegen vergaberechtliche Tariftreueerfordernisse gelten entsprechend für andere denkbare Koppelungen zwischen staatlicherseits gewährten Vorteilen und der Anwendung der tariflichen Arbeitsbedingungen.“⁵¹⁰ Auch in Konstellationen, in denen das Besserstellungsverbot Anwendung findet, stehen staatlicherseits gewährte Vorteile in Gestalt von Zuwendungen auf dem Spiel.

Erwähnenswert hinsichtlich des Anwendungsbereichs von Tariftreue und Besserstellungsverbot ist, dass der Wortlaut von § 1 Abs. 1 S. 2 VgGBerl in der Fassung, die dem BGH-Vorlagebeschluss zugrundelag,⁵¹¹ der Verwaltungsvorschrift Nr. 5.1 zu § 44 BHO ähnelt, wonach auch das Besserstellungsverbot als verwaltungsrechtliche Auflage Außenwirkung entfalten soll. Die rechtlichen Grundlagen sehen jeweils keine unmittelbare Erstreckung von Tarifnormen vor, sondern verlangen zu dem Zweck ein gewisses Handlungsmoment des Unternehmens, namentlich die Inanspruchnahme eines staatlichen Vorteils in Gestalt der Auftragserteilung oder Zuwendungsgewährung. Nach der Tariftreueentscheidung des BVerfG ist das Gewicht des Eingriffs in das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG dadurch gemindert, dass die Verpflichtung zur Zahlung von Tariflöhnen „nicht unmittelbar aus einer gesetzlichen Anordnung erfolgt, sondern erst infolge der eigenen Entscheidung, im Interesse der Erlangung eines öffentlichen Auftrags eine Verpflichtungserklärung abzugeben“.⁵¹² Eine ähnliche Argumentation könnte auch auf die Rechtfertigung der Außenseiter*innenwirkung durch das Besserstellungsverbot übertragen werden, da es letztlich ebenso eine eigene Entscheidung des Unternehmens ist, eine Zuwendung zu beantragen. Nichtsdestotrotz vermag die Konstruktion nicht darüber hinwegzutäuschen, dass die Einflussnahme auf die Arbeitsbedingungen durch Tariftreuevorgaben „nicht nur reflexartig als faktische Folge eines anderen Zielen dienenden Gesetzes ein[tritt], sondern (...) von der Zweckrichtung des Gesetzgebers umfasst“⁵¹³ ist. Das wirft „die

⁵¹⁰ *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit, 2014, S. 361.

⁵¹¹ S. dazu oben Teil 2 B. II. 1. f).

⁵¹² BVerfG, Beschl. v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, NJW 2007, 51, 55.

⁵¹³ BVerfG, Beschl. v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, NJW 2007, 51, 54.

Frage auf, ob der faktische Druck zur Anwendung der tariflichen Arbeitsbedingungen einer unmittelbaren und zwingenden Wirkung gleichzustellen ist⁵¹⁴. Auch durch das Besserstellungsverbot ist die Verpflichtung der Unternehmen zur Anwendung tariflicher Normen im Ergebnis „funktionale[s] Äquivalent[...]⁵¹⁵ zu kraft Gesetz erstreckten Tarifnormen. Wesentlicher Unterschied zur gesetzlichen Tarifnormerweiterung ist jedoch, dass sowohl bei Tariftreuevorgaben als auch dem Besserstellungsverbot keine staatliche Billigung der konkret anzuwendenden Tarifnormen stattfindet.⁵¹⁶ Im Moment der öffentlichen Auftragserteilung oder Zuwendungsbewilligung wird der Tarifinhalt womöglich staatlich gebilligt, allerdings wird durch die Verpflichtung der Vergabebehörde, eine Tariftreueerklärung einzuholen, im Ergebnis eine dynamische Gesetzesverweisung auf den jeweiligen Tarifvertrag bewirkt. Somit handelt es sich bei der Tariftreue in ihrer ursprünglichen Form um eine „faktische Außenseitererweiterung ohne jede Rücksicht auf den Tarifinhalt“⁵¹⁷.

Da die Außenseiter*innenerweiterung bei der Tariftreue im Ergebnis losgelöst vom Tarifinhalt ist, erinnert sie an den Beschluss des BVerfG zum Bergmannversorgungsschein.⁵¹⁸ Nach dessen Maßstäben dürfte auch das Besserstellungsverbot als dynamische Blankettverweisung auf den TVöD als Obergrenze einzuordnen sein. Im Bergmannversorgungschein-Beschluss argumentierte das Gericht mit der erforderlichen staatlich-demokratischen Legitimation der Außenseiter*innenwirkung. Es wies darauf hin, dass der Gesetzgeber nicht unzulässig auf seine Rechtsetzungsbefugnisse verzichten dürfe.⁵¹⁹ Fraglich ist, ob der Tarifinhalt des TVöD, der nach dem Besserstellungsverbot der dynamische Anknüpfungspunkt ist, womöglich dadurch staatlich-demokratisch legitimiert ist, dass es sich schon dem Namen nach um einen Tarifvertrag des *öffentlichen Dienstes* handelt und damit eine gesteigerte Staatsnähe besteht. Die Tarifvertragspartei des TVöD ist auf Arbeitgeber*innenseite der Bund, vertreten durch das Innenministerium

⁵¹⁴ Hartmann, Negative Tarifvertragsfreiheit, 2014, S. 46 (Fußnote 192).

⁵¹⁵ So zur Tariftreueerklärung Höfling/Rixen, RdA 2007, 360, 362.

⁵¹⁶ So zur Tariftreue Hartmann, Negative Tarifvertragsfreiheit, 2014, S. 358.

⁵¹⁷ Hartmann, Negative Tarifvertragsfreiheit, 2014, S. 358 mit Verweis auf Kämmerer/Thüsing, ZIP 2002, 596, 601 f.

⁵¹⁸ S. oben Teil 2 B. II. 1. f).

⁵¹⁹ BVerfG, Beschl. v. 14.6.1983 – 2 BvR 488/80, NJW 1984, 1225.

und die VKA.⁵²⁰ Damit sind auf Arbeitgeber*innenseite staatliche Stellen beteiligt; der grundsätzlich dynamische Maßstab des Besserstellungsverbots könnte also, anders als im Bergmannversorgungsschein-Beschluss, eine zulässige Verweisung auf einen Tarifvertrag sein. Dagegen spricht, dass zwischen der Beteiligung öffentlicher Stellen am Aushandeln des TVöD und einer staatlichen Kontrolle, wie sie beispielsweise bei § 5 TVG stattfindet, große Unterschiede bestehen. Zum einen handelt es sich beim Zustandekommen des TVöD anders als bei der „normalen“ Ausübung von Gesetzgebungsbefugnissen nicht um ein grundgesetzlich geregeltes Verfahren, sondern um einen bilateralen Aushandlungsprozess, in dem der Staat als Interessenvertreter seiner selbst und nicht der Zivilgesellschaft an sich auftritt. Zum anderen ist der Prozess anders als der Gesetzgebungs- oder Allgemeinverbindlicherklärungsprozess nicht gleichermaßen demokratisch legitimiert. Die dynamische Verweisung auf den TVöD als Maßstab wird also nicht dadurch gerechtfertigt, dass der Tarifinhalt staatlich abgesegnet ist – weshalb ebenso wie für die Tariftreue beim Besserstellungsverbot diskutiert werden kann, ob es den Maßstäben des Bergmannversorgungsscheins genügt. Die Dynamik ist jedoch beim Besserstellungsverbot dadurch weniger weitreichend, dass das Besserstellungsverbot keine Anpassung der Arbeitsbedingungen an die tariflichen Maßstäbe erfordert, die nur als Obergrenze herhalten.

Weder die Tariftreueerklärung noch das Besserstellungsverbot beinhalten Vorgaben für ihre Anwendbarkeit, die über die Grundvoraussetzungen für die Erteilung eines öffentlichen Auftrags oder die Bewilligung der Zuwendung hinausgehen. Stattdessen gilt das Besserstellungsverbot, bis auf die geschilderten Bereichs- oder Einzelfallausnahmen, für jede Zuwendungsgewährung.⁵²¹ Die rechtliche Ausgestaltung der Beziehungen zum Staat unterscheidet sich aufgrund der Unterschiede zwischen Zuwendungs- und Vergaberecht: Vergaberechtlich verpflichtet die Erteilung eines öffentlichen Auftrags ab einer bestimmten Höhe regelmäßig zur Erfüllung vertraglicher Leistungen, während Zuwendungen als Fördermittel vorrangig zweckentsprechend eingesetzt werden sollen.⁵²² Die strukturelle Konstellation der

⁵²⁰ S. Einführung zum TVöD.

⁵²¹ S. oben Teil 1 D.

⁵²² *Bundesrechnungshof*, Leitsatz 04/06 - Abgrenzung zwischen Zuwendungen und öffentlichen Aufträgen bei der Projektförderung, 2013.

vergabe- und der zuwendungsrechtlichen Situation ähnelt sich aber grundlegend: Das Machtgefüge fällt zugunsten des Staats aus, sodass die Vergabe- und Zuwendungsempfänger*in im Angesicht der staatlichen Finanzmittel in beiden Fällen typischerweise ohne realistische wirtschaftliche Alternative handeln; gleichsam als Bittsteller*in agieren.⁵²³ Sie haben in der Regel nur vermeintlich die „Wahl“, sich entweder der Tariftreue zu fügen, oder faktisch aus dem Wettbewerb auszuschneiden. Deshalb sei es „nachgerade zynisch“, wie das BVerfG auf die „freie“ Entscheidung zur Abgabe der Verpflichtungserklärung zu verweisen.⁵²⁴ Entsprechendes muss für das Besserstellungsverbot gelten, da die betroffenen Unternehmen häufig auf die Zuwendungsgewährung angewiesen sind, um konkrete Projekte durchzuführen oder das tägliche Geschäft am Leben zu halten. Das unterstreicht gleichzeitig die Natur von Tariftreue und Besserstellungsverbot als in Teilen zweckmäßige Äquivalente zur staatlichen Erstreckung von Tarifnormen: Es gehört zum Regelungskonzept des Gesetzgebers, die alternativlos handelnde Arbeitgeber*in gewissermaßen als Werkzeug einzusetzen.⁵²⁵

Ein erheblicher Unterschied zur unmittelbaren staatlichen Geltungserstreckung ist dann auf nachgelagerter Ebene, dass aufgrund der (scheinbar) privatautonomen Umsetzung der vorgeschriebenen Mindest- oder Höchsttarifbedingungen unklar ist, welche Konsequenzen der Verstoß für die Arbeitnehmer*in hat. Zwar sind die vergabe- und zuwendungsrechtlichen Folgen im Verhältnis zwischen Staat und Unternehmen gesetzlich geregelt. Dem Unternehmen bleibt aber überlassen, inwiefern es die Verpflichtung im Innenverhältnis zur Arbeitnehmer*in umsetzt. Besonders bemerkenswert ist daher, dass eine rechtliche Auseinandersetzung mit den arbeitsrechtlichen Konsequenzen eines Verstoßes gegen die Tariftreue in Literatur und Rechtsprechung fehlt: Hat die Arbeitnehmer*in einen Anspruch aus der Tariftreueerklärung auf Zahlung des ortsüblichen Tarifentgelts gegen ihre Arbeitgeber*in? Oder wirkt sich die vergaberechtliche Verpflichtung schlicht nicht auf das Arbeitsverhältnis aus?⁵²⁶ Man kann sich mithin fragen, ob der Vergabevertrag als Vertrag zugunsten Dritter im Sinne der §§ 328 ff. BGB zu charakterisieren ist. Wenn

⁵²³ So zur Tariftreue *Höfling/Rixen*, RdA 2007, 360, 363.

⁵²⁴ *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit, 2014, S. 356 f.

⁵²⁵ *Höfling/Rixen*, RdA 2007, 360, 363.

⁵²⁶ In Bezug zum Besserstellungsverbot s. dazu unten Teil 3 B. II., Teil 3 C. I.

ja, stünde der Arbeitnehmer*in ein eigenes Forderungsrecht gegen die Arbeitgeber*in auf Entlohnung nach Maßgabe der Tariftreueerklärung zu. Dagegen wird eingewendet, dass das nicht dem Willen der Vertragsparteien entspreche und mit dem Wesen des Vertrags nicht vereinbar sei, der allein auf vergaberechtliche Sanktionierung ausgelegt ist.⁵²⁷ Deshalb entstünde aus dem Vergabevertrag kein Forderungsrecht der Arbeitnehmer*in. Für die Einordnung als Vertrag zugunsten Dritter spricht hingegen aus praktischer Sicht, dass über das für den Auftrag erhaltene Geld, also den Werklohn im Deckungsverhältnis, die Personalkosten für die Beschäftigten der Auftragnehmer*in Höhe der tariflichen Leistungen ausgezahlt werden.⁵²⁸ Dann ist kein Grund ersichtlich, weshalb den Beschäftigten nicht ebendieser Lohn tatsächlich zustehen sollte, wenn die Finanzmittel gerade dazu in der entsprechenden Höhe zur Verfügung gestellt wurden.

Die Meinungsverschiedenheiten verdeutlichen, dass die individualarbeitsrechtlichen Konsequenzen einer Tariftreueerklärung, insbesondere im Fall eines Verstoßes, weitestgehend ungeklärt sind. Auch das Besserstellungsverbot wirkt wie die Tariftreueerklärung nur inter partes als öffentlich-rechtliche Verpflichtung aus dem Verwaltungsakt zwischen Staat und Zuwendungsempfänger*in. Der Vergabevertrag ist gleichermaßen öffentlich-rechtlicher Natur; allerdings ist die Tariftreueverpflichtung üblicherweise zusätzlich schuldrechtlich vereinbart. Es mangelt für die Anwendung der §§ 328 ff. BGB im Zusammenhang mit dem Besserstellungsverbot regelmäßig bereits an dem Bestehen einer vertraglichen Abrede mit Leistungs- und Deckungsverhältnis, wenn die Zuwendung qua Verwaltungsakt und nicht mittels öffentlichen-rechtlichen Vertrags bewilligt wird. In den Fällen kommt die Charakterisierung als Vertrag zugunsten Dritter für das Besserstellungsverbot nicht in Betracht; auch kann sich aus der Formulierung von Höchsttarifsbedingungen ohnehin nur schwer gekünstelt ein Forderungsrecht für das Beschäftigungsverhältnis ergeben. Parallel dazu ist deshalb auch für das Besserstellungsverbot streitbar, welche rechtlichen Konsequenzen es für die betroffenen Beschäftigten hat. Die gesetzlichen Regelungen der Tariftreue und auch des Besserstellungsverbots beeinflussen unabhängig davon jedenfalls mittelbar den Inhalt der abzuschließenden Arbeitsverträge, ohne dass normativ vorgeschrieben

⁵²⁷ Löwisch, DB 2004, 814, 817.

⁵²⁸ Kempen, in: Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut in der Hans-Böckler-Stiftung (Hrsg.), Rechtliche und rechtspolitische Aspekte der Sicherung von tariflichen Mindeststandards, 44, 54.

ist, welchen Inhalt sie annehmen sollen.⁵²⁹ Davon hängt wiederum ab, welche Folgen ein Verstoß gegen die tariflichen Vorgaben auslöst. Die Arbeitnehmer*in hat aufgrund der zuwendungs- oder vergaberechtlichen Auflagen kaum Möglichkeit, gestaltend einzugreifen, und ist damit in ihrer Privatautonomie eingeschränkt. Für die Beschäftigten der öffentlichen Auftragnehmer*in gilt die Einschränkung nur in eine Richtung, weil die Tariftreue mittelbare Mindestarbeitsbedingungen erzeugt. Das Besserstellungsverbot erzeugt mittelbare Höchstbedingungen für die Beschäftigten der Zuwendungsempfänger*in und begrenzt den Gestaltungsspielraum damit in die andere Richtung. Daraus ergibt sich ein entscheidender Unterschied in der Schutzrichtung. Umso wichtiger sind Transparenzvorschriften und Rechtsschutzmöglichkeiten, letztere insbesondere beim Besserstellungsverbot, da dort eine Höchstgrenze für Arbeitsbedingungen festgelegt wird. Mangels gesetzlicher Vorgaben, ob und inwiefern die tatsächliche Bindung an Tarifnormen im Rahmen von Tariftreue oder Besserstellungsverbot im Arbeitsvertrag umgesetzt werden soll, ist davon auszugehen, dass die Bindung für die Arbeitnehmer*in nicht zwangsläufig erkennbar ist. Allein eine Mitteilung durch die Arbeitgeber*in, die Niederschrift im Arbeitsvertrag oder vertiefte Kenntnisse über die Finanzierung des Unternehmens und dessen rechtliche Konsequenzen vorausgesetzt, kennt die Arbeitnehmer*in die einschlägigen vergabe- oder zuwendungsrechtlichen Vorgaben für ihr Beschäftigungsverhältnis. Je nachdem, welche arbeitsrechtlichen Konsequenzen aus einem Verstoß folgen, könnten sich die Anforderungen, die an die Transparenz gestellt werden, unterscheiden.

Fraglich ist schließlich, ob die europarechtlichen Bedenken hinsichtlich der Tariftreue auch im Rahmen des Zuwendungsrechts für das Besserstellungsverbot greifen. In anderen Worten: Verstößt möglicherweise auch das Besserstellungsverbot gegen die Dienstleistungsfreiheit? Das wäre dann der Fall, wenn die Dienstleistungserbringung durch das Besserstellungsverbot in Deutschland unzulässig beschränkt würde, vgl. Art. 56 AEUV. Wie die gesetzlich verankerte Tariftreue erzeugt möglicherweise auch das Besserstellungsverbot die Verpflichtung, geltende arbeitsrechtliche Regelungen in Gestalt der Arbeitsbedingungen des TVöD einzuhalten, selbst wenn beispielsweise eine Zulieferer*in der Dienstleistungserbringer*in in einem anderen Mitgliedstaat

⁵²⁹ So zur Tariftreue BVerfG, Beschl. v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, NJW 2007, 51, 54.

ansässig ist.⁵³⁰ Weil § 8 Abs. 2 HG Bund aber die Vergabe nationaler Zuwendungen regelt, sind nur innerdeutsche Sachverhalte vom Besserstellungsverbot umfasst. Deshalb kommt ein Verstoß gegen Art. 56 AEUV von vornherein nicht in Betracht. Dennoch können europarechtliche Erwägungen aus den weiteren genannten EuGH-Urteilen auch auf das Besserstellungsverbot übertragen werden, soweit sie sich auf Grundsatzfragen der Vereinigungs- und Vertragsfreiheit beziehen. Gerade die Bedeutung als Maßstab für die Erstreckung von Tarifnormen auf Außenseiter*innen erlangt durch die europarechtlichen Erwägungen an Gewicht.

Tariftreue und Besserstellungsverbot weisen mithin auf der Ebene der rechtlichen Konstruktion erhebliche Ähnlichkeiten auf; hinsichtlich der Zwecksetzung unterscheiden sie sich jedoch. Insbesondere die Debatte um die Verfassungsmäßigkeit der ursprünglichen Tariftreuegesetze bietet Anhaltspunkte, um auch diejenige des Besserstellungsverbots in Frage zu stellen. Die aktuellen europarechtlichen Entwicklungen verdeutlichen zudem die Relevanz der Fragestellungen auch im Hinblick auf die Parallelen zum Besserstellungsverbot.

g) Vergleich mit Differenzierungsklauseln

Differenzierungsklauseln unterscheiden sich wie festgestellt bereits dadurch von den übrigen Fallgruppen, dass sie nur faktisch die Arbeitsbedingungen der tariflichen Außenseiter*innen beeinflussen, indem sie diejenigen der organisierten Arbeitnehmer*innen ihnen gegenüber abgrenzen und absichern. Insofern wirken sie – ähnlich wie das Besserstellungsverbot – begrenzend auf die Arbeitsbedingungen der tariflichen Außenseiter*innen ein. Insbesondere Tarifausschlussklauseln, die sicherstellen sollen, dass Außenseiter*innen nicht an tarifvertraglichen Vergünstigungen partizipieren, indem sie der Arbeitgeber*in verbieten, die nicht oder anders organisierten Beschäftigten zu den gleichen Bedingungen zu beschäftigen, ähneln dem Besserstellungsverbot jedenfalls in ihrer Konzeption als Verbot. Das Argument zugunsten der Zulässigkeit einfacher Differenzierungsklauseln, dass Außenseiter*innen einzelvertraglich ohne Weiteres mit der Arbeitgeber*in die gleichen Arbeitsbedingungen aushandeln können, greift für das Besserstellungsverbot gerade

⁵³⁰ So zur Tariftreue *Krebber*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2020, Art. 56 AEUV Rn. 5.

nicht: Die Zuwendungsempfänger*innen sollen unabhängig von einer etwaigen Gewerkschaftszugehörigkeit ihrer Beschäftigten maximal die tariflichen Arbeitsbedingungen gewähren; alles darüber hinaus ist zuwendungsrechtlich verboten. Umgekehrt betrachtet sind Differenzierungsklauseln also geradezu ein „Besserstellungsgebot“ bezogen auf die Gewerkschaftsmitglieder. Hinzu kommt: Während das Besserstellungsverbot nur die Besserstellung verbietet, verbietet beispielsweise die Tarifausschlussklausel bereits die Gleichbehandlung mit den Gewerkschaftsmitgliedern. Gegen die Bedeutung von Tarifausschlussklauseln wird vorgebracht, dass sich „leicht eine ‚Ersatzleistung‘ finden lässt, die den Exklusivitätsanspruch unterläuft.“⁵³¹ Im Anwendungsbereich des Besserstellungsverbots ist eine solche Ersatzleistung an die Beschäftigten gerade schon per definitionem verboten, was den Exklusivitätsanspruch des TVöD als Obergrenze untermauert. Außerdem unterscheidet sich das Ausmaß der faktischen Wirkung von Differenzierungsklauseln und Besserstellungsverbot erheblich. Während sich Differenzierungsklauseln in der Regel nur punktuell auf konkrete, einzelne Arbeitsbedingungen beziehen, erfasst das Besserstellungsverbot sämtliche Arbeitsbedingungen. Das BVerfG berücksichtigte zugunsten der Wirksamkeit von Stichtagsklauseln, dass nicht einer Gewerkschaft angehörige Beschäftigte „weitgehend“ wie Tarifunterworfenen behandelt würden.⁵³² Es erachtet das beschränkte Ausmaß von Differenzierungsklauseln im Gesamtbild der Arbeitsbedingungen mithin als Argument zugunsten ihrer verfassungsrechtlichen Wirksamkeit.

Die verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstäbe, die für Differenzierungsklauseln maßgeblich herangezogen werden, namentlich die negative Koalitionsfreiheit sowie die Arbeitsvertragsfreiheit, können als Ausgangspunkt für eine arbeitsrechtliche Beurteilung des Besserstellungsverbots ebenfalls herangezogen werden. Festzustellen ist jedoch zunächst, dass sich die Zielrichtung tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln maßgeblich vom Besserstellungsverbot unterscheidet. Differenzierungsklauseln sollen für die Arbeitnehmer*innen gerade einen Anreiz setzen, der Gewerkschaft beizutreten, während die doppelte Tarifbindung im Geltungsbereich des Besserstellungsverbots faktisch unmöglich bleibt. Es geht also

⁵³¹ Däubler/Heuschmid, RdA 2013, 1, 8.

⁵³² BVerfG, Beschl. v. 14.11.2018 – 1 BvR 1278/16, NZA 2019, 112, 113 Rn. 8.

bei ersteren um ein Mittel zur Stärkung einer auf Mitgliedschaft beruhenden Tarifautonomie, während das Besserstellungsverbot solche Bemühungen konterkariert. Deshalb kann, wie auch anfangs festgestellt, die negative Koalitionsfreiheit mit dem ausschlaggebenden Kriterium des Beitrittsdrucks, anders als für Differenzierungsklauseln, nicht als gleichermaßen tauglicher Bewertungsmaßstab für das Besserstellungsverbot dienen. Bei einfachen Differenzierungsklauseln ist jedoch ebenjener (unzureichender) Beitrittsdruck gerade das Hauptargument für die Zulässigkeit. Hinzu kommt, dass sich die tariflichen Außenseiter*innen durch den Gewerkschaftsbeitritt von der faktischen Wirkung der Differenzierungsklauseln „befreien“ und in den Genuss der Sonderleistungen kommen können, was unter Geltung des Besserstellungsverbots gerade nicht möglich ist. Entscheidender Maßstab ist deshalb vielmehr die Arbeitsvertragsfreiheit, deren Bedeutung für die Zulässigkeit von Differenzierungsklauseln in der Rechtsprechung gewachsen ist. Maßgebliches Argument des BAG im Urteil von 2011 dafür, dass Spannenklauseln gegen die Arbeitsvertragsfreiheit verstoßen würden, war, „dass es den Tarifvertragsparteien auch unter dem Gesichtspunkt der Tarifautonomie im Grundsatz verwehrt ist, Arbeitsbedingungen tariflich zu vereinbaren, die eine Verkürzung individualvertraglich begründeter Rechte bedeutet.“⁵³³ Was schon aus der Feder der nicht unmittelbar grundrechtsgebundenen Tarifparteien, die sich auf ihre umfassende Regelungsautonomie aus Art. 9 Abs. 3 GG berufen können, einen Eingriff bedeutet, muss umso mehr für den Staat gelten. Er muss sich außerdem unmittelbar an den Maßstäben von Art. 12 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG messen lassen. Denn: Aus der unterschiedlichen Urheberschaft ergibt sich für das Besserstellungsverbot der essentielle Unterschied, dass die verfassungsrechtlichen Maßstäbe strenger angewendet werden müssen. Es geht beim Besserstellungsverbot nicht um die Frage der Regelungszuständigkeit der Tarifparteien, sondern um diejenige des Staates, der sich den tarifvertraglichen Regelungsbereich in gewissem Umfang zu eigen macht, indem er faktische Höchsttarifbedingungen setzt. Das gilt jedenfalls, solange die Tarifparteien nicht unmittelbar grundrechtsgebunden sind. Wenn schon Tarifausschlussklauseln intensiv und final in die Arbeitsvertragsfreiheit eingreifen, muss das gleichermaßen für das Besserstellungsverbot gelten, in dessen Anwendungsbereich für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung umso strengere

⁵³³ BAG, Ur. v. 23.3.2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920, 924 Rn. 41 f.

Maßstäbe anzulegen sind.⁵³⁴ Dass beide bloß rein faktisch entgegenstehende vertragliche Abreden unterbinden, genügt für eine hohe Beeinträchtigungsintensität, denn es kann nicht davon ausgegangen werden, dass Arbeitgeber*innen die bestehenden Pflichten gegenüber Gewerkschaft oder Zuwendungsgeber*in verletzen.⁵³⁵ Für das Besserstellungsverbot kann jedenfalls die Stärkung der Tarifautonomie nicht als Rechtfertigungsgrund dienen.

Im erwähnten Urteil des BAG von 2011, in dem ein Verstoß der in Frage stehenden Spannenklausel gegen die Arbeitsvertragsfreiheit angenommen wurde, wurde darüber hinaus das tarifvertragliche Günstigkeitsprinzip angeführt.⁵³⁶ Aus dem Günstigkeitsprinzip folge, dass die individuelle Privatautonomie in Gestalt der Arbeitsvertragsfreiheit im übertariflichen Bereich gegenüber der kollektiven Privatautonomie vorrangig sei.⁵³⁷ Während die bisherigen Fallgruppen und auch einfache Differenzierungsklauseln die Möglichkeit, individualvertraglich bessere Arbeitsbedingungen auszuhandeln, unberührt lassen, ist das im Anwendungsbereich des Besserstellungsverbots nicht der Fall.⁵³⁸ Es macht die tariflichen Arbeitsbedingungen zu faktischen Höchsttarbeitsbedingungen; werden trotzdem günstigere Arbeitsbedingungen vereinbart, bedeutet das einen Verstoß gegen das Besserstellungsverbot, der zuwendungsrechtlich sanktionierbar ist. Gleiches gilt für schuldrechtlich vereinbarte Tarifausschlussklauseln: Ein Verstoß dagegen kann ebenso von Gewerkschaftsseite sanktioniert werden.⁵³⁹ (Faktische) Höchsttarbeitsbedingungen widersprechen der Quintessenz des Günstigkeitsprinzips aus § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG als Ausfluss der individuellen Privatautonomie. Gerade im Zusammenhang mit der vermutlichen Unzulässigkeit von Tarifausschlussklauseln in Anbetracht der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu Differenzierungsklauseln wiegt dieses Argument besonders schwer. Dem wird entgegengehalten, dass die

⁵³⁴ Näher zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Besserstellungsverbots im Lichte der Arbeitsvertragsfreiheit unter Teil 2 C. II.

⁵³⁵ Vgl. in dem Sinne für Tarifausschlussklauseln *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 2012, S. 197; *Pionteck*, Stärkung der Tarifautonomie, 2021, S. 141.

⁵³⁶ BAG, Urt. v. 23.3.2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920, Rn. 41, 49. Den dortigen Erwägungen zum Günstigkeitsprinzip gegenüber kritisch *Waltermann*, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag in der auf Mitgliedschaft aufbauenden Tarifautonomie, 2016, S. 53 ff.

⁵³⁷ BAG, Urt. v. 23.3.2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920, 924 Rn. 41.

⁵³⁸ Zum Verhältnis vom Besserstellungsverbot und Günstigkeitsprinzip ausführlich unter Teil 2 C.

⁵³⁹ Voraussetzung für die Sanktionierbarkeit ist denklogisch, dass die normative oder schuldrechtliche Vereinbarung rechtlich überhaupt wirksam ist. S. dazu schon oben Teil 2 B. II. 1. g).

Individualfreiheit entgegen der Interpretation des Günstigkeitsprinzips keinen Vorrang genieße: Auch ohne Differenzierungsklausel sei es der Arbeitnehmer*in häufig faktisch unmöglich, ihre Arbeitskraft zu ihrem Marktwert zu verkaufen.⁵⁴⁰ Insofern stellen *Däubler/Heuschmid* gar eine Verbindung zwischen Differenzierungsklauseln und dem zuwendungsrechtlichen Besserstellungsverbot her.⁵⁴¹ Faktische Einschränkungen der individuellen Freiheit müssten deshalb grundrechtlich abgewogen werden.

Im Zusammenhang mit den Erwägungen zur Sanktionierbarkeit bietet sich der Vergleich an, inwiefern bei einem Verstoß gegen eine Tarifausschlussklausel oder gegen das Besserstellungsverbot deren Inhalte jeweils durchsetzbar sind. Unter dem Begriff der Durchsetzbarkeit sollten auch die Durchsetzungsmöglichkeiten der einzelnen Arbeitnehmer*in thematisiert werden, die gleichlaufende einzelvertragliche Vereinbarungen mit ihrer Arbeitgeber*in treffen will. Die Hürden der Differenzierungsklausel sowie des Besserstellungsverbots wirken sich dabei unterschiedlich aus. Das BAG bezeichnete es in der Vergangenheit als rechtlich-logisch unmöglich, dass die Arbeitgeber*in unter Geltung einer qualifizierten Differenzierungsklausel gegenüber den tariflichen Außenseiter*innen eine gleichlaufende Verpflichtung erfüllt und dadurch die Differenzierung aushebelt.⁵⁴² Das wurde berechtigterweise von einigen Stimmen in der Literatur kritisiert und mag beispielsweise für Tarifausschlussklauseln in dem Umfang nicht gelten.⁵⁴³ Ausgangspunkt ist deshalb die überzeugendere These, dass die individualvertragliche Gleichstellung der Außenseiter*in sowohl jedenfalls bei der schuldrechtlich vereinbarten Tarifausschlussklausel⁵⁴⁴ als auch im Anwendungsbereich des Besserstellungsverbots erst einmal faktisch möglich sei. Fraglich ist anschließend, wie eine solche Abrede nachträglich sanktioniert werden kann – entweder wie erwähnt von der Zuwendungsgeber*innenenseite oder durch die Gewerkschaft. Vereinbart die Arbeitgeber*in entgegen einer Tarifausschlussklausel individualvertraglich die

⁵⁴⁰ *Däubler/Heuschmid*, RdA 2013, 1, 7; a.A. *Hartmann/Lobinger*, NZA 2010, 421, 423, die den Schwerpunkt darauf legen, dass jede Leistungserhöhung gegenüber Außenseiter*innen durch Abstandsklauseln „zielgerichtet erschwert“ wird; insbesondere, weil die ihnen gewährte Leistung auch die Arbeit sämtlicher organisierter Beschäftigter entsprechend verteuert.

⁵⁴¹ Ohne das Besserstellungsverbot explizit zu benennen, es jedoch umschreibend *Däubler/Heuschmid*, RdA 2013, 1, 7.

⁵⁴² BAG, Urt. v. 23.3.2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920, 926 Rn. 54 f.

⁵⁴³ So *Neumann*, AP GG Art. 9 Nr. 147; s. außerdem *Däubler/Heuschmid*, 4. Aufl. 2016, § 1 Rn. 1086.

⁵⁴⁴ Zur Frage der Zulässigkeit einer normativen oder schuldrechtlichen Vereinbarung s.oben Teil 2 B. II. 1. g).

Gleichstellung einer tariflichen Außenseiter*in, ist jedenfalls ein Rückgriff der Gewerkschaft auf ebenjene Arbeitnehmer*in nicht denkbar. Sie kann nicht auf der Grundlage des Verstoßes von der Arbeitgeber*in verlangen, das „überzahlte“ Entgelt zurückzufordern. Anderes gilt beim Besserstellungsverbot, bei dem aufgrund der Abhängigkeit von der Zuwendung eine andere Machtverteilung gegenüber der Zuwendungsgeber*in besteht.⁵⁴⁵ Naheliegender ist, dass die Gewerkschaft gegenüber der Arbeitgeber*in möglicherweise eine Schadensersatzforderung geltend macht, wobei die Darlegung und Bezifferung eines konkreten Schadens kein Kinderspiel sein dürfte. Ob Ansprüche auf Unterlassung, Vertragsstrafen oder sonstige Druckmittel zur Rechtsdurchsetzung bestehen, ist fraglich.⁵⁴⁶ Selbst ohne tatsächliche Sanktionierung durch die Gewerkschaft und im Falle der Wirksamkeit des Vertragsschlusses mit der Außenseiter*in „kann das Versprechen geeignet sein, den Arbeitgeber von einer Gleichstellung des Außenseiters abzuhalten.“⁵⁴⁷ Man könne nicht davon ausgehen, dass die Arbeitgeber*in eine bestehende schuldrechtliche Pflicht gegenüber der Gewerkschaft verletzen würde.⁵⁴⁸ Genau aus dem Grund wurde für qualifizierte Spannenklauseln in manchen Fällen, wie geschildert, ein Verstoß gegen die Arbeitsvertragsfreiheit angenommen. Ohne Tarifausschlussklausel müsste die Außenseiter-Arbeitnehmer*in allein finanzielle Bedenken der Arbeitgeber*in überwinden; mit der Klausel erhält die Arbeitgeber*in einen weiteren Anreiz, von entsprechenden Vereinbarungen abzusehen.⁵⁴⁹ Tarifausschlussklauseln senken damit die Chancen der Außenseiter*in auf einen günstigen Vertragsschluss;⁵⁵⁰ das gilt erst Recht für das Besserstellungsverbot, bei dem der Zuwendungserhalt an sich gefährdet würde. Das Besserstellungsverbot senkt die Chance somit nicht nur, sondern beseitigt sie faktisch.

Besonderheiten könnten sich zudem aus der Nähe des Besserstellungsverbots zum öffentlichen Dienst- und Haushaltsrecht ergeben. *Löwisch* weist darauf hin, dass

⁵⁴⁵ Dazu näher unter Teil 3 B. II.

⁵⁴⁶ Das lehnt bspw. *Giesen*, NZA 2004, 1317, 1320, unter Verweis auf die Unwirksamkeit jeglicher Abreden, die Außenseiter*innen schlechterstellen, ab. Die Frage nach der Sanktionierbarkeit hängt eng mit der Frage nach der Zulässigkeit derartiger Vereinbarungen zusammen.

⁵⁴⁷ *Kamanabrou*, FS Kreuzt 2010, 197, 203.

⁵⁴⁸ *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 2012, S. 197; *Pionteck*, Stärkung der Tarifautonomie, 2021, S. 141.

⁵⁴⁹ *Kamanabrou*, FS Kreuzt 2010, 197, 203.

⁵⁵⁰ *Franzen*, RdA 2006, 1, 6; *Kamanabrou*, FS Kreuzt 2010, 197, 202; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 1690 f.

einfache Differenzierungsklauseln im öffentlichen Dienst durch die bestehenden haushaltsrechtlichen Bindungen in unzulässige Tarifausschlussklauseln umschlagen würden.⁵⁵¹ Die dort geltenden Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit würden die öffentliche Arbeitgeber*in faktisch hindern, höhere als die in Tarifverträgen festgelegten Entgelte zu vereinbaren.⁵⁵² Das Besserstellungsverbot ist letztlich eine Konkretisierung der Haushaltsgrundsätze. Insofern greifen im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung, beispielsweise eines Eingriffs des Besserstellungsverbots in die Arbeitsvertragsfreiheit, andere Rechtfertigungsgründe: Wie erwähnt geht es nicht um eine etwaige Stärkung der mitgliedschaftsbasierten Tarifautonomie, sondern um die Wahrung der Haushaltsgrundsätze, die letztlich der Funktionsfähigkeit des Staates dienen.⁵⁵³ Dass durch das Besserstellungsverbot anders als bei unmittelbar öffentlichen Arbeitgeber*innen die „haushaltsrechtliche Beseitigung des Günstigkeitsprinzips auf den privaten Bereich ausgedehnt wird“⁵⁵⁴, steht freilich auf einem anderen Blatt.⁵⁵⁵

Sowohl Differenzierungsklauseln als auch das Besserstellungsverbot wirken faktisch-begrenzend auf die Arbeitsbedingungen der Außenseiter*innen. Insbesondere Tarifausschlussklauseln ähneln ihrer Konzeption nach dem Besserstellungsverbot, formulieren jedoch genau umgekehrt ein Besserstellungsgebot bezogen auf die Gewerkschaftsmitglieder. Weil im Anwendungsbereich des Besserstellungsverbots keine doppelte Tarifbindung erzeugt werden kann, ist die Interessenlage naturgemäß eine andere; sie beruht auf haushaltsrechtlichen Vorgaben und nicht auf tarifautonomiestärkenden Erwägungen.

2. Rechtsprechung und Standpunkt der Exekutive

Rechtsprechung zum Einfluss des Besserstellungsverbots auf die tarifliche Selbstbestimmung ist rar gesät, jedenfalls was die dogmatische Auseinandersetzung damit anbelangt. Nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung sind Besserstellungsverbot und Tarifautonomie deshalb miteinander vereinbar, weil der Zuwendungsempfänger*in durch das Verbot keine Vorschriften über die

⁵⁵¹ *Löwisch*, NZA 2011, 187 f.; außerdem *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 1 Rn. 2136.

⁵⁵² *Löwisch*, NZA 2011, 187, 188

⁵⁵³ Näher dazu unter Teil 2 C. II. 1.

⁵⁵⁴ *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 1 Rn. 763.

⁵⁵⁵ Dazu näher Teil 2 C.

Vergütungshöhe gemacht würden: „Nur die Inanspruchnahme staatlicher Mittel für die Zahlung der Vergütung ist in der Weise begrenzt, dass sich die Höhe der Zuschüsse nach der an entsprechende staatliche Bedienstete zu zahlenden Vergütung richtet.“⁵⁵⁶ Die Aussage vermag nicht zu überzeugen. Es widerspräche dem Subsidiaritätsprinzip, wenn die Zuwendungsempfänger*in eigene Finanzmittel verwenden dürfte, um die Vergütung ihrer Beschäftigten übertariflich aufzustocken. Die finanziellen Mittel könnten haushaltsrechtlich betrachtet schließlich anstelle der Zuwendung zur Erfüllung des vorgesehenen Zwecks im Sinne der Zweck-Mittel-Relation effektiver anderweitig ausgegeben werden, als dass das grundsätzlich angemessene vergleichbare Entgelt für Beschäftigte des Bundes erhöht wird. Es würde den Haushaltsgrundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit mithin nicht gerecht, wenn vom Besserstellungsverbot dann eine Ausnahme gemacht würde, wenn die Besserstellung mit eigenen Geldern der Zuwendungsempfänger*in finanziert wird. Letztlich könnte dann aufgrund der beschriebenen teleologischen Gesichtspunkte gar ein Verstoß gegen das Besserstellungsverbot oder andere Maßgaben des Zuwendungsrechts bejaht werden. Damit ist auch das Argument entkräftet, dass die Tarifautonomie der Zuwendungsempfänger*in, beispielsweise hinsichtlich der Vergütungshöhe, nicht durch das Besserstellungsverbot betroffen sei.

Das VG München näherte sich einem ähnlichen Rechtsstreit aus anderer Perspektive und befand, dass das Besserstellungsverbot zwar die Höhe der zuschussfähigen Personalkosten begrenze, der Zuwendungsempfänger*in aber keine Vorgaben mache, welchen Tarifvertrag sie abzuschließen habe.⁵⁵⁷ Die Begründung erinnert an den Schutzbereich der negativen Koalitionsfreiheit, in den nach gängiger Auffassung insbesondere durch Druckausübung zum Beitritt zu einer Koalition eingegriffen werden kann. Einen solchen Druck verneinte das VG München und entzog sich damit einer weiteren Auseinandersetzung mit der Tarifautonomie und dem positiven Schutzgehalt der Koalitionsfreiheit. Der Beitrittsdruck als Kriterium für die Einbeziehung tariflicher Außenseiter*innen ist jedoch in den Fällen fehlgeleitet, in denen ein Beitritt in die entsprechende Koalition jedenfalls für die Arbeitgeber*in gar nicht möglich ist, wie

⁵⁵⁶ BVerwG, Beschl. v. 3.5.1999 – 3 B 91/98, BeckRS 2011, 45198; ähnliche Formulierung in OVG Niedersachsen, Beschl. v. 9.7.2013 – 8 LA 102/12, BeckRS 2013, 53658; OVG Niedersachsen, Urt. v. 26.9.2013 – 8 LC 208/12, BeckRS 2013, 57074.

⁵⁵⁷ VG München, Urt. v. 19.11.2009 – M 15 K 07.5555, BeckRS 2009, 49071.

insbesondere unter Geltung des Besserstellungsverbots. Das sonst geltende Argument, dass der Beitrittsdruck dadurch entstünde, dass nur mit Beitritt eine Einflussnahme möglich sei,⁵⁵⁸ kann in solchen Fällen nicht greifen: Aufgrund des Besserstellungsverbots steht es der Zuwendungsempfänger*in nur in der Theorie frei, ob und welchem Tarifvertrag sie beitrifft. Praktisch würde so gut wie jede tarifrechtlich relevante Handlung zu einem Verstoß gegen das Besserstellungsverbot führen oder die Einhaltung jedenfalls erheblich verkomplizieren. Der durch fehlende Einflussmöglichkeit entstehende Beitrittsdruck kann noch so groß sein, die Zuwendungsempfänger*in kann dem Arbeitgeber*innenverband des TVöD dennoch nicht beitreten. Damit kann ebendieser Beitrittsdruck nicht einziger Maßstab für die Beurteilung der Außenseiter*innenwirkung des Besserstellungsverbots sein.

Auch die Bundesregierung bot in Reaktion auf eine kleine Anfrage der Fraktion Die Linke und weiterer einzelner Abgeordneter⁵⁵⁹ eine einfache Lösung für den Interessenkonflikt zwischen Besserstellungsverbot und Tarifautonomie. Tarifgebundene Arbeitgeber*innen aus der Privatwirtschaft dürften schlichtweg keine Zuwendungen erhalten, weil sonst automatisch ein Verstoß gegen das Besserstellungsverbot vorliege. Deshalb werde die Tarifautonomie in Gestalt des Abschlusses von Tarifverträgen gerade nicht berührt. Dabei handelt es sich um ein Scheinargument, weil die vermeintliche Lösung ein Zirkelschluss ist: Zuwendungsempfänger*innen steht es gerade nicht offen, tarifrechtlich aktiv zu werden, weil sie nach der Argumentation der Bundesregierung in der Folge per se als taugliche Zuwendungsempfänger*in ausscheiden. Wie festgestellt ist die Mehrheit der Zuwendungsempfänger*innen jedoch auf die staatliche finanzielle Förderung angewiesen, um ihren Betrieb aufrecht zu erhalten, sodass die Option, sich ohne Zuwendungen zu finanzieren, keine tatsächliche Option ist. Schließlich argumentiert die Bundesregierung einseitig, indem sie vernachlässigt, dass in allen Fällen nicht nur ein Interesse der Zuwendungsempfänger*in selbst, sondern auch des Bundes an der Erfüllung der Zuwendungszwecke besteht, vgl. § 23 BHO. Deshalb handelt es sich bei der Bewilligung von Zuwendungen nicht um ein einseitiges „Geben“, wie es die Begründung impliziert, sondern vielmehr um ein auf Beidseitigkeit beruhendes Gefüge.

⁵⁵⁸ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 19.10.1966 – 1 BvL 24/65, BVerfGE 20, 312, 321 f.; BVerfG, Beschl. v. 15.7.1980 – 1 BvR 24/74, 1 BvR 439/79, BVerfGE 55, 7, 22.

⁵⁵⁹ BReg-Drs. 16/4305, 3.

Die geradezu flapsig wirkende Antwort auf die Kleine Anfrage stellt den Nachholbedarf in der dogmatischen Auseinandersetzung mit dem Konfliktfeld Besserstellungsverbot und Tarifautonomie eindrücklich unter Beweis. Außerdem verdeutlicht es den Mehrwert der fallgruppenspezifischen Betrachtung, da es aufgrund der wenigen und dabei wenig hilfreichen Urteile notwendig ist, allgemeine Maßstäbe für die Bewertung des Besserstellungsverbots heranzuziehen.

3. Zusammenfassende Stellungnahme

Eine eindeutige, objektiv richtige Antwort auf die Frage, ob das Besserstellungsverbot mit dem Grundsatz der Tarifautonomie vereinbar ist, gibt es nicht. Schon das Wesen der Tarifautonomie an sich und ihre konkrete Ausgestaltung sind seit Jahrzehnten höchst umstritten; sie sind gleichsam „das Wespennest des deutschen Tarifrechtsdiskurses der letzten Jahre und Jahrzehnte“⁵⁶⁰. Es handelt sich keinesfalls um eine gesicherte Bewertungsgrundlage, zieht man die Tarifautonomie beispielsweise allein in Gestalt der kollektiven Privatautonomie heran. Ohne die inhaltliche Berücksichtigung der vielseitigen Facetten der tariflichen Selbstbestimmung kann kein zufriedenstellendes Ergebnis gefunden werden. Wenn Außenseiter*innen von tarifvertraglichen Regelungen erfasst werden, läuft das dem Grundsatz der doppelten Tarifbindung zuwider, der jedenfalls die Auffassung von der Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie zugrundeliegt. Dennoch sind in der Praxis zahlreiche Beschränkungen der tariflichen Selbstbestimmung anerkannt, bei denen vom Erfordernis der doppelten Tarifbindung abgesehen wird. Das wird regelmäßig dadurch abgedeckt, dass zwischen die Ebene der kollektivrechtlichen Abmachung und der individualrechtlichen Umsetzung eine staatliche Instanz geschaltet wird, wie beispielsweise bei der ministerialen Allgemeinverbindlicherklärung in § 5 TVG. Doch schon die bloß abstrakte, nicht einzelfallbezogene gesetzliche Anordnung der Dritterstreckung genügt nach dem Status quo mitunter den Anforderungen der Tarifautonomie, wie beispielsweise bei der Tariftreue. Festzustellen ist, dass die tarifliche Selbstbestimmung keinesfalls schrankenlos gewährleistet wird. Der „Trend“ zur Geltungserstreckung von Tarifnormen unabhängig von der Tarifbindung ist in den letzten Jahrzehnten stetig angestiegen. Bei dem Bestreben, einen Ausgleich zwischen staatlichen Interessen und den Kerngedanken der Tarifautonomie herzustellen,

⁵⁶⁰ Greiner, ZfA 2017, 309, 312.

tendiert die Waage immer mehr in Richtung der zulässigen Einbeziehung von tariflichen Außenseiter*innen. Das lässt sich sicherlich mit dem stark rückläufigen Organisationsgrad erklären, der dazu führt, dass die originär tarifautonome Gestaltungsmacht der Koalitionen in ihrer Reichweite stark geschrumpft ist. „Der Gesetzgeber geht zur Bewältigung der Funktionsschwäche der deutschen Tarifautonomie hauptsächlich den Weg über eine Ausweitung der Tarifwirkung“⁵⁶¹, diagnostizierte auch *Waltermann*. Fraglich ist, am Rande angemerkt, ob dazu nicht Anreize für eine privatautonom-mandatsmäßige Reichweitenerweiterung sinnvoller wären als die Fokussierung auf die davon unabhängige Geltungserstreckung.⁵⁶² Hält man daran fest, dass die Koalitionen aufgrund ihrer Sachnähe und dem idealerweise bestehenden Kräftegleichgewicht eine wichtige Akteur*in in der Gestaltung der Arbeitsbedingungen bleiben sollen, lässt sich die Einbeziehung tariflicher Außenseiter*innen in ihren Regelungsbereich dennoch wesentlich leichter begründen.

Letztlich ähnelt die Beschränkung der tariflichen Selbstbestimmungsmöglichkeiten durch das Besserstellungsverbot am ehesten der Fallgruppe der Tariftreuegesetze in ihrer ursprünglichen Form. Schon dabei waren sich BGH und BVerfG uneins und die Literatur gespalten, ob diese Form der Dritterstreckung zulässig ist. Das zeigt besonders markant, wie uneindeutig die Antwort nach den Grenzen der Außenseiter*innenwirkung ist. Das Besserstellungsverbot ist gesetzlich geregelt, für die Zuwendungsempfänger*in entfaltet es jedoch erst über den zuwendungsgewährenden Verwaltungsakt konkrete Rechtswirkung. Anders als beispielsweise bei § 613a Abs. 1 S. 1 BGB beruht die Außenseiter*innenwirkung also nicht konkret auf einer gesetzlichen Regelung, sondern die einschlägige Norm richtet sich an die bewilligende Behörde, welche wiederum über den an die Zuwendungsempfänger*in gerichteten Verwaltungsakt Bindungswirkung erzeugt. Ähnlich ist es bei der Tariftreue, wo die gesetzliche Regelung jedoch nicht nur über Verwaltungshandeln Wirkung für die Auftragnehmer*in entfaltet, sondern sie gleichzeitig mit schuldrechtlicher Wirkung erklären muss, dass sie sich zur Einhaltung bestimmter Tarifnormen verpflichtet. Mittels des Besserstellungsverbots entsteht für sämtliche Unternehmen, die auch nur in Betracht ziehen, Zuwendungen zu

⁵⁶¹ *Waltermann*, ZfA 2020, 211, 227.

⁵⁶² Ähnlich *Waltermann*, RdA 2018, 137, 138.

beantragen, außerdem erhebliche Vorwirkung: Bei wohlüberlegter Betriebsgestaltung sollten sich die Arbeitsbedingungen der Beschäftigten von vornherein, beispielsweise durch vertragliche Bezugnahmeklauseln, am TVöD orientieren, um vorbeugend den passenden rechtlichen Rahmen für eine Zuwendungsgewährung zu schaffen. Dadurch wird die faktische Anwendbarkeit des Tarifvertrags in zuwendungsabhängigen Branchen wie beispielsweise dem Nonprofit-Bereich, für die der TVöD inhaltlich nicht ausgelegt wurde, erheblich erweitert. Spätestens dann, wenn tatsächlich Zuwendungen beantragt und bewilligt werden, erhöht sich der Geltungsdruck des TVöD, der nichtsdestotrotz weitgehend faktischer Natur bleibt, weil den Arbeitgeber*innen überlassen ist, inwiefern sie ihm individualarbeitsvertraglich gerecht werden. Zugleich bleibt es der Zuwendungsempfänger*in verwehrt, der entsprechenden Koalition beizutreten und auf die Tarifverhandlungen Einfluss zu nehmen. Außerdem bezieht sich das Besserstellungsverbot auf sämtliche monetäre und nicht monetäre Arbeitsbedingungen, statt beispielsweise nur auf das Arbeitsentgelt. Damit ist die Reichweite der Geltungserstreckung erheblich umfassender als beispielsweise bei der genannten Tariftreue, aber auch bei den Rechtsverordnungen nach AEntG und AÜG.

Der entscheidende Unterschied zwischen dem Besserstellungsverbot und den in der Praxis anerkannten Fällen der Drittwirkung, in denen die tarifliche Selbstbestimmung der Außenseiter*innen zurücktritt, ist, dass das Besserstellungsverbot Höchst- statt Mindestarbeitsbedingungen festlegt, während zugleich das für die Arbeitnehmer*innen vorteilhafte Günstigkeitsprinzip ausgehebelt wird.⁵⁶³ Zwar setzen auch Differenzierungsklauseln faktische Höchstarbeitsbedingungen; je nach konkreter Ausgestaltung lassen sich jedoch einzelvertraglich günstigere Arbeitsbedingungen aushandeln. Außerdem ist die Zulässigkeit beispielsweise von Tarifausschlussklauseln nach wie vor umstritten. Hervorzuheben ist zum einen, dass dadurch beim Besserstellungsverbot eine gänzlich andere Schutzrichtung besteht als in den Fällen, in denen Mindestarbeitsbedingungen insbesondere dem sozialen Schutz der Arbeitnehmer*innen dienen. Schließlich wird die Dritterstreckung regelmäßig damit begründet, dass sie „erheblich zur Ordnung des Arbeitslebens und

⁵⁶³ Zu letzterem ausführlich unten Teil 2 C.

zur breiten Herstellung angemessener Arbeitsbedingungen“⁵⁶⁴ beiträgt. Eine solche Begründung hängt eng mit der Annahme einer umfassenden Gestaltungsaufgabe der Tarifvertragsparteien zusammen, die nur dann sinnvoll ist, wenn sie das Gemeinwohl im Blick behält. Eine soziale Funktion hat das Besserstellungsverbot aber jedenfalls nicht in erster Linie – es dient weniger dem Gemeinwohl, als vielmehr vorrangig den haushalterischen Interessen des Staates. Dabei kann man anmerken, dass auch Staatsinteressen wegen der Bedeutung für die Funktionsfähigkeit des Staates gewissermaßen gemeinwohltrelevant sind. Die Kausalitätskette der Argumentation ist jedoch deutlich länger als für den sozialen Schutz der Arbeitnehmer*innen durch Mindestarbeitsbedingungen. Deshalb sind die Voraussetzungen für die Beschränkungen der tariflichen Selbstbestimmung in den genannten Fallgruppen nur eingeschränkt vergleichbar. Die Angemessenheitsvermutung des Tarifvertrags ist gerade nicht primärer Anknüpfungspunkt des Besserstellungsverbots für die Außenseiter*innenwirkung. Deshalb sollten im Zusammenhang mit dem Besserstellungsverbot erst Recht mindestens dessen Vorgaben zur externen Kontrolle und Transparenz gewährleistet werden. Das Gegenteil ist jedoch der Fall: Eine staatliche „Kontrolle“ des Inhalts des TVöD findet allein dadurch statt, dass der Staat Tarifpartei des TVöD ist. Damit ist er zwar an der Erstellung der Tarifnormen beteiligt, allerdings als Vertreter eigener Interessen und nicht als neutrale Kontrollinstanz. Zudem sind wie geschildert keinerlei Transparenzanforderungen zugunsten der vom Besserstellungsverbot betroffenen Arbeitnehmer*innen vorgesehen, weder hinsichtlich dessen Geltung noch der Umsetzung. Die einzelne Arbeitnehmer*in wird also nur im Zweifel Kenntnis von der verwaltungsrechtlichen Geltung des Besserstellungsverbots gegenüber ihrer Arbeitgeber*in haben. Auch gegenüber den Zuwendungsempfänger*innen ist die Transparenz bezogen auf die Vorgaben des Besserstellungsverbots gering, weil es weitgehend unbestimmt formuliert und stark einzelfallabhängig zu betrachten ist, mithin grundsätzlich weitreichende arbeitsrechtliche Untersuchungen erfordert.

Das Besserstellungsverbot legt zudem die Arbeitsbedingungen des TVöD als Obergrenze fest, ohne dass den Beschäftigten ein Anspruch auf eine dynamische Anpassung bei Tarifierhöhungen im öffentlichen Dienst zusteht. Aus dem Blickpunkt

⁵⁶⁴ Vgl. Greiner, NZA 2016, 10.

der erwähnten sozialen Schutzfunktion der (Mindest-)Arbeitsbedingungen ist das besonders kritisch zu betrachten. Es ist vorstellbar, dass eine Zuwendungsempfänger*in über mehrere Jahre hinweg an ursprünglich vereinbarten Arbeitsverträgen festhält, die sich an der bei Vertragsschluss gültigen Fassung des TVöD orientieren, ohne sie dessen tariflicher Entwicklung entsprechend anzupassen. Bei normativer Wirkung des TVöD wäre das rechtlich unmöglich; bei statisch wirkender vertraglicher Bezugnahme auf den TVöD wäre ein solches Szenario denkbar. Hinzu kommt aber, dass es für die Zuwendungsempfänger*in rechtlich unmöglich ist, dem Arbeitgeber*innenverband des TVöD beizutreten, und es deshalb auch ihren Beschäftigten verwehrt wird, die zwingende Tarifnormwirkung nach § 4 Abs. 1 TVG zu erzeugen. Damit unterscheidet sich die Situation zusätzlich von derjenigen der „normalen“ tariflichen Außenseiter*innen. Mit jeder Verbesserung der Arbeitsbedingungen des TVöD verschiebt sich zugleich die über das Besserstellungsverbot vermittelte Höchstgrenze nach oben. Deshalb entsteht für die Beschäftigten der Zuwendungsempfänger*in mit jeder Tarifierhöhung zwar theoretisch ein neuer Spielraum für die zuwendungsrechtlich zulässigen Arbeitsbedingungen; gleichzeitig besteht aber kein Anspruch auf eine entsprechende Anpassung. Zusätzlich ist nicht gewährleistet, dass die Unterschreitung mancher Arbeitsbedingungen des TVöD durch günstigere Bedingungen in anderen Bereichen interessenmäßig ausgeglichen wird. Es besteht also über die Festlegung des TVöD als Obergrenze hinaus keinerlei weitere Inhaltskontrolle der Arbeitsbedingungen der Zuwendungsempfänger*in. Damit trägt das Besserstellungsverbot nicht dazu bei, ein gesamtarbeitsvertragliches Gleichgewicht herzustellen. Schon durch die gesetzliche Festlegung des Besserstellungsverbots kommt es auf gewisse Weise zu einer „faktische[n] Außenseitererstreckung ohne Rücksicht auf den Tarifinhalt“⁵⁶⁵. Gerade weil die herausgearbeiteten Kriterien für die Geltungserstreckung auf Dritte nicht gewahrt werden, liegt der Schwerpunkt auf den inhaltlichen Rechtfertigungsgründen, die wegen der diametral anders gelagerten Zwecksetzung entsprechend angepasst werden müssen.

⁵⁶⁵ So zur Tariftreue *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit, 2014, S. 358; vgl. *Kämmerer/Thüsing*, ZIP 2002, 596, 601 f.

Als Kehrseite der Verweisung auf den TVöD im Besserstellungsverbot ist schließlich der Beschluss des BVerfG zum Bergmannversorgungsschein heranzuziehen. Dort stellte das Gericht fest, dass staatliche Rechtsnormen nur auf solche tarifvertraglichen Regelungen verweisen dürfen, die im Zeitpunkt des Verweises im Wesentlichen feststehen. Schon bei der Tariftreue ist diskutabel, ob jedenfalls die Tariftreuegesetze der ersten Generation den im Bergmannversorgungsschein-Beschluss festgelegten Anforderungen genügen. Insbesondere mutete es als versuchte Umgehung der Anforderungen des BVerfG an, den Verweis auf die Tarifregelungen von der Auftragnehmer*in in Gestalt einer Verpflichtungserklärung einzufordern, obwohl das konkrete Vorgehen im Ganzen ohnehin gesetzlich vorgesehen war. Nichtsdestotrotz bejahte das BVerfG später die Verfassungsmäßigkeit des Berliner Tariftreuegesetzes. Zweifel daran äußerte zuvor der BGH. Es bleibt fraglich, ob nicht auch das Besserstellungsverbot die Anforderungen des Bergmannversorgungsschein-Beschlusses umgeht, indem seine gesetzliche Normierung derart vage bleibt, dass sich der genaue Wirkmechanismus daraus nicht erschließen lässt. Die Allgemeinen Nebenbestimmungen des Zuwendungsbescheides fordern dann von der Zuwendungsempfänger*in gewissermaßen eine Selbstauflegung des TVöD, ohne Hinweis auf eine konkrete Fassung. Die Verweisung auf den TVöD ist also je nach dem Zeitpunkt der Zuwendungsvergabe dynamisch, aber im Laufe des Zuwendungsverhältnisses bleibt es bei einer statischen Verweisung. Das wirkt so, als wolle der Gesetzgeber – wie bei der Tariftreueerklärung – durch die Hintertür eine in Anbetracht der früheren Rechtsprechung möglicherweise unzulässige Blankettverweisung auf einen von ihm bevorzugten Tarifvertrag umsetzen.

Im Lichte der tariflichen Selbstbestimmung sollten hohe Anforderungen an die zulässige Drittwirkung durch das Besserstellungsverbot gestellt werden. Zwar ist die faktische Bindung an einen Tarifvertrag nicht zwingend nachteilig. Vor dem Hintergrund der genannten Fallgruppen und Maßstäbe ist aber insbesondere kritisch, dass das Besserstellungsverbot einen Tarifvertrag als Höchstgrenze der Arbeitsbedingungen festsetzt und damit eine grundlegend andere Zwecksetzung verfolgt als in den üblichen Fällen der Dritterstreckung. Hinzu kommen die mangelnden Verfahrens- und Transparenzerfordernisse. Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass anhand der bisherigen Rechtspraxis und Rechtsprechung zu den Durchbrechungen

der tariflichen Selbstbestimmung, insbesondere aufgrund des verfassungsgerichtlichen Urteils zur Tariftreue, das Besserstellungsverbot nicht schon dadurch aus der Reihe fällt, dass es sich auf tarifliche Außenseiter*innen auswirkt. Davon gehen jedenfalls die Bundesregierung und Teile der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung aus. Dabei bleibt aber zu betonen, dass das keinesfalls die dogmatisch einzige, geschweige denn richtige Schlussfolgerung ist: Schließlich sind schon die Bewertungsmaßstäbe der Außenseiter*innenwirkung strittig. Hinzu kommt, dass auch gerade an das Besserstellungsverbot mangels Transparenzvorgaben und unabhängiger inhaltlicher Kontrolle besonders hohe Anforderungen gestellt werden müssten. Außerdem ist die staatliche Billigung des Besserstellungsverbots, die allein in der gesetzlichen Verankerung in § 8 Abs. 2 HG Bund zum Ausdruck kommt, mit einer tatsächlichen staatlichen Kontrolle der entsprechenden Tarifnormen und ihrer Umsetzung im Arbeitsverhältnis nicht gleichwertig. Da es beim Besserstellungsverbot allein um Eigeninteressen des Staates geht, ist er ausnahmsweise nicht neutraler Dritter, wie beispielsweise bei der Beteiligung des BMAS bei der Allgemeinverbindlicherklärung. Mithin sind § 8 Abs. 2 HG Bund und die damit zusammenhängenden Vorschriften nicht mit den herausgearbeiteten tarifrechtlichen Grundsätzen zur Einbeziehung tariflicher Außenseiter*innen vereinbar.

C. Besserstellungsverbot und Günstigkeitsprinzip

Weil das Besserstellungsverbot mit dem Maßstab des TVöD eine Obergrenze für sämtliche Arbeitsbedingungen festlegt, stellt sich die Frage, inwiefern es mit dem tarifrechtlichen Günstigkeitsprinzip aus § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG in Einklang zu bringen ist. Danach sind vom geltenden Tarifvertrag abweichende Abmachungen grundsätzlich zulässig, solange sie zugunsten der Arbeitnehmer*in wirken. Zu beleuchten ist zunächst, wie das tarifrechtliche Günstigkeitsprinzip zu charakterisieren ist und welche Reichweite es entfaltet. Anschließend wird das Besserstellungsverbot vor dem Hintergrund der Grundzüge des Günstigkeitsprinzips determiniert und geprüft, inwieweit beide miteinander vereinbar sind.

I. Grundzüge des Günstigkeitsprinzips

Gemäß § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG sind vom Tarifvertrag abweichende Abmachungen nur zulässig, soweit sie die tarifvertraglichen Regelungen zugunsten der Arbeitnehmer*in

abändern. Das dort normierte Günstigkeitsprinzip ist Kollisionsnorm⁵⁶⁶ und Grenze der Tarifgeltung⁵⁶⁷ zugleich, indem es die in § 4 Abs. 1, 2 TVG angeordnete, zwingende Tarifnormwirkung beschränkt. Tarifvertragsnormen sind mithin nur zwingend, soweit sie Mindestarbeitsbedingungen festlegen.⁵⁶⁸ Der Geltungsgrund des Günstigkeitsprinzips und die Frage nach seiner möglicherweise verfassungsrechtlichen Gewährleistung sind kontrovers diskutiert worden. Der Anwendungsbereich und die Reichweite von § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG sowie die Frage seiner Vereinbarkeit mit außertariflich festgelegten Höchstarbeitsbedingungen sollen im Folgenden dargestellt werden.

1. Geltungsgrund und Gewährleistung

Grundsätzlich dient das Günstigkeitsprinzip der Abgrenzung kollektiver Vertragsfreiheit im Sinne der Tarifautonomie auf der einen Seite von der individuellen Vertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien auf der anderen Seite.⁵⁶⁹ Die Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft oder einem Verband von Arbeitgeber*innen „ist kein Verzicht auf individuelle Vertragskompetenzen“⁵⁷⁰, weshalb der Widerstreit beider mittels einer Rangordnung ausgeglichen werden muss. Im Raum stehen die Grundrechte der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG sowie die Berufs- und Vertragsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG. Vor diesem Hintergrund wird der Geltungsgrund des Günstigkeitsprinzips sowie seine Auslegung verschiedentlich hergeleitet und diskutiert.

a) Grundgedanke

Früher wurde mitunter die Auffassung vertreten, dass das Günstigkeitsprinzip auf dem Leistungsprinzip beruhe.⁵⁷¹ Dem zufolge verleiht der Tarifvertrag einen Anspruch auf einen Tariflohn als Mindestlohn, während „besondere Leistungen durch ein

⁵⁶⁶ *Preis/Greiner*, Kollektivarbeitsrecht, 5. Aufl. 2020, § 96 Rn. 499; *Wiedemann/Wank*, 8. Aufl. 2019, § 4 Rn. 420.

⁵⁶⁷ Vgl. *Höpfner*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 499 ff.

⁵⁶⁸ *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 4 Rn. 531; *Preis/Greiner*, Kollektivarbeitsrecht, 5. Aufl. 2020, § 96 Rn. 476; vgl. BAG, Urt. v. 13.5.2020 – 4 AZR 489/19, NZA 2020, 1487, 1489 f. Rn. 28.

⁵⁶⁹ *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 4 Rn. 534; vgl. MHB ArbR/*Klumpp*, 4. Aufl. 2019, § 253 Rn. 5.

⁵⁷⁰ *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 4 Rn. 532.

⁵⁷¹ *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht, Bd. II/1, 1967, S. 572 f.; s. dazu *Siebert*, FS Nipperdey 1955, 119, 126 f.

übertarifliches Entgelt entlohnt werden dürfen.“⁵⁷² Weil die tariflichen Entgeltfestlegungen auf der Leistungsfähigkeit der durchschnittlichen Arbeitnehmer*in beruhen würden, seien für überdurchschnittliche Arbeitnehmer*innen übertarifliche Entlohnungen notwendig.⁵⁷³ Die übertarifliche Entlohnung würde erst durch das Günstigkeitsprinzip ermöglicht. Heute wird die Begründung des Günstigkeitsprinzips mit dem Leistungsprinzip überwiegend abgelehnt:⁵⁷⁴ Unterstellt man einen tatsächlichen Zusammenhang zwischen übertariflicher Bezahlung und Leistung, dann handelt es sich höchstens um eine „bloße Reflexwirkung“⁵⁷⁵ der Vorrangsregelung des § 4 Abs. 3 TVG. Zudem erfasst das Günstigkeitsprinzip sämtliche Besserstellungen der Arbeitnehmer*in unabhängig vom zugrundeliegenden Motiv, also auch losgelöst von Leistungsgesichtspunkten.⁵⁷⁶ Das spricht gegen die Begründung des Günstigkeits- mit dem Leistungsprinzip. Auch das arbeitsrechtliche Schutzprinzip wurde als Telos des Günstigkeitsprinzips bemüht: Es schütze die Arbeitnehmer*innen, indem es ihre Begünstigung ermögliche.⁵⁷⁷ Im Bereich übertariflicher Arbeitsbedingungen ist die Arbeitnehmer*in an sich nicht schutzbedürftig; die gestörte Verhandlungsparität wird bereits durch angemessene tarifliche Mindestarbeitsbedingungen ausgeglichen.⁵⁷⁸ Der Tarifvertrag ist zwar ein Schutzinstrument, nicht aber ein Instrument der Bevormundung.⁵⁷⁹ Deshalb gibt es keinen Grund, den Gestaltungsspielraum der Arbeitsvertragsparteien im übertariflichen Bereich einzuschränken. Der Herleitung des Günstigkeitsprinzips aus Schutzgesichtspunkten liegt mithin auf den ersten Blick ein eigentümliches Verständnis von Schutz zugrunde, solange nicht explizit von Privatautonomie oder Vertragsfreiheit die Rede ist.

⁵⁷² BAG, Urt. v. 24.5.1960 – 3 AZR 444/57, juris, Rn. 30.

⁵⁷³ Kühnast, Die Grenzen zwischen tariflicher und privatautonomer Regelungsbefugnis, 2005, S. 137.

⁵⁷⁴ Däubler/Deinert, 4. Aufl. 2016, § 4 TVG Rn. 617; Greiner, in: Henssler/Moll/Bepler (Hrsg.), Der Tarifvertrag, 2. Aufl. 2016, Teil 9 Rn. 200; Höpfner, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 505; Wiedemann/Wank, 8. Aufl. 2019, § 4 Rn. 423.

⁵⁷⁵ Höpfner, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 505.

⁵⁷⁶ Kühnast, Die Grenzen zwischen tariflicher und privatautonomer Regelungsbefugnis, 2005, S. 138.

⁵⁷⁷ BAG, Beschl. v. 16.9.1986 – GS 1/82, NZA 1987, 168, 172; BAG, Urt. v. 25.7.2001 – 10 AZR 390/00, NJOZ 2002, 146, 147; BAG, Beschl. v. 17.6.2003 – 3 ABR 43/02, NZA 2004, 1110, 1113; ebenso Henssler, ZfA 1994, 487, 505; Löwisch, FS Rittner 1991, 381, 388.

⁵⁷⁸ Höpfner, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 506.

⁵⁷⁹ Höpfner, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 501; vgl. auch Greiner, in: Henssler/Moll/Bepler (Hrsg.), Der Tarifvertrag, 2. Aufl. 2016, Teil 9 Rn 198.

Unterdessen wurde das Günstigkeitsprinzip alternativ als Kartellverbot für den Arbeitsmarkt charakterisiert.⁵⁸⁰ Das Kartellverbot ergäbe sich aus der wettbewerbsbeschränkenden Natur des Tarifvertrags, die nur dadurch ausgeglichen werde, dass das Günstigkeitsprinzip im übertariflichen Bereich Wettbewerbsfreiheit sicherstelle.⁵⁸¹ Die gewisse, wenn auch nicht einseitige, sondern vielmehr vertragliche Kartellwirkung von Tarifverträgen ist grundsätzlich anerkannt und zulässig.⁵⁸² Das allgemeine Kartellverbot des § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) greift deshalb gerade nicht für verbindliche Kollektivvereinbarungen über die in § 1 TVG genannten Materien in Tarifverträgen.⁵⁸³ Das Günstigkeitsprinzip begrenzt die tarifvertragliche Kartellwirkung zudem auf den Bereich der Mindestarbeitsbedingungen. An der Einordnung von § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG als Kartellverbot wird weiterhin kritisiert, dass es sich dabei nicht um eine kartellrechtliche, sondern um eine originär tarifrechtliche Regelung handele, deshalb sei auch die mögliche wettbewerbsrechtliche Wirkung erneut nicht mehr als ein bloßer Reflex des Günstigkeitsprinzips.⁵⁸⁴

Überzeugend ist vielmehr, den Geltungsgrund des Günstigkeitsprinzips in der Aufrechterhaltung der Privatautonomie zu sehen, weil § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG den Arbeitsvertragsparteien im übertariflichen Bereich einen individuellen Gestaltungsspielraum einräumt.⁵⁸⁵ Die Begründung steht im Einklang mit den Grundsätzen der Tarifautonomie, welche nur so weit reichen soll, wie die Verhandlungsparität durch kollektive Interessenausübung sichergestellt wird. Darüber hinaus lebt die Vertragsfreiheit der Einzelnen wieder auf. Das passt zur Rechtsnatur des Tarifvertrags, der gerade der „Entfaltung individueller Privatautonomie durch Kollektivierung [dient], nicht dagegen ihrer Hinderung“⁵⁸⁶. Außerdem hätten die

⁵⁸⁰ *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 1695 ff.; *Löwisch*, FS Rittner 1991, 381 ff.

⁵⁸¹ *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 1698.

⁵⁸² Durch die Berücksichtigung gegenseitiger Interessen von Gewerkschaft und Arbeitgeber*innenverband wirkt der Tarifvertrag anders als ein reguläres Kartell marktmarktbegrenzend, verhindert aber zugleich einen Unterbietungswettbewerb, vgl. MHB ArbR/*Rieble*, 4. Aufl. 2019, § 221 Rn. 6 ff.

⁵⁸³ *Roth/Ackermann*, in: Jaeger/Kokott/Pohlmann u.a. (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 99. EGL 2021, § 1 GWB Rn. 107 ff.; Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, 6. Aufl. 2020, § 1 GWB Rn. 48 mit Verweis auf Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 161 ff.

⁵⁸⁴ *Däubler/Deinert*, 4. Aufl. 2016, § 4 TVG Rn. 626.

⁵⁸⁵ So *Greiner*, in: Henssler/Moll/Bepler (Hrsg.), Der Tarifvertrag, 2. Aufl. 2016, Teil 9 Rn. 198; *Höpfner*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 506 ff.

⁵⁸⁶ *Greiner*, in: Henssler/Moll/Bepler (Hrsg.), Der Tarifvertrag, 2. Aufl. 2016, Teil 9 Rn. 204.

Gewerkschaften ohne das Günstigkeitsprinzip ein weitreichendes Regelungsmonopol, sodass sich die Beschäftigten „notgedrungen“ gewerkschaftlich organisieren müssten, um zufriedenstellende Arbeitsbedingungen sicherzustellen.⁵⁸⁷ Stattdessen ermöglicht das Günstigkeitsprinzip den Arbeitgeber*innen, eine gute Bezahlung gewissermaßen als Kampfmittel einzusetzen, um die Gewerkschaftsmitgliedschaft überflüssig zu machen.⁵⁸⁸ Es ist allerdings grundlegend diskutabel, inwieweit in dem vom strukturellen Machtgefälle geprägten Arbeitsverhältnis Raum für individuelle Privatautonomie besteht.⁵⁸⁹ Letztlich stellt diese dogmatische Grundfrage des Arbeitsrechts jedoch nicht das Günstigkeitsprinzip per se in Frage, sondern gibt vordergründig Rückschluss auf die angemessene Auslegung von § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG: „Wie ungleich auch immer die Verhandlungspositionen beschaffen sein mögen, zulässig ist nur eine Verbesserung des Tarifniveaus“.⁵⁹⁰ Dabei ist nicht jede subjektiv wahrgenommene Begünstigung eine günstigere Regelung im Sinne des § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG, sondern es gelten objektivierte Grenzen, um weiterhin einen Mindestschutz zu gewährleisten.⁵⁹¹ Ein Rückgriff auf die übrigen Erklärungsansätze zum Regelungszweck des Günstigkeitsprinzips ist mithin nicht erforderlich, da bereits die individuelle Privatautonomie alleine eine dogmatische Begründung des § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG bietet.⁵⁹² Richtigerweise sind sie als bloße Reflexwirkungen der gesetzgeberischen Entscheidung in § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG einzuordnen. Das Günstigkeitsprinzip als Mittel zur Aufrechterhaltung der Privatautonomie stellt einen Ausgleich zwischen der kollektiven und individuellen Ebene ebendieser her. Dabei gilt, dass die individuelle Privatautonomie grundsätzlich wieder Vorrang genießt, sobald die Mindestarbeitsbedingungen gewährleistet sind. Jede Einschränkung der Vertragsfreiheit im übertariflichen Bereich bedarf deshalb der Rechtfertigung im Einzelfall durch vorrangige Schutzzwecke.⁵⁹³

⁵⁸⁷ Rieble/Leitmeier, ZTR 2008, 237, 241.

⁵⁸⁸ Rieble/Leitmeier, ZTR 2008, 237, 241.

⁵⁸⁹ S. dazu überblicksmäßig Greiner, in: Henssler/Moll/Bepler (Hrsg.), Der Tarifvertrag, 2. Aufl. 2016, Teil 9 Rn. 201 ff.

⁵⁹⁰ Däubler, AuR 1996, 347.

⁵⁹¹ Vgl. Heinze, NZA 1991, 329, 332. Zu dem Vergleichsmaßstab des § 4 Abs. 3 TVG s. auch näher unten Teil 3. A. II. 2.

⁵⁹² Greiner, in: Henssler/Moll/Bepler (Hrsg.), Der Tarifvertrag, 2. Aufl. 2016, Teil 9 Rn. 200.

⁵⁹³ Vgl. Höpfner, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 506.

b) Verfassungsrechtliche Gewährleistung

Im engen Zusammenhang mit dem Geltungsgrund des Günstigkeitsprinzips steht die Debatte um seine verfassungsrechtliche Gewährleistung, also insbesondere um die Frage, ob es als Bestandteil der Tarifautonomie aus Art. 9 Abs. 3 GG einzuordnen ist. Es geht dabei auch darum, ob das Günstigkeitsprinzip als Ausnahme von der zwingenden Wirkung des Tarifvertrags „grundgesetzlich geboten“ und deshalb als Verfassungsvollzug anzusehen ist.⁵⁹⁴ Kern der Diskussion ist erneut die Frage, was Schutzbereich und Schranken der Koalitionsfreiheit sind. Von ihrem Ausgang hängt entscheidend ab, inwiefern aus dem Günstigkeitsprinzip Rückschlüsse auf andere Rechtsfragen, beispielsweise auf das Besserstellungsverbot, gezogen werden können. Wäre das Günstigkeitsprinzip ein wie auch immer gearteter Verfassungsgrundsatz, wäre es von Bedeutung für sämtliche Konflikte zwischen individuellem Freiheitsanspruch und Gemeinschaftsinteresse der Kollektivmächte⁵⁹⁵. Zunächst sind zwei ältere BAG-Entscheidungen⁵⁹⁶ zu erwähnen, wonach das Günstigkeitsprinzip ein „verfassungsmäßig anerkannter Grundsatz des kollektiven Arbeitsrechts“ sei. Nähere Ausführungen dazu, wo in der Verfassung es seinen Niederschlag findet, bot das BAG allerdings nicht. Folgt man der Grundannahme der damaligen Rechtsprechung, ergeben sich verschiedene Deutungsmöglichkeiten: Zum einen wird im Einklang mit den BAG-Urteilen vertreten, das Günstigkeitsprinzip sei vom Schutzbereich der Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 GG umfasst und deshalb in weitem Umfang verfassungsrechtlich gewährleistet.⁵⁹⁷ Entsprechend der Lehre von der Koalitionsfreiheit als Einrichtungsgarantie wird daraus gefolgert, dass ein funktionsfähiges Tarifvertragssystem notwendigerweise das Günstigkeitsprinzip enthalten müsse.⁵⁹⁸ Das würde letztlich bedeuten, dass der sachliche Schutzbereich der Koalitionsfreiheit auf Mindestarbeitsbedingungen beschränkt würde, das Günstigkeitsprinzip also eine schutzbereichsimmanente und

⁵⁹⁴ Vgl. *Dieterich*, RdA 2002, 1, 12. Davon zu unterscheiden ist die Frage, inwiefern die Regelung des § 4 Abs. 3 TVG verfassungsrechtlich geschützt ist, mit anderen Worten, ob sie vom Gesetzgeber ersatzlos gestrichen werden könnte.

⁵⁹⁵ *Bergner*, Die Zulässigkeit kollektivvertraglicher Arbeitszeitregelungen und ihr Verhältnis zu abweichenden individualvertraglichen Vereinbarungen im Lichte des Günstigkeitsprinzips, 1995, S. 53.

⁵⁹⁶ BAG, Urt. v. 15.12.1960 – 5 AZR 374/58, juris, Rn. 32; BAG, Beschl. v. 16.9.1986 – GS 1/82, NZA 1987, 168, 172.

⁵⁹⁷ *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht, Bd. II/1, 1967, S. 232 f., 573 ff.

⁵⁹⁸ Vgl. *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht, Bd. II/1, 1967, S. 232 f.

schutzbereichsbegrenzende Schranke wäre.⁵⁹⁹ Die Betätigungsfreiheit der Koalitionen würde durch Art. 9 Abs. 3 GG also nur insoweit gewährleistet, wie auch Raum für individuell ausgehandelte Arbeitsbedingungen verbleibt.⁶⁰⁰ Maßgeblich für diese Ansicht ist mithin die Charakterisierung der Koalitionsfreiheit als Einrichtungsgarantie, die die Kollisionsauflösung durch das Günstigkeitsprinzip mit umfasse.⁶⁰¹ Abgemildert wird nach anderer Ansicht von einer beschränkten verfassungsrechtlichen Gewährleistung ausgegangen: Das Günstigkeitsprinzip sei Ausfluss anderer Verfassungswerte und damit verfassungsimmanente Schranke der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG.⁶⁰² Die Koalitionsfreiheit ist vorbehaltlos gewährleistet und kann deshalb nur aufgrund kollidierender Grundrechte Dritter oder anderer verfassungsrechtlich geschützter Rechtsgüter begrenzt werden.⁶⁰³ Anders als nach der vorangegangenen Ansicht sei die Grundrechtsschranke mithin nicht dem Schutzbereich der Koalitionsfreiheit selbst immanent, sondern vielmehr durch andere Grundrechte und Verfassungsprinzipien begründet. Die Regelung des § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG sei die entsprechende verfassungskonforme Konkretisierung ebendieser Schranke.⁶⁰⁴ Das Günstigkeitsprinzip sei insbesondere auf die Grundrechte der Berufs- und Arbeitsvertragsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG⁶⁰⁵ zurückzuführen. Im Sinne einer praktischen Konkordanz sei es deshalb Ausdruck des verfassungsrechtlich gewünschten Gleichgewichts zwischen kollektiver und

⁵⁹⁹ Vgl. *Kühnast*, Die Grenzen zwischen tariflicher und privatautonomer Regelungsbefugnis, 2005, S. 170.

⁶⁰⁰ *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht, Bd. II/1, 1967, S. 232 f., 573.

⁶⁰¹ Vgl. *Kühnast*, Die Grenzen zwischen tariflicher und privatautonomer Regelungsbefugnis, 2005, S. 113 f.; *Bergner*, Die Zulässigkeit kollektivvertraglicher Arbeitszeitregelungen und ihr Verhältnis zu abweichenden individualvertraglichen Vereinbarungen im Lichte des Günstigkeitsprinzips, 1995, S. 53 ff.

⁶⁰² In verschiedenen Ausgestaltungen *Heinze*, NZA 1991, 329, 332; *Joost*, ZfA 1984, 173, 174 f.; *Kühnast*, Die Grenzen zwischen tariflicher und privatautonomer Regelungsbefugnis, 2005, S. 125 ff.; *Meik*, Der Kernbereich der Tarifautonomie, 1987, S. 174; *Richardi*, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, 1968, S. 360, 365, 367.

⁶⁰³ St. Rspr., BVerfG, Urt. v. 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, 1 BvR 1588/15, 1 BvR 2883/15, 1 BvR 1034/16, 1 BvR 1477/16, NZA 2017, 915, 918 m.w.N.

⁶⁰⁴ *Kühnast*, Die Grenzen zwischen tariflicher und privatautonomer Regelungsbefugnis, 2005, S. 131.

⁶⁰⁵ *Belling*, Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht, 1984, S. 64 ff.; MHB *ArbR/Benecke*, 5. Aufl. 2021, § 31 Rn. 30; *Däubler*, AuR 1996, 347, 350; *Wiedemann/Wank*, 8. Aufl. 2019, § 4 Rn. 394 f.; auch das BAG stellt bspw. in BAG, Urt. v. 23.3.2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920, 924 Rn. 41 einen Zusammenhang zur Arbeitsvertragsfreiheit her. Der veraltete Streit um die Herleitung allein aus Art. 12 I GG oder mit Rückgriff auf Art. 2 I GG wird hier nicht ausgeführt, s. dazu als Überblick m.w.N. *Kühnast*, Die Grenzen zwischen tariflicher und privatautonomer Regelungsbefugnis, 2005, S. 125 f.; die Prüfung anhand von Art. 2 I GG verneinend BVerfG, Beschl. v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, NJW 2007, 51, 54.

individueller Autonomie⁶⁰⁶ einfachgesetzlich in § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG verankert. Einschränkungen des Günstigkeitsprinzips durch den Gesetzgeber seien dann anhand des Maßstabs von Art. 12 Abs. 1 GG zu prüfen und, je nach Einzelfall, aus bestimmten sachlich rechtfertigenden Gründen, wie Gemeinwohlbelangen oder dem Schutz von Leben und Gesundheit, möglich.⁶⁰⁷ Dabei müsse insbesondere der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt werden.⁶⁰⁸ Außerdem wird aus dem Zusammenspiel von § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG mit Art. 12 Abs. 1 GG hergeleitet, dass die einfachgesetzliche Regelung den verfassungsrechtlichen Anforderungen vollumfänglich Rechnung trägt; weshalb ein Rückgriff auf konkrete verfassungsrechtliche Grundlagen nicht erforderlich sei.⁶⁰⁹ Zuletzt wird vertreten, dass das Günstigkeitsprinzip schlichtweg eine einfachgesetzliche Kollisionsnorm sei, ohne unmittelbare verfassungsrechtliche Verankerung.⁶¹⁰ Nach Ansicht des BVerwG schütze die Koalitionsfreiheit nur den Kern des kollektiven Rechts, namentlich „die unmittelbare Gestaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen durch die Verbände“; das Günstigkeitsprinzip sei kein Verfassungsgrundsatz.⁶¹¹ Alles Übrige bleibe der einfachgesetzlichen Regelung durch den Gesetzgeber überlassen. Das Grundgesetz kenne keine Kompetenzsystematik im Sinne eines Subsidiaritätsprinzips, der zufolge die koalitionsmäßige Ordnungszuständigkeit Vorrang vor der staatlichen habe.⁶¹² Insofern könne der Gesetzgeber frei darüber verfügen, inwieweit er die Ordnungszuständigkeit ausgestalte. Es ergebe sich deshalb aus Art. 9 Abs. 3 GG auch nicht das Erfordernis eines Günstigkeitsprinzips, wie es in § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG formuliert ist.⁶¹³ Jedenfalls die erste Ansicht, der zufolge das Günstigkeitsprinzip Bestandteil von Art. 9 Abs. 3 GG sei, würde damit ausscheiden. Wenn der Schutzbereich der Koalitionsfreiheit nur eng begrenzte Grundpfeiler der Gestaltung von Arbeitsbedingungen umfasst, ist das Günstigkeitsprinzip nicht daraus herzuleiten. Folgt man deshalb der Ansicht, dass es sich beim Günstigkeitsprinzip nicht um einen

⁶⁰⁶ Vgl. *Belling*, Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht, 1984, S. 60 ff.; *Kühnast*, Die Grenzen zwischen tariflicher und privatautonomer Regelungsbefugnis, 2005, S. 170; *ErfK/Linsenmaier*, 21. Aufl. 2021, Art. 9 GG Rn. 63.

⁶⁰⁷ *Höpfner*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 506 f.

⁶⁰⁸ *Säcker/Oetker*, ZfA 1996, 85, 97 f.

⁶⁰⁹ *Buchner*, DB 1990, 1715, 1719.

⁶¹⁰ *Dietz*, DB 1965, 591, 593 f.; *Zeuner*, DB 1965, 630, 632; s.a. *Maunz/Dürig/Scholz*, 94. EGL 2021, Art. 9 GG Rn. 273.

⁶¹¹ BVerwG, Urt. v. 13.3.1964 – VII C 87/60, NJW 1964, 1537, 1538 f.

⁶¹² *Maunz/Dürig/Scholz*, 94. EGL 2021, Art. 9 GG Rn. 270 f.

⁶¹³ *Maunz/Dürig/Scholz*, 94. EGL 2021, Art. 9 GG Rn. 273.

Verfassungsgrundsatz handelt, kann der Gesetzgeber unter engen Voraussetzungen grundsätzlich auch einfachgesetzlich Höchsttarifbedingungen festlegen.⁶¹⁴ Es würde sich jedoch die Folgefrage stellen, inwieweit durch ein einfaches Gesetz, das nicht selbst verfassungsrechtliche Schranken widerspiegelt, die grundsätzlich schrankenlos gewährleistete Koalitionsfreiheit eingeschränkt werden kann.⁶¹⁵ Das Günstigkeitsprinzip könnte aber unabhängig von den Erwägungen zur Koalitionsfreiheit auch Ausfluss der Arbeitsvertragsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG sein. Das BVerwG nahm in der genannten Entscheidung⁶¹⁶ nicht explizit dazu Stellung.

c) Stellungnahme

Gegen die Zuordnung des Günstigkeitsprinzips zur Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 GG sprechen allen voran allgemeine grundrechtsdogmatische Erwägungen. Zum einen ist die positive Koalitionsfreiheit ein grundsätzlich vorbehaltlos gewährleitetes Freiheitsrecht. „Das analytisch nicht im Freiheitsrecht enthaltene begrenzende Prinzip kann nur einer Wertung entspringen, die von außen kommend der Freiheit Grenzen zieht.“⁶¹⁷ Das könnte dafürsprechen, das Günstigkeitsprinzip anderweitig zu verorten. Zum anderen ist die Berücksichtigung auf Schrankenebene gegenüber einer Schutzbereichsbegrenzung präziser, weil das Günstigkeitsprinzip dann gerade als Ausfluss eines anderen Verfassungswertes, namentlich der Berufsfreiheit, einer eigenen Auslegung zugänglich ist. Insofern ist die Charakterisierung als Schutzbereichsbegrenzung sachgerechter als eine begrenzende Schutzbereichsgarantie.⁶¹⁸ Statt die verfassungsrechtliche Gewährleistung deshalb gänzlich abzulehnen, ist vielmehr überzeugend, das Günstigkeitsprinzip der Arbeitsvertragsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG zuzuordnen. Durch das Günstigkeitsprinzip lebt die Privatautonomie der Arbeitnehmer*in im übertariflichen Bereich wieder auf, weshalb es unmittelbar mit der vertraglichen Gestaltungsfreiheit verknüpft ist. Weil diese wiederum über Art. 12 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich geschützt ist, sprechen gewichtige Gesichtspunkte dafür, auch das Günstigkeitsprinzip auf diese Grundlage zurückzuführen. Wie geschildert folgt daraus zugleich eine

⁶¹⁴ Höpfer, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 507.

⁶¹⁵ Kühnast, Die Grenzen zwischen tariflicher und privatautonomer Regelungsbefugnis, 2005, S. 113.

⁶¹⁶ BVerwG, Urt. v. 13.3.1964 – VII C 87/60, NJW 1964, 1537 ff.

⁶¹⁷ Kühnast, Die Grenzen zwischen tariflicher und privatautonomer Regelungsbefugnis, 2005, S. 116.

⁶¹⁸ So auch Kühnast, Die Grenzen zwischen tariflicher und privatautonomer Regelungsbefugnis, 2005, S. 116 f.

verfassungsimmanente Begrenzung der Koalitionsfreiheit. Die Arbeitsvertragsfreiheit selbst lässt wiederum verhältnismäßige Eingriffe mit dem Ziel der Funktionsverbesserung der Tarifautonomie zu.⁶¹⁹ Dabei ist anzumerken, dass auch die Verstärkung des Günstigkeitsprinzips durch die verfassungsrechtliche Verknüpfung mit Art. 12 Abs. 1 GG nicht maßgeblich dazu beizutragen vermag, sämtliche mit dem Günstigkeitsprinzip verknüpfte Fragestellungen zufriedenstellend zu beantworten: An die Stelle des Streits um eine verfassungsrechtliche Gewährleistung treten sämtliche Streitpunkte zur Konturierung der Arbeitsvertragsfreiheit.⁶²⁰ Nichtsdestotrotz wird das Günstigkeitsprinzip durch diese legitimatorische Verankerung aufgewertet und ist damit mehr als eine nur einfachgesetzliche „Spielerei“ des Gesetzgebers.

Selbst wenn man im Gegensatz dazu die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Günstigkeitsprinzips gänzlich verneint, es aber als allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsatz charakterisiert, könnte ihm über den Wortlaut von § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG hinausgehende Bedeutung zukommen. So sieht es das BAG, dem zufolge das Günstigkeitsprinzip „Ausdruck eines umfassenden Grundsatzes [ist], der unabhängig von der Art der Rechtsquelle und auch außerhalb des Tarifvertragsgesetzes Geltung beansprucht“.⁶²¹ Die Bejahung der verfassungsrechtlichen Gewährleistung steht im engen Zusammenhang mit der Begründung eines allgemeinen Prinzips im Arbeitsrecht, weil beide Wege dem Günstigkeitsprinzip eine über die einfachgesetzliche Normierung im TVG hinausgehende Bedeutung zumessen. Das Günstigkeitsprinzip könnte als allgemeiner Rechtsgrundsatz über das Tarifrecht hinaus als eine Statusregel verstanden werden, die das Verhältnis von abweichenden Regeln niedrigeren Rangs zu Regelungen einer höheren Regelungsstufe festlegt.⁶²² Ranghöhere Regelungen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts wären dann regelmäßig nur einseitig zwingendes Recht, das Abweichungen zugunsten der Arbeitnehmer*innen zulässt.⁶²³ Nach ständiger Rechtsprechung ist ausdrücklich

⁶¹⁹ Vgl. *Greiner*, NZA 2018, 563, 565; *Waltermann*, ZfA 2020, 211, 224.

⁶²⁰ Vgl. dazu entsprechend *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit, 2014, S. 72 ff.

⁶²¹ BAG, Urt. v. 5.3.2013 – 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916, 920; BAG, Beschl. v. 16.9.1986 – GS 1/82, NZA 1987, 168, 172.

⁶²² ErfK/*Franzen*, 21. Aufl. 2021, § 4 TVG Rn. 31; vgl. *Seiwert*, Gestaltungsfreiheit in Tarifverträgen und tarifdispositives Gesetzesrecht, 2017, S. 163.

⁶²³ BAG, Beschl. v. 16.9.1986 – GS 1/82, NZA 1987, 168, 172; *Greiner*, in: Henssler/Moll/Bepler (Hrsg.), Der Tarifvertrag, 2. Aufl. 2016, Teil 9 Rn. 196.

anerkannt, dass das Günstigkeitsprinzip über seine Normierung in § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG hinaus jedenfalls auch auf das Verhältnis von Betriebsvereinbarung und Arbeitsvertrag anwendbar ist.⁶²⁴ Tatsächlich sind zahlreiche arbeitsrechtliche Normen als Mindestbedingungen gedacht und damit für eine Verbesserung „nach oben“, also zugunsten der Arbeitnehmer*innen, offen. Daraus folgt aber noch nicht zwangsläufig, dass das Günstigkeitsprinzip selbst ein verbindliches Grundprinzip ist.⁶²⁵ Der Wortlaut von § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG regelt im systematischen Kontext der Norm ausdrücklich allein die Auflösung von Kollisionen zwischen Tarifnormen und „anderen Abmachungen“. Dogmatisch handelt es sich deshalb, wenn man das Günstigkeitsprinzip aus § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG auf andere Rangkollisionen als zwischen Tarifvertrag und „anderen Abmachungen“ anwenden würde, um eine Analogie.⁶²⁶ Aus methodischer Perspektive müsste deshalb zunächst eine planwidrige Regelungslücke bestehen, damit die analoge Normanwendung zulässig ist.⁶²⁷ Im Umkehrschluss aus der tarifrechtlichen Normierung in § 4 Abs. 3 TVG könnte man meinen, dass eine etwaige Regelungslücke in anderen Bereichen des Arbeitsrechts jedenfalls nicht planwidrig sein kann, weil sich der Gesetzgeber des Regelungsbedürfnisses im Tarifrecht grundsätzlich bewusst war. Hinzu kommt, dass es allgemein anerkannte Kollisionsregeln gibt, die in solchen Fällen grundsätzlich greifen, beispielsweise der Grundsatz „lex superior derogat legi inferiori“, wonach höherrangige Gesetze niedrigrangigere verdrängen. Zu ebendiesem allgemein anerkannten Prinzip bildet das Günstigkeitsprinzip aus § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG gerade eine Ausnahme. Durch die analoge Anwendung des Günstigkeitsprinzips als Ausnahme von dem allgemeinen Rechtsprinzip würde es in ihr Gegenteil verkehrt.⁶²⁸ Anders sieht es das BAG, welches behauptet, „es bestehe kein Grund, rangniedrigere und damit in der Regel sachnähere Abreden zu sperren, wenn sie den Arbeitnehmer begünstigen, also besser schützen.“⁶²⁹ Umso deutlicher bleibt festzustellen: Die „bloße Behauptung eines

⁶²⁴ BAG, Beschl. v. 16.9.1986 – GS 1/82, NZA 1987, 168, 169, 171 ff.; BAG, Beschl. v. 7.11.1989 – GS 3/85, NZA 1990, 816, 819; BAG, Urt. v. 19.7.2016 – 3 AZR 134/15, NZA 2016, 1475, 1480.

⁶²⁵ *Seiwerth*, Gestaltungsfreiheit in Tarifverträgen und tarifdispositives Gesetzesrecht, 2017, S. 166.

⁶²⁶ Vgl. MHB ArbR/*Klumpp*, 4. Aufl. 2019, § 253 Rn. 2.

⁶²⁷ *Honsell*, in: Beckmann/Busche/Coster (Hrsg.), Eckpfeiler des Zivilrechts, 6. Aufl. 2018, Rn. 61.

⁶²⁸ Vgl. *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 2014, S. 181; *Danwerth*, ZfPW 2017, 230, 236.

⁶²⁹ BAG, Beschl. v. 16.9.1986 – GS 1/82, NZA 1987, 168, 172. Zur unrichtigen Rückführung auf *Wiedemann* durch das Gericht *Seiwerth*, Gestaltungsfreiheit in Tarifverträgen und tarifdispositives Gesetzesrecht, 2017, S. 166 Fn. 559.

Prinzips ersetzt nicht den Nachweis seiner Existenz und Reichweite⁶³⁰. Vielmehr ist für jede Gesetzesnorm, von der abgewichen wird, einzeln durch Auslegung zu prüfen, welchen Status der Gesetzgeber ihr zugestehen wollte.⁶³¹ Verneint man auf dieser Grundlage folgerichtig die grundsätzlich allgemeine analoge Anwendbarkeit von § 4 Abs. 3 TVG als Kollisionsnorm, heißt das jedoch keinesfalls, dass dem Günstigkeitsprinzip nicht bei der Auslegung verschiedener arbeitsrechtlicher Vorschriften grundlegende Bedeutung zukommen kann. Das ergibt sich jedoch nach der hier vertretenen Ansicht bereits aus den verfassungsrechtlichen Wertungen der Arbeitsvertragsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG und damit zusammenhängenden Verhältnismäßigkeitserwägungen. Es bedarf dazu keines methodisch losgelösten, ohne Rechtsgrundlage verbindlichen „Prinzips“. Weil die einfachgesetzliche Formulierung nur unzulängliche Orientierung bietet, ist ein Rückgriff auf das Verfassungsrecht jedoch unerlässlich.⁶³² Mithin handelt es sich beim Günstigkeitsprinzip nicht um ein abstraktes Grundprinzip des Arbeitsrechts, sondern vielmehr um eine in der Arbeitsvertragsfreiheit verfassungsrechtlich verankerte, dem § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG zugrundeliegende Wertung.

2. Anwendungsbereich und Wirkung

Praktisch relevant für die Erwägungen zum Günstigkeitsprinzip sind, unabhängig von seinem Geltungsgrund, insbesondere der Anwendungsbereich und die Wirkung der einfachgesetzlichen Normierung in § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG. Das Günstigkeitsprinzip bildet, wie festgestellt, eine Ausnahme vom „lex superior“-Grundsatz, in dem es rangniedrigere Regelungen zugunsten der Arbeitnehmer*in für vorrangig anwendbar erklärt⁶³³ und damit die zwingende Wirkung des Tarifvertrags aus § 4 Abs. 1, 2 TVG einschränkt⁶³⁴. Letztere ist eine zentrale Funktionsbedingung der Tarifautonomie, die durch § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG gesetzlich ausgestaltet wird.⁶³⁵ Das Günstigkeitsprinzip zieht der Gestaltungsfreiheit der Koalitionspartner mithin formelle Grenzen, indem es die tarifvertragliche Vereinbarung von Höchsttarifbedingungen verbietet.⁶³⁶

⁶³⁰ *Annulß*, NZA 2001, 756, 762.

⁶³¹ Vgl. *Seiwerth*, Gestaltungsfreiheit in Tarifverträgen und tarifdispositives Gesetzesrecht, 2017, S. 169.

⁶³² Vgl. so zur Rspr. im Rahmen der Koalitionsfreiheit allgemein *Poscher*, RdA 2017, 235, 236.

⁶³³ *Höpfner*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 510.

⁶³⁴ BeckOK ArbR/*Giesen*, 60. Ed. 2021, § 4 TVG Rn. 29.

⁶³⁵ *Kühnast*, Die Grenzen zwischen tariflicher und privatautonomer Regelungsbefugnis, 2005, S. 111.

⁶³⁶ *Däubler/Deinert*, 4. Aufl. 2016, § 4 TVG Rn. 624; *Greiner*, in: Henssler/Moll/Bepler (Hrsg.), Der Tarifvertrag, 2. Aufl. 2016, Teil 9 Rn. 198; *Wiedemann/Wank*, 8. Aufl. 2019, § 4 Rn. 422.

Tarifnormen dürfen nicht zugleich sowohl zu Mindest- als auch Höchstbedingungen erklärt werden. Darüber hinaus lebt die individuelle Gestaltungsfreiheit wieder auf. Damit hat das Günstigkeitsprinzip besondere Bedeutung für die einzelne Arbeitnehmer*in, die sich in der kollektiven Autonomieausübung durch die Koalitionen möglicherweise nur unzureichend repräsentiert fühlt. Der Kollektivvertrag dient dem „Schutz des Schwächeren und nicht [der] Beschränkung der Stärkeren“⁶³⁷, weshalb das Günstigkeitsprinzip ebendiese Beschränkung im übertariflichen Bereich verbietet. Es richtet sich in seiner einfachgesetzlichen Normierung zunächst allein an die tarifgebundenen (Arbeitsvertrags-) Parteien. Wenn kein Tarifvertrag für das Arbeitsverhältnis gilt, besteht auch kein Regelungskonflikt, der mithilfe von § 4 Abs. 3 TVG aufgelöst werden muss. Es handelt sich also um eine Kollisionsnorm, die nach der gesetzlichen Regelung nur bei Tarifbindung relevant ist. Wie sich aus dem systematischen Standort des Günstigkeitsprinzips ergibt, steht dabei der Vergleich zwischen tarifvertraglich zwingenden Normen und „anderen Abmachungen“ im Mittelpunkt. Zu den dem Günstigkeitsprinzip unterfallenden Tarifnormen gehören unstrittig jedenfalls die nach § 4 Abs. 1 TVG zwingenden, positiven Inhaltsnormen; umstritten ist es hingegen bei betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Tarifnormen sowie dem schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrags.⁶³⁸ Andere Abmachungen im Sinne von § 4 Abs. 3 TVG sind insbesondere die Vereinbarungen im Individualarbeitsvertrag.⁶³⁹ Hervorzuheben ist, dass es sich aufgrund der Natur des Günstigkeitsprinzips als Kollisionsnorm bei den anderen Abmachungen jedenfalls nur um rangniedrigere Regelungen handeln darf, da ansonsten andere Kollisionsregeln greifen.⁶⁴⁰

Auf Rechtsfolgenseite führt die Günstigkeit einer anderen Abmachung im Sinne des § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG dazu, dass die tariflichen Regelungen unanwendbar sind.⁶⁴¹ Das Günstigkeitsprinzip normiert mithin eine gesetzliche Tariföffnung, die die zwingende Wirkung der Tarifnormen halbseitig aussetzt.⁶⁴² Die Wirksamkeit der ungünstigeren

⁶³⁷ Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 1592.

⁶³⁸ S. dazu weiterführend den Überblick m.w.N. in Kühnast, Die Grenzen zwischen tariflicher und privatautonomer Regelungsbefugnis, 2005, S. 139 ff.

⁶³⁹ Greiner, in: Henssler/Moll/Bepler (Hrsg.), Der Tarifvertrag, 2. Aufl. 2016, Teil 9 Rn. 184; Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 4 Rn. 531.

⁶⁴⁰ Greiner, in: Henssler/Moll/Bepler (Hrsg.), Der Tarifvertrag, 2. Aufl. 2016, Teil 9 Rn. 184.

⁶⁴¹ MHB ArbR/Klumpp, 4. Aufl. 2019, § 253 Rn. 69 m.w.N.

⁶⁴² ErfK/Franzen, 21. Aufl. 2021, § 4 TVG Rn. 31.

Regelung bleibt jedoch grundsätzlich unberührt.⁶⁴³ Teilweise wird weitergehend vertreten, die tarifrechtliche Regelung des § 4 Abs. 3 TVG sei ein Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB.⁶⁴⁴ Das würde jedoch nicht zwangsläufig dazu führen, dass die ungünstigere Regelung selbst nichtig ist – vielmehr würde sich die Nichtigkeitssanktion ausschließlich auf diejenigen Tarifnormen beziehen, die dem Wesensgehalt des Günstigkeitsprinzips entgegenstehen, beispielsweise durch die Festlegung von Höchsttarifbedingungen. Möglicherweise hätte die Einordnung als Verbotsgesetz außerdem zur Folge, dass auch außertarifvertragliche, schuldrechtliche Vereinbarungen zwischen den Koalitionen, die günstigere Abreden mit den Arbeitnehmer*innen verbieten, nichtig sind.⁶⁴⁵ Nach Ansicht von *Löwisch/Rieble* müsste die Gegenmeinung, die § 134 BGB für unanwendbar hält, stattdessen zumindest aus der Schutzpflicht in Art. 12 Abs. 1 GG „eigene Grenzen für mittelbare Höchsttarifbedingungen entwickeln – schweigt aber hierzu.“⁶⁴⁶ Auch das BAG ging zunächst jedenfalls stellenweise davon aus, dass gegen das Günstigkeitsprinzip verstoßende Regelungen ungültig seien, ohne jedoch dabei auf § 134 BGB zu verweisen.⁶⁴⁷ Anders äußerte es sich später im Zusammenhang mit einer Tarifbestimmung, die für Ansprüche aus tariflichen Inhaltsnormen die Vereinbarung einer arbeitsvertraglichen Bezugnahmeregelung auf die für die Arbeitgeber*in geltenden Tarifverträge voraussetzte: Das BAG entschied, dass eine solche Regelung gemäß § 134 BGB wegen objektiver Gesetzesumgehung der §§ 4 Abs. 1, 3 TVG unwirksam sei.⁶⁴⁸ Die Tarifnormen schlossen zwar privatautonome Regelungen der Arbeitsvertragsparteien nicht ausdrücklich aus; für tarifgebundene Beschäftigte entfiel aber die Möglichkeit, sich neben den tarifvertraglichen Ansprüchen auf günstigere arbeitsvertragliche Regelungen zu stützen.⁶⁴⁹ Gegen die Anwendbarkeit von § 134 BGB wird eingewendet, dass § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG selbst eine zivilrechtliche Verbotsnorm sei und die Nichtigkeitsfolge für den vorgesehenen Anwendungsbereich

⁶⁴³ Vgl. *Greiner*, in: Henssler/Moll/Bepler (Hrsg.), *Der Tarifvertrag*, 2. Aufl. 2016, Teil 9 Rn. 183; *Seiwerth*, *Gestaltungsfreiheit in Tarifverträgen und tarifdispositives Gesetzesrecht*, 2017, S. 160.

⁶⁴⁴ MHB *ArbR/Klump*, 4. Aufl. 2019, § 253 Rn. 18; *Löwisch/Rieble*, *TVG*, 4. Aufl. 2017, § 4 Rn. 562.

⁶⁴⁵ Die Frage nach der Anwendbarkeit des Günstigkeitsprinzips in Konstellationen ohne Tarifbindung wird im Anschluss für zwei Sonderfälle diskutiert, s. Teil 2 C. II. 1.

⁶⁴⁶ *Löwisch/Rieble*, *TVG*, 4. Aufl. 2017, § 4 Rn. 562.

⁶⁴⁷ BAG, Urt. v. 21.2.1961 – 3 AZR 596/59, juris, Rn. 16; BAG, Urt. v. 15.12.1960 – 5 AZR 374/58, juris, Rn. 35.

⁶⁴⁸ BAG, Urt. v. 13.5.2020 – 4 AZR 489/19, NZA 2020, 1487, 1489 f.

⁶⁴⁹ BAG, Urt. v. 13.5.2020 – 4 AZR 489/19, NZA 2020, 1487, 1490.

deshalb auch ohne Rückgriff auf § 134 BGB eintrete.⁶⁵⁰ Schließlich beschränke § 4 Abs. 3 TVG von vornherein das rechtliche „Können“ der Tarifparteien und nicht nur das „Dürfen“.⁶⁵¹ Deshalb könnten im Anwendungsbereich von § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG ohnehin keine rechtswirksamen Vereinbarungen getroffen werden, die dem Günstigkeitsprinzip widersprechen. Aus dem Grund sind nach herrschender Meinung beispielsweise schuldrechtliche Koalitionsvereinbarungen, die im Widerspruch zum Günstigkeitsprinzip stehen, unwirksam⁶⁵² – was normativ unzulässig wäre, soll von den Tarifvertragsparteien auch nicht durch schuldrechtliche Abrede erreicht werden. Alles andere wäre eine unzulässige Umgehung zwingenden Rechts, was auch der Argumentation des BAG zu § 134 BGB zugrunde lag.

Gegenüber tariflichen Außenseiter-Arbeitnehmer*innen und Arbeitgeber*innen gilt das Günstigkeitsprinzip mangels Tarifnormgeltung wie festgestellt grundsätzlich nicht, es sei denn, die zwingende Normwirkung erstreckt sich auch auf nicht Tarifgebundene, wie beispielsweise in den Fällen des §§ 5, 3 Abs. 2 TVG.⁶⁵³ In allen anderen Fällen ist der individuelle vertragliche Gestaltungsspielraum - zumindest theoretisch – mangels zwingender tarifvertraglicher Vorgaben ohnehin unbeschnitten. Das Günstigkeitsprinzip räumt also letztlich nur den tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien im übertariflichen Bereich wieder die gleichen Vertragsgestaltungsmöglichkeiten ein, die nicht Tarifgebundene ohnehin haben.⁶⁵⁴ Zugleich könnte man allerdings meinen, dass das Verbot der Festlegung von Höchsttarifbedingungen, das aus § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG für die Koalitionen folgt, geradezu erst recht gegenüber tariflichen Außenseiter*innen gelten müsse, die faktisch durch Tarifnormen betroffen sind, die entsprechenden tarifvertraglichen Regelungen aber nicht einmal durch ihren Verbandsbeitritt legitimiert haben.⁶⁵⁵ Ein solches Verbot könnte zugunsten tariflicher Außenseiter*innen beispielsweise dann greifen, wenn ihre Arbeitgeber*in außerhalb des individuellen Arbeitsvertrags bestimmten Zwängen unterliegt, die in Höchsttarifbedingungen resultieren. Zum

⁶⁵⁰ JurisPK/Nassall, 9. Aufl. 2020, § 134 Rn. 2.

⁶⁵¹ Belling, Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht, 1984, S. 103.

⁶⁵² S. nur m.w.N. Dietz, DB 1965, 591, 594.

⁶⁵³ Borchard, Verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Grenzen tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln, 2009, S. 166.

⁶⁵⁴ Heinze, NZA 1991, 329, 332.

⁶⁵⁵ Vgl. Borchard, Verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Grenzen tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln, 2009, S. 167; Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 1 Rn. 2149; Richardi, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, 1968, S. 211.

einen kann es sich dabei um tarifliche Zwänge handeln, wenn nur die Arbeitgeber*in tarifgebunden ist, zum Beispiel durch außenseiter*innenbezogene Klauseln im Tarifvertrag.⁶⁵⁶ Deshalb verstoßen negative Differenzierungsklauseln, die der Arbeitgeber*in einen Vergütungsabstand zwischen den tariffreien und den tarifgebundenen Beschäftigten vorschreiben, nach der Rechtsprechung gegen das Günstigkeitsprinzip aus § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG: Auch die relative Begrenzung der vertraglichen Arbeitsbedingungen nicht oder anders organisierter Arbeitnehmer*innen greife in unzulässiger Weise in die Vertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien ein.⁶⁵⁷ Zum anderen, und vielleicht heikler, sind für die Arbeitgeber*in ähnliche Zwänge aufgrund schuldrechtlicher Vereinbarungen denkbar. Dabei kann es sich beispielsweise um koalitionsbezogene Abreden handeln. Ferner könnte das Günstigkeitsprinzip aber unter Umständen aufgrund ähnlicher Erwägungen selbst dann relevant sein, wenn weder Arbeitgeber*in noch Arbeitnehmer*in tarifgebunden sind. So können Höchstarbeitsbedingungen auch außerhalb von Tarifverträgen vereinbart werden und die Arbeitsvertragsfreiheit beschränken. Beispielsweise in Konzernstrukturen kann von Unternehmensseite aus ein Interesse daran bestehen, für alle Tochterunternehmen die Entgelthöhe nach oben hin zu begrenzen. Zwar ist es nicht gesetzlich untersagt, sich vertraglich zu verpflichten, „von der eigenen Vertragsfreiheit im Verhältnis zu einem Dritten nur in bestimmter Weise Gebrauch zu machen“.⁶⁵⁸ Es geht aber im Ergebnis darum, ob auch nicht tarifgebundene Beschäftigte durch das Günstigkeitsprinzip in ihrem eigenen vertraglichen Gestaltungsspielraum geschützt sein könnten. Fraglich ist deshalb, wann vom Günstigkeitsprinzip abgewichen werden darf: Verbietet § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG jede Rechtsbindung, die die Chance zu günstigeren Einzelabreden beschränkt, oder wird nur die Gestaltungsbefugnis der Tarifvertragsparteien eingegrenzt?⁶⁵⁹ Es geht in anderen Worten um die Frage, ob nur die Tarifvertragsparteien Adressat*in von § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG sind oder ob auch andere Instanzen von dem Verbot der Höchstarbeitsbedingungen umfasst sind. Die Beurteilung steht im engen

⁶⁵⁶ BAG, Urt. v. 23.3.2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920, 924.

⁶⁵⁷ So festgehalten jedenfalls in BAG, Urt. v. 23.3.2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920, 924; *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 1 Rn. 2147. Kritisch *Waltermann*, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag in der auf Mitgliedschaft aufbauenden Tarifautonomie, 2016, S. 53 ff. S. dazu oben Teil 2 B. II. 1. g), III. 1. g).

⁶⁵⁸ *Greiner*, in: Henssler/Moll/Bepler (Hrsg.), Der Tarifvertrag, 2. Aufl. 2016, Teil 9 Rn. 194 mit Verweis auf *Ulber/Strauß*, DB 2008, 1970, 1973.

⁶⁵⁹ *Wiedemann/Wank*, 8. Aufl. 2019, § 4 Rn. 437.

Zusammenhang mit der zuvor behandelten Frage nach der Charakterisierung des Günstigkeitsprinzips. Wie festgestellt bildet es einen wichtigen Auslegungsansatz bei der Festlegung von Arbeitsbedingungen allgemein. In dem Sinne sind zwei Sonderfälle zu untersuchen, die das Ausmaß des Günstigkeitsprinzips im außertarifvertraglichen Bereich betreffen: die Einschränkung des Günstigkeitsprinzips im öffentlichen Dienst sowie die Zulässigkeit sogenannter Höchstnormenbeschlüsse.

a) Sonderfall: Geltung im öffentlichen Dienst

Ein Streitpunkt hinsichtlich des Anwendungsbereichs des Günstigkeitsprinzips ist, ob es auch für den öffentlichen Dienst gilt. Tariflöhne werden im öffentlichen Dienst faktisch zu Höchsttarifbedingungen, weil die Haushaltsordnungen von Bund und Ländern sowie anderweitige Rechtsgrundlagen in der Finanzverfassung übertarifliche Personalausgaben regelmäßig von der gesonderten haushaltsrechtlichen Bereitstellung finanzieller Mittel abhängig machen, vgl. exemplarisch § 51 BHO.⁶⁶⁰ Praktisch führt das dazu, dass die Tariflöhne wegen des zusätzlichen Rechtfertigungs- und Bürokratiebedarfs in der Regel nicht überschritten werden. Wegen der mithin mittelbaren Festlegung von Höchsttarifbedingungen durch den TVöD (bis auf die genehmigten Ausnahmefälle) ist das Günstigkeitsprinzip inhaltlich berührt, allerdings nicht in seiner Natur als Kollisionsregel, da die Festlegung gesetzlich und damit außertarifvertraglich erfolgt. Wie angedeutet wirft das die Frage auf, ob auch außertarifvertraglich handelnde Akteur*innen Adressat*innen des tarifvertragsgesetzlichen Günstigkeitsprinzips sein können. Selbst bei doppelter Tarifbindung greift § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG als gesetzliche Tariföffnungsklausel im öffentlichen Dienst faktisch nicht, weil die genannten, an die öffentlichen Arbeitgeber*innen gerichteten, entgegenstehenden außertarifvertraglichen Vorschriften das verhindern wollen. Neben der Frage nach der Adressat*in des Günstigkeitsprinzips spielt ebenso eine Rolle, dass dessen Einschränkung mittelbar erfolgt. Übertarifliche Arbeitsbedingungen werden nicht explizit verboten, ihre zulässige Aushandlung aber von weiteren Voraussetzungen abhängig gemacht. Mithin dreht sich die Diskussion darum, ob auch eine solche mittelbare Einschränkung des grundsätzlich gewährleisteten Verhandlungsspielraums der Arbeitnehmer*innen durch das Günstigkeitsprinzip untersagt wird. Die einfachgesetzliche Normierung des

⁶⁶⁰ Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 1 Rn. 761.

Günstigkeitsprinzips in § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG ist bei enger Auslegung mangels tarifvertraglicher Einschränkung für solche Fälle nicht einschlägig. Auch bezogen auf den öffentlichen Dienst kommt es mithin auf die angesprochene Diskussion an, ob das Günstigkeitsprinzip ein allgemeines, womöglich gar verfassungsrechtlich geschütztes Prinzip ist oder ob es vollends in der einfachgesetzlichen Normierung des § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG aufgeht. Vertritt man letztere Ansicht, steht das Günstigkeitsprinzip den Sonderregeln des öffentlichen Dienstes zur übertariflichen Entlohnung nicht entgegen. Anderweitige verfassungsrechtliche Bedenken in Bezug auf die Arbeitsvertragsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG könnten nichtsdestotrotz geltend gemacht werden. Deshalb und gerade aufgrund der überwiegenden Anerkennung des Günstigkeitsprinzips über die Formulierung in § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG hinaus soll dessen Bedeutung für den öffentlichen Dienst näher betrachtet werden.

Nach Ansicht des BVerwG⁶⁶¹, das eine Herleitung des Günstigkeitsprinzips aus Art. 9 Abs. 3 GG verneinte, sei die gesetzliche Einschränkung im öffentlichen Dienst zulässig, weil sie „vom Verfassungsrecht des Parlamentes zur Budgetierung gedeckt“⁶⁶² sei. Das tarifvertragsgesetzliche Verbot der Festsetzung von Höchsttarifbedingungen in Gestalt des Günstigkeitsprinzips gelte deshalb nicht für den öffentlichen Dienst. Begründet wurde das nicht mit methodisch-systematischen Argumenten, sondern vor allem aus Zweckmäßigkeitssichtspunkten: Die Grundsätze der ordnungsgemäßen Verwaltung würden gebieten, dass ein Wettbewerb um dringend benötigte Angestellte im öffentlichen Dienst allgemein sowie zwischen den Kommunen verhindert werde, damit vielmehr die Sicherung der personalpolitischen Stabilität im Vordergrund stünde.⁶⁶³ Nur wenn alle Beschäftigten des öffentlichen Dienstes gleich entlohnt würden, sei die Stabilität gewährleistet. Das Gericht betonte außerdem die Verantwortung von Bund und Ländern für die sparsame Bewirtschaftung der öffentlichen Mittel. Gegen die mit den Besonderheiten des öffentlichen Dienstes begründeten Erwägungen des BVerwG spricht unter anderem, dass ihnen eine „verengte Sichtweise hinsichtlich der Konkurrenzsituation am Arbeitsmarkt“⁶⁶⁴ zugrunde liegt: Je nach Konjunktur steht der öffentliche Dienst auch

⁶⁶¹ BVerwG, Urt. v. 13.3.1964 – VII C 87/60, NJW 1964, 1537, 1539.

⁶⁶² Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 1 Rn. 761.

⁶⁶³ BVerwG, Urt. v. 13.3.1964 – VII C 87/60, NJW 1964, 1537, 1539.

⁶⁶⁴ Säcker/Oetker, ZfA 1996, 85, 105 f.

mit privaten Arbeitgeber*innen in Konkurrenz. Letztlich kann eine Begrenzung auf Höchsttarifbedingungen für die Personalstabilität des öffentlichen Dienstes abhängig von der Wirtschaftslage sogar „kontraproduktiv“⁶⁶⁵ sein. Aus dem Grund sehen § 40 Abs. 1 BHO und § 24 HGrG gerade vor, dass die Gewähr übertariflicher Leistungen haushaltsrechtlich möglich sein muss.⁶⁶⁶ Zudem wird argumentiert, die Annahme, das Günstigkeitsprinzip gelte im öffentlichen Dienst aus haushaltsrechtlichen Gründen nicht, stünde im offenen Widerspruch zur Intention des Gesetzgebers,⁶⁶⁷ wie auch das BAG betonte. Es zieht dazu die Entstehungsgeschichte des TVG heran: Der Lemgoer Entwurf sah eine Regelung vor, die die Vereinbarung von Höchsttarifbedingungen im Interesse des öffentlichen Dienstes zuließ. Diese Regelung wurde „bewußt abgeändert und nicht in die endgültige Fassung des Gesetzes Übernommen [sic]“⁶⁶⁸. *Wank* schließt gegensätzlich dazu in historischer Auslegung aus der Entstehungsgeschichte des TVG, dass die Festlegung von Höchsttarifbedingungen für den öffentlichen Dienst allein *im Tarifvertrag selbst* nicht zulässig sei.⁶⁶⁹ Das wäre jedenfalls auch mit der konkreten Formulierung in § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG stringent.

Das BVerwG betonte in dem Sinne in einem späteren Urteil, auf das soeben erwähnte arbeitsgerichtliche Urteil bezugnehmend, dass nicht die Zulässigkeit von Höchsttarifbedingungen im öffentlichen Dienst per se untersucht werden müsse, sondern es vielmehr darum gehe, ob das Günstigkeitsprinzip überhaupt anwendbar sei, wenn es sich bei den einschränkenden Regelungen nicht um tarifvertragliche Normen handelt.⁶⁷⁰ Richtigerweise betrifft die Geltung des Günstigkeitsprinzips im öffentlichen Dienst unmittelbar die vorangestellte Grundsatzfrage, ob die tarifrechtliche Kollisionsnorm des § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG als einfachgesetzliches Günstigkeitsprinzip auch Handlungsformen außerhalb des Tarifrechts, wie beispielsweise Gesetz, Verwaltungsvorschrift oder interne Weisung, begrenzen kann.⁶⁷¹ Das BVerwG verneinte die Anwendbarkeit des Günstigkeitsprinzips mangels Tarifbindung der Kläger*in, eines Abwasserzweckverbands, prüfte aber dennoch einen Eingriff in die

⁶⁶⁵ *Säcker/Oetker*, ZfA 1996, 85, 106.

⁶⁶⁶ *Säcker/Oetker*, ZfA 1996, 85, 106.

⁶⁶⁷ *Säcker/Oetker*, ZfA 1996, 85, 107.

⁶⁶⁸ BAG, Urt. v. 15.12.1960 – 5 AZR 374/58, juris, Rn. 32.

⁶⁶⁹ *Wiedemann/Wank*, 8. Aufl. 2019, § 4 Rn. 438.

⁶⁷⁰ BVerwG, Urt. v. 8.3.1974 – VII C 47.72, juris, Rn. 12.

⁶⁷¹ So folgerichtig differenzierend BVerwG, Urt. v. 8.3.1974 – VII C 47.72, juris, Rn. 12.

Vertragsfreiheit und kam zu dem Ergebnis, dass deren Einschränkung für öffentliche Arbeitgeber*innen und deren Beschäftigte gerechtfertigt seien.⁶⁷² Weil das Günstigkeitsprinzip Ausfluss der Arbeitsvertragsfreiheit ist, sind die Erwägungen ähnlich, selbst wenn man abweichend das Günstigkeitsprinzip für anwendbar hält. Im Rahmen seines weiten Gestaltungsspielraums liegt es am Gesetzgeber, inwiefern er die Privatautonomie von Privaten schützen möchte. Den ihm zustehenden Gestaltungsspielraum nimmt er über § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG wahr. Dessen Reichweite muss im Wege der Auslegung erörtert werden. Fraglich ist in dem Zusammenhang, ob die Norm einer Auslegung zugänglich ist, der zufolge das Günstigkeitsprinzip auch auf mittelbare Verpflichtungen der Arbeitgeber*in anwendbar ist. Auslegungsgrenze ist stets der Wortlaut. Grundsätzlich ergibt sich aus dem Gesamtzusammenhang von § 4 TVG, dass sich das Günstigkeitsprinzip in erster Linie auf die Abweichung von normativ-zwingenden Tarifnormen bezieht.⁶⁷³ Der Wortlaut von § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG ist jedoch offen gestaltet und eröffnet einen erheblichen Interpretationsspielraum.⁶⁷⁴ Er bezieht sich auf Abweichungen vom Tarifvertrag in anderen Abmachungen, regelt also nicht explizit, dass nur tarifvertragliche Höchsttarifbedingungen unzulässig sind. Vielmehr ergibt sich erst im Umkehrschluss aus § 4 Abs. 3 TVG, dass die Norm die Festlegung von Höchsttarifbedingungen verbietet, weil dort geregelt ist, dass günstigere Absprachen möglich bleiben müssen. Genauso gut könnte man daraus aber schließen, dass der arbeitsvertragliche Gestaltungsspielraum im übertariflichen Bereich grundsätzlich gewährleistet sein muss. An welcher Stelle dessen Beschränkung erfolgt, ist aus Sicht der Beschäftigten letztlich irrelevant, die unabhängig davon mit der Begrenzung ihrer Vertragsfreiheit belastet werden. Aus teleologischen Gesichtspunkten ist deshalb festzustellen, dass auch mittelbare Einschränkungen des Günstigkeitsprinzips genauso schwerwiegend sein können wie unmittelbare tarifvertragliche Begrenzungen. Rechtlich gesehen berühren die mittelbaren Beschränkungen, die sich an die Arbeitgeber*in richten, nicht das Arbeitsverhältnis zwischen ihr und ihrer Beschäftigten. Allerdings macht es eine individuelle Begünstigung der Arbeitnehmer*in, für die § 4 Abs. 3 TVG explizit einen

⁶⁷² BVerwG, Urt. v. 8.3.1974 – VII C 47.72, juris, Rn. 9 f.

⁶⁷³ Vgl. so zur Anwendbarkeit bei schuldrechtlichen Vereinbarungen *Greiner*, in: Henssler/Moll/Bepler (Hrsg.), *Der Tarifvertrag*, 2. Aufl. 2016, Teil 9 Rn. 193.

⁶⁷⁴ *Henssler*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), *Arbeitsrecht*, 9. Aufl. 2020, § 4 TVG Rn. 35.

Spielraum lässt, praktisch unmöglich.⁶⁷⁵ Deshalb ist, unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Verankerung in der Arbeitsvertragsfreiheit und der daraus folgenden Bedeutung des Günstigkeitsprinzips, eine extensive Auslegung von § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG geboten. Nur so kann effektiv ein Schutz vor Höchsttarifbedingungen gewährleistet werden.⁶⁷⁶ Dem zufolge muss die Regelung die außertarifvertragliche Festlegung von Höchsttarifbedingungen erfassen und ist damit grundsätzlich auch für die Einschränkung im öffentlichen Dienst relevant. Schließlich legen die Tarifvertragsparteien des TVöD nicht selbst fest, dass die Tariflöhne für öffentliche Arbeitgeber*innen Höchsttarifbedingungen sind, sondern der Staat. Der öffentliche Dienst ist mithin nur die besondere Ausprägung, vor der sich die kollektivrechtliche Grundfrage nach der Reichweite des Günstigkeitsprinzips stellt. Gleichermaßen beschränkt sich auch die Antwort nicht auf den öffentlichen Dienst: Privatwirtschaftliche Unternehmen können wie erwähnt ebenfalls beschließen, ihren Beschäftigten nur den Tariflohn zu zahlen, und diesen Beschluss durch das herrschende Unternehmen im Vertragskonzern in allen abhängigen Gesellschaften gemäß § 308 Abs. 1 AktG durchsetzen.⁶⁷⁷ Deshalb wirft der öffentliche Dienst keine zusätzlichen Zweifel an der Anwendbarkeit des Günstigkeitsprinzips auf, die nicht auch bei außertarifvertraglichen Höchsttarifbedingungen in der Privatwirtschaft bestünden. Daraus ergibt sich jedoch genauso wenig der automatische Umkehrschluss, dass öffentliche Arbeitgeber*innen zulässigerweise genauso agieren können wie private.⁶⁷⁸ Die haushaltsrechtlichen Besonderheiten der öffentlichen Hand führen dazu, dass sich die verfassungsrechtliche Perspektive verschiebt, vorausgesetzt, man geht von einer verfassungsrechtlichen Verankerung des Günstigkeitsprinzips aus. Das liegt insbesondere daran, dass die Einschränkung des Günstigkeitsprinzips im öffentlichen Dienst staatlicherseits erfolgt und nicht durch Private, sodass über eine mittelbare Drittwirkung hinaus die konkrete Prüfung der Verfassungsmäßigkeit erforderlich wird. In Betracht kommt ein Eingriff entsprechender Regelungen in die Arbeitsvertragsfreiheit der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes aus Art. 12 Abs. 1 GG, in der das Günstigkeitsprinzip richtigerweise konstitutionell

⁶⁷⁵ Vgl. entspr. zu faktischen Höchsttarifbedingungen durch Differenzierungsklauseln *Borchard*, Verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Grenzen tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln, 2009, S. 168.

⁶⁷⁶ Vgl. *Borchard*, Verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Grenzen tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln, 2009, S. 169.

⁶⁷⁷ Wiedemann/*Wank*, 8. Aufl. 2019, § 4 Rn. 440.

⁶⁷⁸ So argumentierte jedoch BVerwG, Urt. v. 8.3.1974 – VII C 47.72, juris.

verortet wird.⁶⁷⁹ Auch außertarifvertraglich vereinbarte Höchsttarifsbedingungen schränken den Verhandlungsspielraum der Arbeitnehmer*innen faktisch ein, weil sie keinerlei Möglichkeit haben, frei ihre Arbeitsbedingungen auszuhandeln. Bis zur Höhe des Tariflohns übernimmt die Koalition die Autonomieausübung; durch ihren Beitritt legitimieren die Arbeitnehmer*innen die tarifvertragliche Normsetzungsgewalt der Gewerkschaft. Im übertariflichen Bereich steht der Arbeitnehmer*in durch die Einschränkung aber keine darüber hinausgehende Verhandlungsmöglichkeit zu, bei der zumindest theoretisch eine Chance auf Erfolg bestünde. Zwar besteht ohnehin kein Anspruch auf übertarifliche Arbeitsbedingungen, genauso wenig wie die Vertragsfreiheit ein bestimmtes Verhandlungsergebnis garantiert.⁶⁸⁰ Die bloße Möglichkeit der Einflussnahme genügt jedoch: Im Sinne der Inhaltsfreiheit müssen bestimmte rechtliche Rahmenbedingungen abgesichert sein, die beiden Parteien die Möglichkeit bieten, ein für sie möglichst vorteilhaftes Ergebnis zu erzielen.⁶⁸¹ Letztlich macht die Festsetzung von Höchsttarifsbedingungen, sei es im öffentlichen Dienst oder anderswo, ein Verhalten, das in den Schutzbereich der Vertragsfreiheit fällt, deshalb mindestens teilweise unmöglich. Die beispielsweise gesetzliche Bindung der Arbeitgeber*in beeinträchtigt mittelbar die Verhandlungsmöglichkeiten ihrer Beschäftigten. Gleichzeitig verdeutlicht es das grundsätzliche Problem, dass der Schutzbereich der Arbeitsvertragsfreiheit in weiten Teilen ungeklärt ist.⁶⁸² Bejaht man die Einschränkung der Arbeitsvertragsfreiheit, müsste außerdem grundsätzlich eine objektiv berufsregelnde Tendenz erkennbar sein, damit die mittelbar-faktische Beschränkung als Eingriff im verfassungsrechtlichen Sinn einzuordnen ist. Bei Normen, die den Inhalt des Arbeitsverhältnisses betreffen, ist allerdings kein positiver Nachweis einer besonderen berufsregelnden Tendenz erforderlich, um einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff zu begründen.⁶⁸³ Damit steht die verfassungsrechtliche Rechtfertigung selbst im Mittelpunkt. Erwähnenswert ist zunächst, dass nur solche Eingriffe in die Berufsfreiheit gerechtfertigt sein können, die durch oder aufgrund eines Gesetzes erfolgen. Ein Eingriff in ein Abwehrrecht ist ferner

⁶⁷⁹ S. dazu oben Teil 2 C. I. 1.

⁶⁸⁰ Dietz, DB 1965, 591, 595.

⁶⁸¹ Höpfner, Verfassungsrechtliche Grenzen der Privilegierung tarifgebundener Arbeitgeber, April 2019, S. 31.

⁶⁸² Vgl. Hartmann, Negative Tarifvertragsfreiheit, 2014, S. 75 ff.

⁶⁸³ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 18.11.2003 – 1 BvR 302/96, NJW 2004, 146, 147; Jarass/Pieroth, 16. Aufl. 2020, Art. 12 GG Rn. 14; ErfK/Schmidt, 21. Aufl. 2021, Art. 12 GG Rn. 20; Henssler/Höpfner, Der Kern der negativen Koalitions- und Tarifvertragsfreiheit, 2018, S. 40.

erst dann verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn er verhältnismäßig ist,⁶⁸⁴ also nicht gegen das Übermaßverbot verstößt. Dazu muss der Eingriff einem legitimen Ziel dienen, zu dessen Erreichung er geeignet, erforderlich sowie im engeren Sinne verhältnismäßig ist. Die inhaltliche Rechtfertigungslast ist wegen der Besonderheiten des staatlichen Haushaltsrechts und der öffentlichen Personalwirtschaft womöglich geringer, als wenn der Staat ohne Bezug zum öffentlichen Dienst qua Gesetz außertarifvertragliche Höchsttarifsbedingungen festgelegt würden. Schließlich genügen nach der Drei-Stufen-Theorie, die jedenfalls in der konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung jedes Eingriffs in die Berufsfreiheit zumindest noch gewichtiger Anhaltspunkt ist,⁶⁸⁵ zur Rechtfertigung von Berufsausübungsregeln vernünftige Gründe des Allgemeinwohls.⁶⁸⁶ Wie im Urteil des BVerwG vom 13. März 1964 angeführt, wird die Einschränkung des Günstigkeitsprinzips mit Überlegungen zur Funktionsfähigkeit des Staates begründet.⁶⁸⁷ Die Funktionsfähigkeit des Staates ist ein Rechtsgut von höchstem Verfassungsrang.⁶⁸⁸ Die Haushaltsgrundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit sowie das Budgetrecht des Staates sollen das absichern; sie finden in Art. 110 GG⁶⁸⁹ sowie §§ 51, 52 BHO ihren Niederschlag. Die „Verfassungsverantwortung“⁶⁹⁰ der öffentlichen Arbeitgeber*in für die Leistungsfähigkeit des öffentlichen Dienstes ist Kernbestandteil der Begründung, weshalb das tarifvertragliche Günstigkeitsprinzip im öffentlichen Dienst nicht anwendbar sein dürfe. Fraglich ist, welches Gewicht man den vorgebrachten Argumenten schenken mag. Schon Geeignetheit und Erforderlichkeit der Ausschaltung des Günstigkeitsprinzips im öffentlichen Dienst mögen bei kritischer Betrachtung zweifelhaft erscheinen. Insbesondere die Charakterisierung des Arbeitsrechts als Arbeitnehmer*innenschutzrecht wird als Kritik an der Legitimität der Begründung aufgeführt: Sie rechtfertigt vielmehr eine generelle, auch den Bereich des öffentlichen Dienstes erfassende Anwendung des Günstigkeitsprinzips.⁶⁹¹ Über das

⁶⁸⁴ Auf die weiteren Voraussetzungen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung kann vorliegend nicht näher eingegangen werden.

⁶⁸⁵ *Mann*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 12 GG Rn. 125, 137 ff.

⁶⁸⁶ Grundlegend BVerfG, Urt. v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377 ff.

⁶⁸⁷ Vgl. BVerwG, Urt. v. 13.3.1964 – VII C 87/60, NJW 1964, 1537, 1539.

⁶⁸⁸ Vgl. BVerfG, Urteil v. 27.4.1959 – 2 BvF 2/58, NJW 1959, 1171, 1171 f.; *Rieble/Leitmeier*, ZTR 2008, 237, 242. S. insbesondere zur Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung *Steiner*, PersV 2015, 84 ff.

⁶⁸⁹ *Dreier/Heun*, 3. Aufl. 2018, Art. 110 GG Rn. 6; *Maunz/Dürig/Kube*, 94. EGL 2021, Art. 110 Rn. 1.

⁶⁹⁰ *Rieble/Leitmeier*, ZTR 2008, 237, 243.

⁶⁹¹ Vgl. *Groeger/Weber*, 3. Aufl. 2020, § 1 Rn. 70 mit Verweis auf BAG, Urt. v. 3.10.1969 – 3 AZR 400/68, BAGE 22, 144.

Günstigkeitsprinzip schützt der Gesetzgeber gerade die Vertragsfreiheit der Arbeitnehmer*innen. Zu betonen ist aber, dass dem Staat hinsichtlich der Geeignetheit einer Maßnahme ein erheblicher Einschätzungs- und Prognosevorrang im Bereich der Arbeitsbedingungen zusteht.⁶⁹² Die Beurteilung der Geeignetheit beschränkt sich mithin auf eine bloße Vertretbarkeitsprüfung.⁶⁹³ Gerade im Bereich des öffentlichen Dienstes und allen nahen Bereichen, wie dem der staatlich gebundenen Berufe, sind Sonderregeln auch deshalb unter Umständen zulässig.⁶⁹⁴ Im Ergebnis wird Entsprechendes für das Günstigkeitsprinzip gelten, sodass auch dessen Einschränkung im öffentlichen Dienst verfassungsrechtlich zulässig sein dürfte: Wenn die Ausnahme vom Günstigkeitsprinzip entsprechend der Prognose zur Funktionsfähigkeit des Staates beiträgt, ist sie auch im engeren Sinne verhältnismäßig. Die vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls überwiegen die Beschränkung der Berufsausübung in Gestalt der Vertragsfreiheit. Zu betonen ist nichtsdestotrotz, dass die Frage, ob das Günstigkeitsprinzip auf außertarifvertragliche Konstellationen anwendbar ist, damit nicht grundsätzlich zu verneinen ist. Vielmehr ist eine extensive Auslegung geboten, die auch außertarifvertraglich festgelegte Höchsttarifbedingungen verbietet. In der Folge kommt es dann hinsichtlich der Zulässigkeit darauf an, ob dem jeweiligen Verstoß gegen das Günstigkeitsprinzip verfassungsrechtliche Rechtfertigungsgründe gegenüberstehen.

b) Sonderfall: Höchstnormenbeschlüsse

Ein weiterer Gesichtspunkt, unter dem der Anwendungsbereich des Günstigkeitsprinzips diskutiert wird, ist der Höchstnormenbeschluss. Dabei handelt es sich um den verbandsinternen Beschluss eines Verbands von Arbeitgeber*innen, der es seinen Mitgliedsunternehmen untersagt, ihre Beschäftigten übertariflich zu entlohnen. Ein Verstoß gegen den Beschluss kann unter Umständen von Verbandsseite mit Vertragsstrafen sanktioniert werden.⁶⁹⁵ Teilweise wird ein solches Verbot unmittelbar in der Satzung des Verbands festgelegt. Die Vereinbarung von Höchsttarifbedingungen im Tarifvertrag wäre wegen § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG

⁶⁹² BVerfG, Beschl. v. 29.12.2004 – 1 BvR 2582/03, 1 BvR 2283/03, 1 BvR 2504/03, NZA 2005, 153, 154; BVerfG, Beschl. v. 3.4.2001 – 1 BvL 32/97, NZA 2001, 777, 779 jew. m.w.N.

⁶⁹³ BVerfG, Urt. v. 26.5.1981 – 1 BvL 56/78, 1 BvL 57/78, 1 BvL 58/78, NJW 1981, 2107, 2108 ff.

⁶⁹⁴ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 2.4.1963 – 2 BvL 22/60, BVerfGE 16, 6, 22; BVerfG, Urt. v. 1.7.1980 – 1 BvR 247/75, BVerfGE 54, 237, 250; BVerfG, Beschl. v. 19.6.2012 – 1 BvR 3017/09, BVerfGE 131, 130, 139; v. Mangoldt/Klein/Starck/*Manssen*, 7. Aufl. 2018, Art. 12 GG Rn. 48.

⁶⁹⁵ Vgl. *Belling*, Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht, 1984, S. 91.

unwirksam; über inhaltlich ähnlich wirkende Verbandsbeschlüsse trifft die Norm keine explizite Aussage. Es geht deshalb um die Frage, ob das Günstigkeitsprinzip allein die tarifvertragliche Gestaltungsbefugnis der Tarifvertragsparteien beschränkt, oder ob auch andere Handlungsformen davon in ihrer Zulässigkeit betroffen sind. Dazu ist die einfachgesetzliche Normierung in § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG auszulegen. Die Natur des Günstigkeitsprinzips als Kollisionsnorm spielt dabei weniger eine Rolle als das daraus hergeleitete Verbot von Höchsttarifsbedingungen, das jedenfalls für Tarifverträge gilt. Mittelbar begrenzt aber auch die außertarifvertragliche Festlegung von Höchsttarifsbedingungen in der Satzung des Arbeitgeber*innenverbands die arbeitsvertragliche Gestaltungsfreiheit der Beschäftigten. Aufgrund der koalitionsrechtlichen Verbandsautonomie ist die Bewertungsgrundlage für Höchstnormbeschlüsse dabei möglicherweise eine andere als beispielsweise für eine vertragliche, zweiseitige Verpflichtung der Koalitionen.⁶⁹⁶ Die Satzungsautonomie dient der Ausübung der Verbandsautonomie und ist ebenfalls über Art. 9 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich vorbehaltlos gewährleistet.⁶⁹⁷ Das bedeutet, dass die Satzungsautonomie des Arbeitgeber*innenverbands nur durch grundrechtsimmanente Schranken begrenzt werden kann. Die Satzungsautonomie umfasst in erster Linie die Wahl der Rechtsform des Verbands sowie dessen Organisationsstrukturen, wie beispielsweise die Regelung der Verbandsmitgliedschaft.⁶⁹⁸ Die Arbeitsvertragsfreiheit der Arbeitnehmer*innen aus Art. 12 Abs. 1 GG, die durch den Höchstnormenbeschluss berührt wird, steht verfassungsrechtlich gesehen also der Grundrechtsausübung Anderer gegenüber, anders als die Vereinbarung von Höchsttarifsbedingungen im öffentlichen Dienst.

Die Satzungsautonomie ist verfassungsrechtlich abgesichert; es ist jedoch vorgelagert fraglich, ob das Günstigkeitsprinzip tatsächlich ebendiese Satzungsautonomie beschränkt. Es kommt darauf an, ob das Günstigkeitsprinzip die Satzungsautonomie einfachgesetzlich und verfassungsrechtlich zulässig begrenzend ausgestaltet, oder ob andersherum das Günstigkeitsprinzip gerade in die Satzungsautonomie und damit in Art. 9 Abs. 3 GG eingreift, und der Eingriff verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein

⁶⁹⁶ *Belling*, Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht, 1984, S. 91.

⁶⁹⁷ BAG, Beschl. v. 19.11.1985 – 1 ABR 37/83, NJW 1987, 514, 515; BeckOK GG/*Cornils*, 47. Ed. 2021, Art. 9 GG Rn. 55; Maunz/Dürig/*Scholz*, 94. EGL 2021, Art. 9 GG Rn. 204.

⁶⁹⁸ *Treber*, in: Schaub/Ahrendt/Koch u.a. (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl. 2019, § 190 Rn. 31 f.

muss. Ausschlaggebend ist dabei die Differenzierung zwischen der gesetzlichen Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit und einem Eingriff in ebendiese. Die Koalitionsfreiheit ist ein normgeprägtes Grundrecht, das in hohem Maße der einfachgesetzlichen Ausgestaltung bedarf.⁶⁹⁹ Damit geht zugleich eine erhebliche gesetzgeberische Ausgestaltungsfreiheit einher:⁷⁰⁰ „Es ist Sache des Gesetzgebers und fällt in den Rahmen seiner Gestaltungsfreiheit, die Tragweite der Koalitionsfreiheit dadurch zu bestimmen, daß er die Befugnisse der Koalitionen im einzelnen ausgestaltet und näher regelt.“⁷⁰¹ § 4 Abs. 3 TVG ist Sinnbild ebendieser Ausgestaltung. Unabhängig vom Streit um die verfassungsrechtliche Verortung des Günstigkeitsprinzips ist es jedenfalls Ausdruck der gesetzgeberischen Entscheidung zugunsten der Vertragsfreiheit im übertariflichen Bereich. Sobald der Schutz der Arbeitnehmer*in durch Mindestarbeitsbedingungen gesichert ist, lebt der Vorrang der privatautonomen Gestaltung wieder auf – allerdings nur, wenn die Arbeitnehmer*in davon profitiert, weil die vertragliche Abrede für sie günstiger ist. Die gesetzgeberische Entscheidung zugunsten der Vertragsfreiheit muss entsprechend auch dann gelten, wenn ihrer Ausübung statt einer tarifvertraglichen Norm eine satzungsautonome Abmachung gegenübersteht. Die Rechtfertigungslast liegt daher darin, die Überlagerung der im übertariflichen Bereich für vorrangig befundenen Vertragsfreiheit durch die Satzungsautonomie entgegen der gesetzgeberischen Wertentscheidung aus § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG zu begründen. Zu untersuchen ist nachfolgend deshalb insbesondere das Zusammenspiel zwischen Satzungsautonomie und Arbeitsvertragsfreiheit vor dem Hintergrund der einfachgesetzlichen Ausgestaltung des Günstigkeitsprinzips.

Die Relevanz von Höchstnormenvereinbarungen stellt § 7 Nr. 4 der Satzung der Tarifgemeinschaft der Länder (TdL) eindrücklich unter Beweis: Die Mitglieder des Arbeitgeber*innenverbands der TdL sind dem zufolge verpflichtet, übertarifliche Maßnahmen - abgesehen von Einzelfällen ohne grundsätzliche Bedeutung - nur mit Ermächtigung der Mitgliederversammlung zu beschließen und durchzuführen. Da es sich bei der TdL um die verhandelnde Partei der Tarifverträge der Länder auf

⁶⁹⁹ BVerfG, Urt. v. 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78, 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290, 368; Wiedemann/Jacobs, 8. Aufl. 2019, Einl. Rn. 151 f.; Poscher, RdA 2017, 235.

⁷⁰⁰ Poscher, RdA 2017, 235, 236.

⁷⁰¹ BVerfG, Beschl. v. 26.5.1970 – 2 BvR 664/65, BVerfGE 28, 295, 306.

Arbeitgeber*innenseite handelt, zeigt sich außerdem ein enger sachlicher Zusammenhang zur soeben behandelten Geltung des Günstigkeitsprinzips für die öffentliche Hand. Höchstnormenbeschlüsse begründen aber einen anderen Diskussionspunkt um die Vereinbarkeit mit dem Günstigkeitsprinzip, weil sie der Feder der Tarifvertragsparteien entstammen und damit näher am in § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG explizit vorgesehenen Anwendungsbereich liegen, als wenn qua Gesetz oder staatlicher Weisung eine Obergrenze für Arbeitsbedingungen festgelegt wird. Deshalb ist für innerverbandliche Handlungen eine andere Bewertungsgrundlage heranzuziehen. Es ist zu untersuchen, ob Schranken der internen Verbandsautonomie bestehen, die das Günstigkeitsprinzip beschränkende Maßnahmen verhindern.⁷⁰² Fraglich ist konkret, „ob die Satzungsautonomie der Koalitionen das Recht einschließt, die gesetzgeberische Sozialgestaltung, nach der Tarifnormen zwingende Mindestnormen sind, mit den Mitteln des innerverbandlichen Zwangs zu neutralisieren mit der Folge, dass die Tarifnormen faktisch den Charakter von Höchstnormen annehmen.“⁷⁰³ Der enge Zusammenhang mit dem Günstigkeitsprinzip im öffentlichen Dienst ist nicht zu vernachlässigen: Hält man Höchstnormenbeschlüsse für wirksam, stünde auch der außertarifvertraglichen Festlegung von Höchstarbeitsbedingungen im öffentlichen Dienst grundsätzlich nichts entgegen. Andersherum führt die soeben vertretene verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Einschränkung des Günstigkeitsprinzips im öffentlichen Dienst wegen der dortigen Besonderheiten nicht zwangsläufig zur Zulässigkeit von Höchstnormenbeschlüssen allgemein.

Zugunsten der Wirksamkeit verbandsinterner Höchstnormenbeschlüsse wird vorgebracht, dass das Günstigkeitsprinzip aus § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG nur die Tarifmacht und -autonomie begrenze, nicht aber die Verbandsmacht der Koalitionen.⁷⁰⁴ Ausgangspunkt der Überlegung ist eine recht enge Auslegung des tarifrechtlichen Günstigkeitsprinzips. Dafür spricht zunächst der Wortlaut von § 4 Abs. 3 TVG, der sich aufgrund des systematischen Gesamtzusammenhangs von § 4 TVG explizit nur auf Tarifnormen bezieht. Systematisch-teleologisch wird argumentiert, dass sich die einzelne Arbeitgeber*in dagegen entscheiden könne, ihre Beschäftigten übertariflich zu entlohnen – dann müsse auch der Verband der Arbeitgeber*innen in Ausübung der

⁷⁰² *Belling*, Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht, 1984, S. 91.

⁷⁰³ *Belling*, Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht, 1984, S. 98 f.

⁷⁰⁴ *Richardí*, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, 1968, S. 374; *Däubler/Deinert*, 4. Aufl. 2016, § 4 TVG Rn. 632 f.

gebündelten Arbeitsvertragsfreiheit seiner Mitglieder rechtlich dazu in der Lage sein, sich ebenso zu verhalten.⁷⁰⁵ Die Zulässigkeit von Höchstnormenbeschlüssen sei geradezu geboten, um die Wirkungen von § 4 Abs. 3 TVG entsprechend der Grundsätze des kollektiven Arbeitsrechts auszugleichen, da die Norm vorrangig gewerkschaftlichen Interessen diene.⁷⁰⁶ Außerdem könnten Arbeitnehmer*in und Arbeitgeber*in ohnehin wirksam einen übertariflichen Lohn vereinbaren, ohne dass dessen Rechtswirksamkeit durch den entgegenstehenden Höchstnormenbeschluss beschnitten wäre.⁷⁰⁷ Differenzierend kann darauf abgestellt werden, ob der Beschluss die Mitglieder tatsächlich verpflichtet, jede übertarifliche Entlohnung zu unterlassen, oder ob es sich um eine bloße Empfehlung des Verbands handelt.⁷⁰⁸ Zumindest letzteres wird als unkritisch rechtmäßig betrachtet. Von Vertreter*innen der Ansicht, dass Höchstnormenbeschlüsse mit Blick auf das Günstigkeitsprinzip zulässig sind, wird aber in der Folge zumeist ein Verstoß gegen die koalitionsrechtliche Durchführungspflicht festgestellt.⁷⁰⁹ Ob das zutrifft, kommt darauf an, welchen Inhalt man der Durchführungspflicht beimisst. Grundsätzlich bezieht sich die „Durchführung“ auf den entsprechenden Tarifvertrag. Um einen Verstoß anzunehmen, müssten die Tarifnormen also bereits das Verbot in sich tragen, dass die Festlegung von Höchsttarifbedingungen unzulässig ist. Das wäre regelmäßig nur der Fall, wenn man das Günstigkeitsprinzip als immanenten Bestandteil jedes Tarifvertrags versteht.⁷¹⁰ Eine solche Auslegung überstrapaziert jedoch die tarifliche Durchführungspflicht; der Tarifvertrag enthält „keine weitergehenden Pflichten, als ihm im Wege der Auslegung entnommen werden können“.⁷¹¹ Damit nicht zu verwechseln ist die Auslegung des Günstigkeitsprinzips selbst. Der tariffreie Bereich übertariflicher Arbeitsbedingungen ist vom Tarifvertrag aber zunächst nicht umfasst. Im Ergebnis ist es deswegen widersprüchlich, die inhaltliche Zulässigkeit von

⁷⁰⁵ Däubler/Deinert, 4. Aufl. 2016, § 4 TVG Rn. 632; Dietz, DB 1965, 591, 595.

⁷⁰⁶ Zeuner, DB 1965, 630, 631.

⁷⁰⁷ Dietz, DB 1965, 591, 595.

⁷⁰⁸ Richardi, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, 1968, S. 374 f. m.w.N.

⁷⁰⁹ Däubler/Deinert, 4. Aufl. 2016, § 4 TVG Rn. 633; a.A. Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 4 Rn. 564; Richardi, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, 1968, S. 374 m.w.N.

⁷¹⁰ Säcker/Oetker, ZfA 1996, 85, 98 f.

⁷¹¹ Säcker/Oetker, ZfA 1996, 85, 99; vgl. auch Dietz, DB 1965, 591, 594; Zeuner, DB 1965, 630, 632 f.

Höchstnormenbeschlüssen zu bejahen, sie dann aber an der Durchführungspflicht scheitern zu lassen.

Nach überwiegender Ansicht sind Höchstnormenbeschlüsse wegen Verstoßes gegen zwingendes Tarifrecht, namentlich das Günstigkeitsprinzip, unwirksam.⁷¹² Das Günstigkeitsprinzip schütze die Arbeitsvertragsfreiheit der Arbeitnehmer*innen bei gebotener weiter Auslegung auch gegenüber mittelbar-finalen Verpflichtungen der Arbeitgeber*in.⁷¹³ Die aus dem Beschluss folgende Pflicht der Verbandsmitglieder schränkt die Arbeitsvertragsfreiheit der Beschäftigten ebenso ein, wie wenn sich die Arbeitgeber*innen jeweils inhaltsgleich schuldrechtlich verpflichtet hätten.⁷¹⁴ Die Begrenzung des Günstigkeitsprinzips wirkt deshalb faktisch ähnlich wie eine tatsächliche Beschränkung der Rechtsmacht der Arbeitsvertragsparteien.⁷¹⁵ Die entsprechend extensive Auslegung des Günstigkeitsprinzips, die erforderlich ist, um dessen Anwendbarkeit auf Höchstnormenbeschlüsse zu bejahen, ist gerade vor dem verfassungsrechtlichen Hintergrund der Arbeitsvertragsfreiheit und der damit einhergehenden Schutzpflicht des Staates auch für den Bereich zwischen Privaten angebracht. Dass das Günstigkeitsprinzip auf außertarifvertragliche Handlungsformen anwendbar ist, wurde oben bereits bejaht; auch der Höchstnormenbeschluss ist als Verbandshandlung eine außertarifvertragliche Handlungsform. Berücksichtigt man ferner die Wechselwirkungen von mittelbaren Höchstarbeitsbedingungen und der einhergehenden Beschränkung der Arbeitsvertragsfreiheit, sprechen außerdem teleologische Gründe für die weite Auslegung. Wie festgestellt zeugt § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG als Ausgestaltung der grundgesetzlich gewährleisteten Privatautonomie davon, dass sich der Gesetzgeber im Sinne einer praktischen Konkordanz zwischen kollektiver und individueller Gestaltungsfreiheit dafür entschied, der individuellen Vertragsfreiheit im übertariflichen Bereich den Vortritt zu lassen. Aufgrund des damit

⁷¹² *Belling*, Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht, 1984, S. 91 ff. m.w.N, 96 ff., 102 ff.; *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht, Bd. II/1, 1967, S. 574 ff.; MHB ArbR/*Klumpp*, 4. Aufl. 2019, § 253 Rn. 34; *Küchenhoff*, AuR 1963, 321, 323; *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 4 Rn. 563; *Nikisch*, DB 1963, 1254, 1256; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 1695, 1697; *Säcker/Oetker*, ZfA 1996, 85, 104; *Wiedemann/Wank*, 8. Aufl. 2019, § 4 Rn. 435.

⁷¹³ Vgl. *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 4 Rn. 562.

⁷¹⁴ *Belling*, Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht, 1984, S. 102 ff.; *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 4 Rn. 563; *Wiedemann/Wank*, 8. Aufl. 2019, § 4 Rn. 398. Vgl. außerdem *Wlotzke*, Das Günstigkeitsprinzip, 1957, S. 24 ff. A.A. bspw. *Däubler/Deinert*, 4. Aufl. 2016, § 4 TVG Rn. 631 f.

⁷¹⁵ *Richardi*, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, 1968, S. 373; *Zeuner*, DB 1965, 630.

festgelegten groben Rangs der Verfassungswerte im konkreten Interessenkonflikt kann das Günstigkeitsprinzip auch bei der Abwägung der kollidierenden Grundrechte im übertariflichen, außertarifvertraglichen Bereich herangezogen werden. Die Beeinträchtigung der Arbeitsvertragsfreiheit ist bei einer faktischen Obergrenze ähnlich hoch wie bei einer tarifvertraglichen Höchstgrenze. Das muss jedenfalls dann gelten, wenn die Satzungsregelung oder der Beschluss verpflichtend ausgestaltet sind und Verstöße zusätzlich sanktioniert werden können. *Belling* zufolge ergibt sich das aus einem teleologisch-systematischen Erst-Recht-Schluss: „Wenn der Gesetzgeber sogar ein Zusammenwirken der Koalitionen, für das grundsätzlich eine Richtigkeitsgewähr spricht, ausschließen wollte, soweit der übertarifliche Raum auf dem Spiel steht, so läuft es dieser gesetzgeberischen Intention zuwider, das einseitige, durch den sozialen Gegenspieler unkontrollierte, aber faktisch dasselbe Ergebnis bewirkende Vorgehen einer Koalition zu sanktionieren.“⁷¹⁶ Ansonsten würden die „Wertungen des Tarifrechts durch einen Rückgriff auf das Instrumentarium des Vereins- und Verbandsrechts“⁷¹⁷ unterlaufen. Das unterstreicht folgerichtig die Notwendigkeit der extensiven Auslegung des Günstigkeitsprinzips.⁷¹⁸ Blickt man auf der Grundlage aus verfassungsrechtlicher Perspektive auf Höchstnormenbeschlüsse, ist zunächst zu betonen, dass sie keinen staatlichen Akt darstellen, sondern vom Verband als private Vereinigung ausgehen. Damit kommt es aus verfassungsrechtlicher Sicht in erster Linie auf die Grundrechtsbindung des Verbands der Arbeitgeber*innen an. Nur, wenn man sie bejaht, ist der Höchstnormenbeschluss ein verfassungsrechtlich relevanter Eingriff. Lehnt man die Grundrechtsbindung ab, verbleibt allein die Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Wertungen im Rahmen der mittelbaren Drittwirkung oder der verfassungskonformen Auslegung⁷¹⁹. Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG sind die Tarifvertragsparteien im Rahmen der Tarifnormsetzung nicht unmittelbar an die Grundrechte gebunden,⁷²⁰ stattdessen kommt den Gerichten eine wichtige Rolle in der Wahrung der Grundrechte zu. Sie trifft die Pflicht, in ihrer Rechtsfindung die Schutzgebotsfunktion der Freiheitsgrundrechte

⁷¹⁶ *Belling*, Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht, 1984, S. 97.

⁷¹⁷ *Belling*, Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht, 1984, S. 97.

⁷¹⁸ Das entgegengesetzt dazu ablehnend *Zeuner*, DB 1965, 630, 630 f.; *Löwisch* (Hrsg.), Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht, S. 383.

⁷¹⁹ Zum Zusammenspiel zwischen verfassungskonformer Auslegung und Drittwirkung s. *Kulick*, NJW 2016, 2236 ff.

⁷²⁰ BAG, Urt. v. 19.12.2019 – 6 AZR 563/18, NZA 2020, 734, 738 f.; BAG, Urt. v. 11.7.2019 – 6 AZR 460/18, NJOZ 2019, 1478, 1480; BAG, Urt. v. 27.5.2004 – 6 AZR 129/03, NZA 2004, 1399 ff.; BAG, Urt. v. 30.8.2000 – 4 AZR 563/99, NZA 2001, 613 ff.

auch bezogen auf Tarifnormen zu gewährleisten.⁷²¹ Die Frage der Grundrechtsbindung der Tarifparteien ist seit Jahrzehnten umstritten;⁷²² auch das BAG vertrat früher die Ansicht, die Koalitionspartner seien unmittelbar grundrechtsgebunden.⁷²³ Wenn also nach der heutigen Rechtsprechung schon bei der Vereinbarung normativ wirkender Tarifverträge als Kernaufgabe der Tarifvertragsparteien keine unmittelbare Grundrechtsbindung besteht, kann erst Recht nicht bei der weniger wirkintensiven, nicht fremdverantworteten, verbandsinternen Beschlussfassung von einer solchen Grundrechtsbindung ausgegangen werden. Den Tarifvertragsparteien steht damit bei ihren Verbandshandlungen ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu, der durch die Satzungsautonomie verstärkt wird. Die Beurteilung der Zulässigkeit von Höchstnormenbeschlüssen beschränkt sich deshalb darauf, verfassungsrechtliche Aspekte im Sinne einer mittelbaren Drittwirkung zu berücksichtigen. Strittig ist wiederum, wie genau die mittelbare Drittwirkung zu charakterisieren ist. Nach althergebrachter Auffassung entfalten die Grundrechte im Privatrecht über Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe ihre Ausstrahlungswirkung.⁷²⁴ Gleichzeitig liegt der Schwerpunkt nach neueren Entwicklungen auf dem Schutzauftrag des Staates.⁷²⁵ Außerdem können bereits durch die verfassungskonforme Auslegung des einfachen Gesetzesrechts verfassungsrechtliche Wertungen im Rahmen des Privatrechts berücksichtigt werden.⁷²⁶ Kollidierende Grundrechtspositionen müssen mithin mittelbar auch auf der Ebene des einfachen Rechts in Ausgleich gebracht werden. Wegweiser für die Kollision zwischen individueller und kollektiver Autonomie im Tarifrecht ist das Günstigkeitsprinzip aus § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG, das entsprechend auszulegen ist. Dabei besteht im Rahmen der Höchstnormenbeschlüsse ein Bezug zur Satzungsautonomie aus Art. 9 Abs. 3 GG, die in der Konstellation die Tarifautonomie ergänzt. Beschlüsse oder Regelungen in der Verbandssatzung, die den konkreten Inhalt des Tarifvertrags und dessen Umsetzung betreffen, können nicht allein aufgrund der auf Verbandsebene eingeräumten Autonomie die tarifrechtlichen Grundsätze umgehen.

⁷²¹ BAG, Urt. v. 19.12.2019 – 6 AZR 563/18, NZA 2020, 734, 738 f.

⁷²² S. zusammenfassend Wiedemann/Jacobs, 8. Aufl. 2019, Einl. Einl. Rn. 261 ff.; kürzlich Jacobs/Frieling, SR 2019, 108, 108 ff.

⁷²³ Grundlegend BAG, Urt. v. 15.1.1955 – 1 AZR 305/54, NJW 1955, 684 ff., unter Einordnung von Tarifnormen als an Grundrechte gebundene Gesetzgebung iSv Art. 1 Abs. 3 GG.

⁷²⁴ BVerfG, Beschl. v. 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09, NJW 2018, 1667, 1668 m.w.N.

⁷²⁵ Maßgeblich BAG, Urt. v. 19.12.2019 – 6 AZR 563/18, NZA 2020, 734, 738 Rn. 21 ff.

⁷²⁶ S. dazu Kulick, NJW 2016, 2236 ff.

Was das zwingende Tarifrecht, also auch das Günstigkeitsprinzip aus § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG angeht, besteht deshalb ein Vorrang der Tarif- vor der Satzungsautonomie. Darüber hinaus müssen jedenfalls mittelbar die konkret betroffenen verfassungsrechtlichen Werte zwar berücksichtigt werden, aber es besteht ein wichtiger Unterschied zum Günstigkeitsprinzip im öffentlichen Dienst: Mangels staatlichen Eingriffs erfolgt bei Höchstnormbeschlüssen keine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung. Dennoch können privatrechtliche und verfassungsrechtliche Erwägungen den Inhalt maßgeblich prägen. Auch in dem Sinne gilt mit Bezug auf Höchstnormbeschlüsse: Der „Spielraum der Satzungsautonomie [kann] nicht dem der Vertragsfreiheit gleichgesetzt werden“⁷²⁷. Gegen eine solche Gleichsetzung spricht namentlich, dass die Vertragsfreiheit „in weitaus stärkerem Maße einer Richtigkeitskontrolle unterworfen ist“⁷²⁸: Die in Vertragsverhältnissen beidseitig wirkende Privatautonomie erfährt deutlich stärkere Regulierung durch gesetzliche Vorgaben, als eine vorrangig im Innenverhältnis wirkende und deshalb weniger regulierte Autonomieausübung. Sobald die Verbands- oder Satzungsautonomie jedoch auch im Außenverhältnis bedeutende Konsequenzen auslöst, muss der Kontrollmaßstab angehoben werden. Im Rückschluss ergibt sich deshalb, dass der Satzungsautonomie von vornherein ein begrenzterer Spielraum einzuräumen ist. Der Verbandsbeschluss beruht anders als eine Tarifnorm nicht auf antagonistischem Zusammenwirken, sondern ist Ergebnis einseitiger Interessenverwirklichung. Deshalb ist auch der Maßstab, der für Tarifnormen gilt, nicht auf den Höchstnormbeschluss übertragbar. Tarifnormen profitieren gerade aufgrund der Auseinandersetzung der sozialen Gegenspieler von einer gewissen Richtigkeitsgewähr, die nicht unmittelbar übertragbar ist. Die Möglichkeit, nachteilige Regelungen durch ausgehandelte Gegenleistungen auszugleichen, entfällt bei einer solchen einseitigen Interessenwahrnehmung. Gerade wegen der öffentlichen Funktion der Arbeitgeber*innenverbände kann deshalb auch ohne Grundrechtsbindung keine Flucht aus koalitionspezifischen Rechtsgrundsätzen gutgeheißen werden.⁷²⁹ Letztlich läuft es darauf hinaus, dass der Verband womöglich unabhängig von der internen Beschluss- oder Satzungsanlage wegen der gebotenen extensiven Auslegung des Günstigkeitsprinzips die Vertragsfreiheit der Beschäftigten im übertariflichen Bereich

⁷²⁷ Belling, Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht, 1984, S. 101.

⁷²⁸ Belling, Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht, 1984, S. 101.

⁷²⁹ Belling, Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht, 1984, S. 102.

wahren muss. Eine solche extensive Auslegung des Günstigkeitsprinzips bewirkt, dass es durchaus auch auf die außertarifvertragliche Handlungsform des Höchstnormenbeschlusses anzuwenden ist. Deshalb sind Höchstnormenbeschlüsse ein unzulässiger Verstoß gegen das Günstigkeitsprinzip, für den keine überzeugende Rechtfertigung ersichtlich ist.

Fraglich ist, wie es sein kann, dass die Satzung der TdL inhaltlich eine faktische Begrenzung auf Höchsttarifbedingungen enthält, wenn die Festlegung von Höchstnormenbeschlüssen mit dem Günstigkeitsprinzip unvereinbar und deshalb unzulässig ist. Bei der Formulierung in der Satzung der TdL besteht die Besonderheit, dass es sich um ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt handelt. Die Satzungsregelung bewegt sich damit an der Grenze der Zulässigkeit, indem sie Ausnahmen der übertariflichen Zahlung nicht gänzlich ausschließt, obwohl davon auszugehen ist, dass es in der tatsächlichen Wirkung nichtsdestotrotz einem Verbot nahezu gleichkommt. Es ist allgemein diskutabel, welche Schlussfolgerungen man aus der möglichen Unzulässigkeit eines solchen verbandsinternen Beschlusses oder der Satzungsregelung auf Rechtsfolgenseite zieht. Unter anderem wird vertreten, dass Höchstnormenbeschlüsse gemäß § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG in Verbindung mit § 134 BGB unwirksam sind.⁷³⁰ Weil § 4 Abs. 3 TVG selbst keine expliziten Rechtsfolgen formuliert, sei der Rückgriff auf § 134 BGB auch erforderlich. In dem Sinne hielt wie erwähnt auch das BAG §§ 4 Abs. 1, 3 TVG umgehende Tarifnormen aufgrund § 134 BGB für unwirksam.⁷³¹ Gerade wenn es sich um nicht dem expliziten Wortlaut des § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG unterfallende Tatbestände handelt, kann § 134 BGB Abhilfe verschaffen. Die Unwirksamkeit eines Höchstnormenbeschlusses ist jedoch folgenlos, wenn sie nicht geltend gemacht werden kann. Faktisch kann sich die einzelne Arbeitgeber*in im individuellen Arbeitsverhältnis selbstverständlich weiterhin der übertariflichen Entlohnung widersetzen. Deshalb ist fraglich, inwiefern Rechtsschutz gegen unwirksame Höchstnormenbeschlüsse möglich ist: Wären der Höchstnormenbeschluss oder eine parallele satzungsrechtliche Regelung unwirksam, wäre die Unwirksamkeit nur dann von tatsächlicher Konsequenz, wenn die Beschäftigten davon Kenntnis haben und dagegen vorgehen können. Weil das

⁷³⁰ Roos, Behandlung der Tarifnormen als Höchstnormen durch den Arbeitgeberverband, 1961, S. 69 ff.

⁷³¹ BAG, Urt. v. 13.5.2020 – 4 AZR 489/19, NZA 2020, 1487, 1489 f.

Günstigkeitsprinzip aber gleichzeitig keinen Rechtsanspruch auf übertarifliche Bezahlung vermittelt,⁷³² kann sich die einzelne Arbeitnehmer*in nicht gegen verbandsinterne Handlungen wehren, die die übertarifliche Entlohnung verhindern. In anderen Konstellationen eines solchen Kräfteungleichgewichts tritt an die Stelle des Individualrechtsschutzes der Verbandsrechtsschutz über die Gewerkschaft. Anzudenken ist deshalb, ob ein quasi-negatorischer Unterlassungsanspruch der Gewerkschaft aus §§ 1004 Abs. 1, 823 Abs. 1 BGB analog gegen Höchstnormenbeschlüsse in Betracht kommen könnte. Dahingehend könnte auch der Vorschlag von *Dietz*⁷³³, einen Anspruch auf formelle Aufhebung des Beschlusses einzuräumen, wenn dieser zur Zahlung untertariflicher Löhne verpflichtet, für Höchstnormenbeschlüsse geltend gemacht werden. Ein solcher Unterlassungsanspruch wird der Gewerkschaft üblicherweise gegen tarifwidrige Betriebsvereinbarungen und arbeitsvertragliche Einheitsregelungen eingeräumt.⁷³⁴ Gegen die Anwendung auf Höchstnormenbeschlüsse spricht, dass sich selbst, wenn man ein solches Vorgehen bejaht, vermutlich an der Tatsachenlage nichts ändern würde: Die Arbeitgeber*in kann auch ohne Höchstnormenbeschluss oder entsprechende Satzungsregelung schlichtweg weiterhin wirksam und konsequenzlos davon absehen, ihre Beschäftigten übertariflich zu entlohnen. Handelt es sich allerdings um einen Flächentarifvertrag mit mehreren betroffenen Arbeitgeber*innen, könnten einzelne Arbeitgeber*innen aus Konkurrenz Gesichtspunkten durchaus ein Interesse daran haben, vorbehalt- und sanktionslos die Möglichkeiten übertariflicher Entlohnung auszuschöpfen. Zugleich drückt sich in der Frage das unausgewogene Machtverhältnis aus, was grundsätzliche Zweifel an der Sinnhaftigkeit des Günstigkeitsprinzips aufwirft: Nur, wenn die individualvertragliche Autonomie auf Beschäftigtenseite realistisch durchsetzbar ist, kann die einzelne Arbeitnehmer*in vom eingeräumten Verhandlungsspielraum profitieren. Die bereits angesprochene Grundsatzfrage, inwieweit aufgrund der Machtdisparität im Arbeitsverhältnis überhaupt Raum für praktische Autonomie besteht, kann durchaus kontrovers diskutiert werden.⁷³⁵ Die Ausstrahlungswirkung der Arbeitsvertragsfreiheit über § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG hält sich deshalb praktisch in Grenzen; vielmehr kommt erneut der

⁷³² Allgemein anerkannt; *Zeuner*, DB 1965, 630 m.w.N.

⁷³³ *Dietz*, DB 1965, 591, 596.

⁷³⁴ Grundlegend BAG, Beschl. v. 20.4.1999 – 1 ABR 72/98, NZA 1999, 887 ff.

⁷³⁵ S. dazu schon oben Teil 2 B. I. 1. a).

Grundkonflikt der ungleich verteilten Macht im Arbeitsverhältnis zum Tragen. Auch der Unterlassungsanspruch aus §§ 1004 Abs. 1, 823 Abs. 1 BGB analog ist in seinen Voraussetzungen und seinem Anspruchsinhalt umstritten.⁷³⁶ Deshalb ist festzuhalten: Höchstnormenbeschlüsse und entsprechende Regelungen in der Satzung eines Arbeitgeber*innenverbands sind unwirksam, weil sie gegen das Günstigkeitsprinzip verstoßen. Allerdings steht es der einzelnen Arbeitgeber*in frei, an der faktischen Einhaltung der unwirksamen Beschlüsse festzuhalten, sodass die Unzulässigkeit solcher Vereinbarungen im Außenverhältnis keine Konsequenzen hat.

3. Zusammenfassende Stellungnahme

Weder der Gesetzgeber, die öffentliche Verwaltung noch die Tarifvertragsparteien selbst können das Günstigkeitsprinzip, das in § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG einfachgesetzlich normiert ist, ohne Weiteres umgehen. Anzumerken ist, dass sich die rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem Günstigkeitsprinzip in den letzten Jahren vornehmlich mit der Durchführung des Günstigkeitsvergleichs beschäftigt hat,⁷³⁷ nicht aber mit der vorgeschalteten Frage nach der Reichweite des § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG, die zwar alles andere als unstrittig ist, praktisch aber wohl zu wenigen Konflikten zu führen scheint. Wegen seiner verfassungsrechtlichen Verankerung in der Arbeitsvertragsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG ist eine extensive Auslegung der einfachgesetzlichen Ausformulierung des Günstigkeitsprinzips geboten. Grundsätzlich ist das Günstigkeitsprinzip deshalb auch auf außertarifvertragliche Handlungsformen anwendbar. Die Umgehung des Günstigkeitsprinzips im öffentlichen Dienst ist ein Eingriff in die Arbeitsvertragsfreiheit, der jedoch als ungeschriebene, verfassungskonforme Rückausnahme von § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG verhältnismäßig und verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist. Etwas anderes gilt für verbandsinterne Höchtnormenbeschlüsse: Das Günstigkeitsprinzip ist gleichermaßen über den offenen einfachgesetzlichen Wortlaut hinaus auf die verbandsinterne Handlungsform anwendbar, weil sie faktisch-mittelbar ebenso in die Vertragsfreiheit eingreift. Trotz der Satzungsautonomie des Verbands der Arbeitgeber*innen haben Höchstnormenbeschlüsse die tarifrechtliche Unwirksamkeit des Verbandsbeschlusses zur Folge. Das ergibt sich aus der verfassungskonformen Auslegung von § 4 Abs. 3 TVG, der sich in erster Linie an die Tarifvertragsparteien

⁷³⁶ M.w.N. im Überblick ErfK/*Franzen*, 21. Aufl. 2021, § 1 TVG Rn. 90.

⁷³⁷ S. dazu noch unten Teil 3 A. II. 2.

und damit den Arbeitgeber*innenverband richtet. Die womöglich widersprüchlich erscheinenden Ergebnisse entspringen denselben, dem Günstigkeitsprinzip zugrundeliegenden Wertungen – entscheidend ist aber, dass die möglicherweise entgegenstehenden Rechtfertigungsgründe andere sind. Während die Ausnahme im öffentlichen Dienst auf Erwägungen zur Funktionsfähigkeit des Staates gründet, werden Höchstnormenbeschlüsse nicht durch derartige gemeinwohlbezogene Erwägungen gestützt und sind auch nicht staatlich determiniert.

§ 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG verbietet die Festlegung von Höchsttarifbedingungen im Tarifvertrag und bezieht sich damit allein auf die Abweichung von tarifvertraglichen Regelungen. Außertarifvertragliche Höchsttarifbedingungen werden nicht explizit erfasst, zumal dadurch keine Normenkollision entsteht. § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG konstatiert kein explizites Verbot von Höchsttarifbedingungen. Auf den ersten Blick erweitert es lediglich die Kontrahierungsmöglichkeiten der Arbeitsvertragsparteien.⁷³⁸ Etwas anderes ergibt sich jedoch bei Auslegung der Norm, deren Wortlaut Interpretationsspielraum offenlässt. Anlass für eine weite Auslegung des Günstigkeitsprinzips ist, dass außertarifvertragliche Höchsttarifbedingungen faktisch-inhaltlich ebenso die privatautonome Gestaltungsfreiheit der Beschäftigten und der Arbeitgeber*innen einschränken. Die verfassungsrechtliche Verankerung der Gestaltungsfreiheit im Arbeitsverhältnis verschafft ihr zusätzliche Bedeutung. Aus der Verknüpfung der verfassungsrechtlichen Wertungen mit der einfachgesetzlichen Regelung des § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG lassen sich Rückschlüsse für die Auslegung des Günstigkeitsprinzips ziehen. Der Wortlaut der Norm besagt, dass abweichende Abmachungen nur zulässig sind, soweit sie „eine Änderung der Regelungen zugunsten des Arbeitnehmers enthalten“. Hinsichtlich der Natur der abweichenden Abmachung besteht also Spielraum für Interpretation. Die Entstehungsgeschichte des Günstigkeitsprinzips weist darauf hin, dass ursprünglich angedachte Ausnahmen, insbesondere für den öffentlichen Dienst, explizit nicht im TVG verankert wurden. Aus dem systematischen Gesamtzusammenhang des § 4 TVG ergibt sich, dass das Günstigkeitsprinzip den Regelungsgegenstand der zwingenden Tarifnormen im Sinne von § 4 Abs. 1 TVG begrenzt. Für an sich tarifgebundene Arbeitnehmer*innen stellt es

⁷³⁸ Borchard, Verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Grenzen tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln, 2009, S. 166 f.

einen Raum für individuell ausgehandelte Arbeitsbedingungen sicher, überlässt es aber der Einzelnen, davon Gebrauch zu machen. Das Telos des tarifrechtlichen Günstigkeitsprinzip lässt sich in dem Sinne verallgemeinernd charakterisieren als „Freiheitsschutz, ohne zugleich eine Pflicht zur Ausübung der Freiheit zu begründen“⁷³⁹. Die individuelle Vertragsfreiheit rückt im übertariflichen Bereich in den Vordergrund; gleichzeitig entsteht naturgemäß kein Anspruch auf übertarifliche Arbeitsbedingungen. Wenn durch Weisung, Verwaltungsvorschrift oder Gesetz die Tarifnormen mittelbar zu Höchsttarifbedingungen erklärt werden, entsteht faktisch die gleiche einschränkende Wirkung, als würde eine solche Festlegung durch eine (schuldrechtliche) Tarifnorm erfolgen. Das spricht dafür, auch hinsichtlich der Zulässigkeit keinen Unterschied zwischen beiden Handlungsformen zu machen. Dass der Anwendungsbereich des Günstigkeitsprinzips extensiv ausgelegt werden sollte, indem es wertungsmäßig auch für auf andere Art festgelegte Höchstnormen berücksichtigt wird, ergibt sich außerdem aus der verfassungsrechtlichen Verankerung in der Arbeitsvertragsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG, die zu einem erhöhten Rechtfertigungsbedarf führt. Aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten ist entscheidend, von wem das Günstigkeitsprinzip und damit die Privatautonomie in Gestalt der Arbeitsvertragsfreiheit eingeschränkt wird: Während staatliche Eingriffe eine konkrete verfassungsrechtliche Rechtfertigung erfordern, kann das Günstigkeitsprinzip auch bei rein privatrechtlichen Sachverhalten im Wege der mittelbaren Drittwirkung der Arbeitsvertragsfreiheit besondere verfassungsrechtliche Konturen erlangen. Aufgrund der dogmatisch oft unklaren und zudem viel kritisierten Rechtsprechung zur konkreten Ausformung der mittelbaren Drittwirkung zwischen Privaten ist ungewiss, auf welche Art und Weise diese verfassungsrechtliche Konturierung erfolgt. Unstreitig ist jedoch, dass der Arbeitsvertragsfreiheit auch im privaten Bereich, gerade im Tarifrecht, besonderes Gewicht zukommt, das einfachgesetzlich seinen Niederschlag findet.

Wenn man mithin das Günstigkeitsprinzip auf außertarifvertragliche Handlungsformen anwendet, ist im nächsten Schritt problematisch, dass die Missachtung des Günstigkeitsprinzips keine nachteiligen Rechtsfolgen für die dagegen verstoßende Partei auslöst. Vorgaben für den öffentlichen Dienst, die die Vereinbarung

⁷³⁹ Säcker/Oetker, ZfA 1996, 85, 102.

übertariflicher Arbeitsbedingungen verbieten oder mindestens erschweren, müssen sich wegen der Grundrechtsbindung des die Regeln erlassenden Staates einer weitreichenderen verfassungsrechtlichen Rechtfertigung unterziehen. Allerdings gilt das nicht für solche Regeln, die sich aus Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes selbst ergeben, denn auch diese unterliegen keinen weitergehenden Bindungen als Tarifverträge der Privatwirtschaft.⁷⁴⁰ Die Unwirksamkeit eines Verbandsbeschlusses bewirkt allein, dass die möglicherweise verbandsintern vorgesehenen Sanktionen ausbleiben. Im Hinblick auf die Vertragsfreiheit der Beschäftigten bleibt es faktisch jedoch bei der Situation, die auch bei Wirksamkeit des Beschlusses bestünde. Es steht der Arbeitgeber*in nach wie vor frei, jegliche übertarifliche Entlohnung abzulehnen. Deshalb haben die Überlegungen zur extensiven Auslegung des Günstigkeitsprinzips zwar regelmäßig keinen unmittelbaren praxisrelevanten Vorteil aus Sicht der Arbeitnehmer*innen, können aber durchaus zur Einordnung anderer Handlungsformen beitragen.

II. Einordnung des Besserstellungsverbots

Aufgrund der herausgearbeiteten Wirkungen und Wertungen des tarifrechtlichen Günstigkeitsprinzips soll sein Zusammenspiel mit dem zuwendungsrechtlichen Besserstellungsverbot beurteilt werden.

1. Berührungs- und Konfliktpunkte

Fraglich ist zunächst, ob das Günstigkeitsprinzip rein tatsächlich über die Normierung in § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG gilt, wenn das Besserstellungsverbot Anwendung findet. Wie festgestellt impliziert § 4 Abs. 3 TVG, dass für das Arbeitsverhältnis ein Tarifvertrag gilt – andernfalls kommt es schon nicht zu einer Kollision zwingender tariflicher und individualvertraglicher Regelungen, die nach dem Günstigkeitsprinzip aufzulösen ist. Prinzipiell kann das Günstigkeitsprinzip damit auch für Arbeitsverhältnisse gelten, die dem Besserstellungsverbot unterfallen, solange Arbeitnehmer*in und Arbeitgeber*in tarifgebunden sind oder ein Tarifvertrag auf die Arbeitsvertragsparteien erstreckt wurde, beispielsweise über § 5 TVG. Allerdings ist wie erwähnt zweifelhaft, inwiefern eine anderweitige Tarifbindung der Zuwendungsempfänger*in und ihrer Beschäftigten als an den TVöD überhaupt mit den Vorgaben des Besserstellungsverbots vereinbar

⁷⁴⁰ BAG, Urt. v. 19.12.2019 – 6 AZR 563/18, NZA 2020, 734, 738.

ist. Gleichzeitig ist davon auszugehen, dass der TVöD - wenn überhaupt – zumeist nur vertraglich in Bezug genommen wird. Es besteht dann keine Normenkonkurrenz, die mit dem Günstigkeitsprinzip aufgelöst werden kann.⁷⁴¹ Wenn die Arbeitsvertragsparteien aber im Geltungsbereich des Besserstellungsverbots regelmäßig an keinen Tarifvertrag unmittelbar gebunden sind, werden mit dem Besserstellungsverbot überwiegend nicht durch Tarifrecht Höchsttarbeitsbedingungen normiert, sondern qua zuwendungsgewährendem Verwaltungsakt, der auf § 8 Abs. 2 HG Bund zurückgeht. Gleichzeitig stellt die staatliche Handlung einen expliziten Bezug zu einem konkreten Tarifvertrag, namentlich dem TVöD, her; vgl. ANBest-I Bund Nr. 1.3, S. 2. Bei alledem können weder die Tarifvertragsparteien noch die Exekutive das Arbeitsverhältnis zwischen Zuwendungsempfänger*in und Arbeitnehmer*in rechtlich berühren, aber ihre Handlungen erzeugen über die entstehenden Zwänge der Zuwendungsempfänger*in erhebliche faktische Auswirkungen auf deren Arbeitsverhältnisse. Höchsttarbeitsbedingungen widersprechen grundsätzlich dem Wesen des Günstigkeitsprinzips. Kann das Günstigkeitsprinzip aber überhaupt auf Gesetze oder Verwaltungsakte, mithin also außertarifvertragliche Handlungsformen, anwendbar sein? In anderen Worten: Gilt das Günstigkeitsprinzip, wenn eine andere Stelle als die der Tarifvertragsparteien, namentlich die Verwaltung oder der Gesetzgeber, an einen Tarifvertrag angelehnte Höchsttarbeitsbedingungen festlegt und wenn ja, kann es den Anforderungen des § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG überhaupt genügen, wenn damit seine Grundgedanken ausgeschaltet werden? Die Antwort hängt maßgeblich davon ab, wie man das Günstigkeitsprinzip selbst einordnet, es mithin als allgemeinen, womöglich verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechtsgrundsatz anerkennt oder allein an der tarifvertraglichen Regelungsmacht festhält. Im Vordergrund steht einerseits die Frage nach der Anwendbarkeit des Günstigkeitsprinzips auf tarifliche Außenseiter*innen, also nicht tarifgebundene Arbeitgeber*innen und Beschäftigte, sowie andererseits die Prüfung, ob das Günstigkeitsprinzip, seine Anwendbarkeit vorausgesetzt, durch außertarifvertraglich festgelegte Höchsttarbeitsbedingungen ausgeschaltet werden kann.

⁷⁴¹ Anders wäre es wie gesagt dann, wenn neben dem vertraglich in Bezug genommenen Tarifvertrag ein anderer Tarifvertrag für das Arbeitsverhältnis normativ gilt, vgl. BAG, Urt. v. 22.10.2008 – 4 AZR 784/07, NZA 2009, 151, 154; BAG, Urt. v. 15.4.2015 – 4 AZR 587/13, NZA 2015, 1274 ff.

a) Anwendbarkeit auf tarifliche Außenseiter*innen

Grundsätzlich ergibt sich im Umkehrschluss aus §§ 3 Abs. 1 Var. 1, 4 Abs. 1 TVG, dass tarifliche Außenseiter*innen frei darin sind, ihre Arbeitsbedingungen selbstständig auszuhandeln. Wenn keine Tarifbindung besteht, sind individualvertragliche Abweichungen von einem etwaigen Tarifvertrag ohne Weiteres möglich, weshalb das Günstigkeitsprinzip in seiner Eigenschaft als Kollisionsregel streng genommen nur dann zum Zuge kommen kann, wenn die tarifvertraglichen Regelungen unabhängig von der individuellen Tarifbindung aufgrund einer Tarifnormerstreckung anwendbar sind. Wie geschildert kommen insofern die Allgemeinverbindlicherklärung, betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Normen, sowie die Erstreckung von Tarifnormen nach AEntG und AÜG in Betracht. Der Erhalt von Zuwendungen unter Geltung des Besserstellungsverbots bewirkt faktisch eine Art Tarifnormerstreckung, indem es den Arbeitsverhältnissen der Zuwendungsempfänger*in die Arbeitsbedingungen des TVöD als Obergrenze auferlegt. Dem Günstigkeitsprinzip könnte deshalb im Zusammenhang mit dem Besserstellungsverbot Bedeutung zukommen, weil sein Grundgedanke, die Vertragsfreiheit im übertariflichen Bereich zu wahren, damit missachtet wird. Rechtstechnisch schaltet das Besserstellungsverbot das Günstigkeitsprinzip gerade durch den die Zuwendung bewilligenden Verwaltungsakt, genauer genommen dessen Nebenbestimmungen, aus. Durch die Formulierung einer Obergrenze der Höchsttarifbedingungen bleibt für übertarifliche Arbeitsbedingungen kein Raum. Die faktische Wirkung von Tarifnormen als Höchsttarifbedingung entsteht mithin nicht durch die tarifvertraglichen Regelungen selbst, sondern erst durch die staatliche Auferlegung, also von Instanzen außerhalb des Tarifvertragsrechts. Fraglich ist, ob das Günstigkeitsprinzip in dem Fall überhaupt anwendbar ist. Der Bedarf nach einer extensiven Auslegung von § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG wurde bereits dargelegt; dabei wurde insbesondere der verfassungsrechtliche Schutz des Günstigkeitsprinzips durch die Arbeitsvertragsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG betont. Können die gleichen Erwägungen auch gegenüber nicht Tarifgebundenen greifen? Jedenfalls für durch Tarifbestimmungen festgelegte Höchsttarifbedingungen lässt sich einwenden, dass sie gegenüber tariflichen Außenseiter*innen „erst recht als eine Überschreitung ihrer [der Tarifvertragsparteien, Anm. d. Verf.] Vereinbarungsbefugnis angesehen

werden⁷⁴² müssen. Dem schloss sich das BAG dem Grundsatz nach in seinem Urteil zur Unwirksamkeit von Spannenklauseln an.⁷⁴³ Dafür spricht zudem der individualschützende Charakter des Günstigkeitsprinzips,⁷⁴⁴ das der Privatautonomie der Einzelnen neben der kollektiv ausgeübten Autonomie Geltung verschafft. Im Rahmen des Besserstellungsverbots besteht die Besonderheit, dass es sich um außertarifvertraglich festgelegte Höchsttarbeitsbedingungen handelt, sodass fraglich ist, ob die dem Erst-recht-Schluss zugrundeliegenden Gedanken darauf übertragbar sind.

Die Zuwendungsempfänger*in ist als Arbeitgeber*in nicht Mitglied des VKA als Arbeitgeber*innenverband des TVöD, sodass sie an der Ausgestaltung keinerlei (legitimierende) Teilhabe hatte. Auch die Instanz der Exekutive, die den zuwendungsbewilligenden Verwaltungsakt mit der Auflage des Besserstellungsverbots erteilte, war daran nicht unmittelbar beteiligt. Insofern stand beiden ohnehin keine tarifliche Vereinbarungsbefugnis zu. Daraus könnte man schließen, dass es erst recht nicht gerechtfertigt ist, faktische Höchsttarbeitsbedingungen zuzulassen, wenn ihnen schon auf kollektiver Ebene keine dahingehende Gestaltungsbefugnis zugestanden hätte. In anderen Worten: Wer bezogen auf die konkret betroffenen Arbeitsverhältnisse ohnehin keinen kollektiven Gestaltungsanspruch hat, kann erst Recht keine kollektiven Höchsttarbeitsbedingungen festlegen. An dem Erst-recht-Schluss wird jedoch zumindest dann Kritik geübt, wenn er sich auf die Tarifvertragsparteien und ihr Verhalten gegenüber nicht Tarifgebundenen bezieht: Es sei „rechtlich nicht geboten, dass die Tarifpartner ihre Gestaltungsmacht zu Lasten ihrer Mitglieder soweit zurücknehmen, dass dem Tarifaußenseiter garantiert werden kann, dass das tarifvertraglich Vereinbarte für ihn auch faktisch nicht als Höchsttarbeitsbedingung wirkt.“⁷⁴⁵ Diese Erwägung ist allerdings nicht einschlägig für den Fall, dass die faktische Wirkung als Höchsttarbeitsbedingung gerade nicht durch die

⁷⁴² *Richardi*, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, 1968, S. 211; zustimmend *Borchard*, Verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Grenzen tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln, 2009, S. 167.

⁷⁴³ BAG, Urt. v. 23.3.2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920, 924.

⁷⁴⁴ Vgl. *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 1593.

⁷⁴⁵ *Borchard*, Verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Grenzen tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln, 2009, S. 169 f., bezogen auf die Wirkung tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln als faktische Höchsttarbeitsbedingungen.

Tarifvertragsparteien, sondern staatlicherseits hergestellt wird. Außerdem werden die Tarifpartner dadurch nicht in ihrer Gestaltungsmacht gehemmt; zumeist werden sie nicht einmal bewusst wahrnehmen, dass die von ihnen ausgehandelten Arbeitsbedingungen von anderer Seite als Höchsttarifbedingungen instrumentalisiert werden. Durch das Besserstellungsverbot wird allen voran die Gestaltungsmacht der betroffenen Beschäftigten beschränkt, die ohne Mitwirkungs- oder Abweichungsmöglichkeit faktisch an einen fremden Tarifvertrag gebunden werden. Insofern besteht auch ein Zusammenhang zur negativen Koalitionsfreiheit oder jedenfalls zur tariflichen Selbstbestimmung: Das Günstigkeitsprinzip ist bei anderen Formen der Tarifnormerstreckung gerade die Gewährleistung dafür, dass ein gewisser individueller Spielraum für die Arbeitnehmer*in bestehen bleibt und fremde Tarifnormen für sie nicht ohne Ausweg gelten.⁷⁴⁶ Weil das Günstigkeitsprinzip die „Grenze zwischen kollektiver und individueller Vertragsfreiheit im Arbeitsleben“ ist, muss deshalb auch bei faktischer Beeinträchtigung dezidiert geprüft werden, ob die Gleichwertigkeit individueller Vertragsfreiheit und individualnütziger Kollektivvertragsfreiheit ausnahmsweise eingeschränkt werden darf.⁷⁴⁷ Die Bestimmung der Reichweite des Günstigkeitsprinzips für tarifliche Außenseiter*innen sollte deshalb berücksichtigen, dass es das einzige Mittel zur Gewährleistung individueller Vertragsfreiheit ist. Das muss umso mehr gelten, wenn die kollektive Autonomie nicht von unmittelbaren Interessenvertreter*innen wahrgenommen wird.

Ausgehend von der Erwägung, dass das Günstigkeitsprinzip tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien normalerweise den Gestaltungsspielraum wieder einräumt, der tarifrechtlich Ungebundenen ohnehin zusteht, ergeben sich mithin deutliche Zweifel an der Zulässigkeit des Besserstellungsverbots. Durch die festgelegten Höchsttarifbedingungen ist ein vertraglicher Gestaltungsspielraum für die tariflichen Außenseiter*innen faktisch nicht vorhanden. Gleichzeitig haben weder Arbeitgeber*in noch Arbeitnehmer*in die entsprechenden Tarifvertragsparteien, die die mittelbaren Maßstäbe für die Höchsttarifbedingungen setzen, privatrechtlich mandatiert. Somit verdichtet sich die Einschränkung der Arbeitsvertragsfreiheit aus doppelter Hinsicht: Zum einen verschiebt sich die Legitimationsebene der kollektivrechtlichen Wirkung. Es

⁷⁴⁶ Vgl. so *Däubler*, NJW 1999, 601, 607 zur Erstreckung von Tarifnormen im Bausektor nach Maßgabe des AEntG.

⁷⁴⁷ So das Günstigkeitsprinzip definierend *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 4 Rn. 534.

besteht keine privatrechtlich mandatierte, zwingende Wirkung, wohl aber wie ausgeführt eine faktische Wirkung der Tarifnormen, ohne dass eine Möglichkeit zur Mitwirkung besteht. Zum anderen lebt die Arbeitsvertragsfreiheit, die durch die Wirkung der Kollektivnormen beschränkt wurde, auch im übertariflichen Bereich nicht wieder auf. Auf den ersten Blick müssen die Beschäftigten der Zuwendungsempfänger*in mithin jegliche autonome Gestaltungsfreiheit für das eigene Arbeitsverhältnis aufgeben. Für die Arbeitgeber*in selbst sieht es anders aus: Sie wird häufig ohnehin kein Interesse an der Aushandlung höherer Löhne haben, es sei denn, die Arbeitsmarktsituation erfordert aufgrund des stärkeren Konkurrenzdrucks kompetitivere Entgelte. Durch die Entscheidung, Zuwendungen zu beantragen, war für die Arbeitgeber*in anders als für ihre Beschäftigten jedenfalls aber ersichtlich, welche Konsequenzen daraus erwachsen würden. Sie kann jedoch gleichermaßen keinen Einfluss auf die kollektiv im TVöD ausgehandelten Arbeitsbedingungen nehmen. Auch ihre Mitwirkungsmöglichkeiten sind demnach beschränkt. Entscheidend ist jedenfalls auch gegenüber tariflich Ungebundenen die Festlegung der Höchsttarbeitsbedingungen durch hoheitlichen Akt in Gestalt der Zuwendungsbewilligung, wodurch besonderer Rechtfertigungsbedarf entsteht – auch aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten. Es geht damit nicht mehr um die nur mittelbare Ausstrahlungswirkung der Arbeitsvertragsfreiheit, sondern um die Verankerung des Günstigkeitsprinzips in Art. 12 Abs. 1 GG. Seinem Telos entsprechend muss der Grundgedanke des Günstigkeitsprinzips unter den Umständen erst Recht auch auf tarifliche Außenseiter*innen anwendbar sein, die von der Geltung von Tarifnormen erfasst werden.

b) Außertarifvertragliche Festlegung von Höchsttarbeitsbedingungen

Im Zusammenhang mit dem Besserstellungsverbot ist fraglich, ob auch die außertarifvertragliche Festlegung von Höchsttarbeitsbedingungen durch das Günstigkeitsprinzip untersagt ist. Das oben genannte Argument, dass das Günstigkeitsprinzip erst recht für tarifliche Außenseiter*innen gelten muss, bezieht sich in erster Linie auf Tarifbestimmungen, die die (potentiellen) Früchte der Vertragsfreiheit im übertariflichen Bereich für nicht Tarifgebundene ausschließen. Fraglich ist deshalb, ob der Schutz tariflicher Außenseiter*innen darüber hinaus im

Bereich außertarifvertraglicher Handlungsformen durch das Günstigkeitsprinzip ausgeglichen und gewährleistet wird. Darum ging es im Ansatz bereits im Rahmen der Fallgruppen des öffentlichen Dienstes sowie der Höchstnormenbeschlüsse. Grundsätzlich wurde nach obigen Erwägungen die extensive Auslegung des Günstigkeitsprinzips begründet, weshalb auch außertarifvertragliche Einschränkungen durch Satzung oder Verwaltungsakt an den Maßstäben von § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG zu messen sind. Die beiden Fallgruppen unterschieden sich sodann insbesondere auf der Ebene der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.

(1) Wertungsmäßige Vergleichbarkeit des Besserstellungsverbots mit dem öffentlichen Dienst

Gerade der öffentliche Dienst und das Besserstellungsverbot sind inhaltlich eng verknüpft: Auch unter dem Besserstellungsverbot gelten zahlreiche Bestimmungen des öffentlichen Dienstes, weil es den TVöD als Maßstab ansetzt. Allerdings gehören die Zuwendungsempfänger*innen und ihre Beschäftigten nicht dem öffentlichen Dienst an. Die Zugehörigkeit zum öffentlichen Dienst wird in erster Linie durch die Rechtsform des Unternehmens bestimmt: Aus arbeitsrechtlicher Sicht geht es im öffentlichen Dienst um die Arbeitsbeziehungen zu juristischen Personen des öffentlichen Rechts.⁷⁴⁸ Zuwendungen empfangende Unternehmen sind überwiegend der Privatwirtschaft zuzuordnen,⁷⁴⁹ erhalten aber staatliche Finanzmittel und sind deshalb gewissermaßen eine Form sui generis. Aus dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit sind die Erwägungen zur Nichtanwendbarkeit des Günstigkeitsprinzips in gewissem Umfang möglicherweise auch für solche Arbeitsverhältnisse mit der Rechtsform nach privaten Arbeitgeber*innen anwendbar, die öffentliche Aufgaben erfüllen.⁷⁵⁰ Durch die Zuwendungsgewährung macht sich der Staat schließlich die Aufgaben der Zuwendungsempfänger*in in gewissem Umfang zumindest ideell zu eigen. Eine Nähe zum öffentlichen Dienst bestätigt auch die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung: Im Urteil des BVerwG vom 8. März 1974⁷⁵¹ zur Anwendbarkeit des Günstigkeitsprinzips im öffentlichen Dienst ging es um landesgesetzliche Regelungen,

⁷⁴⁸ Groeger/*Weber*, 3. Aufl. 2020, § 1 Rn. 1.

⁷⁴⁹ Groeger/*Groeger*, 3. Aufl. 2020, § 1 Rn. 23.

⁷⁵⁰ *Zeuner*, DB 1965, 630, 632: „Zu denken ist namentlich an die Fälle, in denen Versorgungs-, Verkehrs- und kulturelle Aufgaben von privatrechtlichen Trägern erfüllt werden, an denen die öffentliche Hand beteiligt ist oder die doch wegen ihrer Bedeutung für die Allgemeinheit mit öffentlichen Mitteln unterstützt werden“.

⁷⁵¹ BVerwG, Urt. v. 8.3.1974 – VII C 47.72, juris.

die vorsahen, dass die Eingruppierung und Vergütung der Angestellten von Gemeinden derjenigen der vergleichbaren Angestellten des Landes entsprechen müsse. Ausnahmen waren nur mit Genehmigung der obersten Aufsichtsbehörde zulässig. Ein nicht tarifgebundener Abwasserzweckverband klagte gegen eine Beanstandungsverfügung, in der ihm vorgeworfen wurde, seine Beschäftigten zu hoch eingruppiert zu haben. Die Nähe zum Besserstellungsverbot, das letztlich auch auf eine inhaltlich ähnliche gesetzliche Anordnung hinsichtlich der Anpassung der Arbeitsbedingungen an vergleichbare Arbeitnehmer*innen des öffentlichen Dienstes zurückzuführen ist, ist damit greifbar. Mangels Tarifbindung des Abwasserverbands lehnte das BVerwG die Anwendbarkeit des Günstigkeitsprinzips aus § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG ab. Nichtsdestotrotz prüfte es einen Eingriff in die Vertragsfreiheit, weil die landesgesetzliche Regelung durch die Vorgaben zur Eingruppierung und Vergütung die individuelle Gestaltungsfreiheit von Arbeitnehmer*in und Arbeitgeber*in im gemeindlichen Bereich beschränkte.⁷⁵² Allerdings sei der Eingriff in die Vertragsfreiheit dadurch verfassungsrechtlich gerechtfertigt, dass die entsprechende Vorschrift aufgrund der für die Besoldungsverhältnisse im öffentlichen Dienst geltenden Besonderheiten zur verfassungsmäßigen Ordnung gehöre. Haushaltsrechtliche Grundsätze als wichtiger Faktor von Personalentscheidungen im öffentlichen Dienst spielen für die zuwendungsempfangenden Unternehmen mittelbar eine Rolle – mit dem Besserstellungsverbot als spürbare Konsequenz. Man könnte deshalb mit den Worten von *Dietz* meinen: „Es ist bezeichnend, dass solche Abreden, Beschlüsse und Satzungsbestimmungen, den Tariflohn nicht zu übersteigen, gerade innerhalb des öffentlichen Dienstes und bei den Arbeitgeberverbänden der öffentlichen Hand vorkommen. Nicht nur die Zulässigkeit, sondern geradezu die Notwendigkeit einer solchen Ordnung besteht.“⁷⁵³ Anders als deren grundsätzliche Notwendigkeit sind die erforderlichen Mittel, um die „Ordnung“ der Personalbewirtschaftung aus haushaltsrechtlicher Perspektive sicherzustellen, grundsätzlich streitbar. Das BVerwG kam jedoch in seinen Urteilen 1964⁷⁵⁴ und 1974 zu dem Schluss, dass Höchsttarbeitsbedingungen nicht nur förderlich, sondern gar erforderlich sind, um die personalpolitische Stabilität abzusichern. Während im erstgenannten Urteil von 1964 noch keine Rede von einem Eingriff in die Vertragsfreiheit war, wurde es zehn Jahre

⁷⁵² BVerwG, Urt. v. 8.3.1974 – VII C 47.72, juris, Rn. 10.

⁷⁵³ *Dietz*, DB 1965, 591, 598.

⁷⁵⁴ BVerwG, Urt. v. 13.3.1964 – VII C 87/60, NJW 1964, 1537 ff.

später intensiver diskutiert, allerdings vor dem Hintergrund von Art. 2 Abs. 1 GG. Da die grundgesetzliche Arbeitsvertragsfreiheit inzwischen in Art. 12 Abs. 1 GG verortet wird, wäre ein anderer Maßstab für die Bewertung angebracht. Gerade im Rahmen des Eingriffs und der Rechtfertigungsvoraussetzungen wird durch die Verknüpfung mit der Berufsfreiheit in Gestalt der Arbeitsvertragsfreiheit eine strengere und detailliertere Prüfung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit erforderlich. In dem Sinne können die Argumente des BVerwG nicht ohne Weiteres auf das Besserstellungsverbot übertragen werden. Es ist aber bemerkenswert, dass das BVerwG über originär arbeitsrechtliche Erwägungen entschied, namentlich das tarifrechtliche Günstigkeitsprinzip. Wie die Untersuchung bisher gezeigt hat, kann man Arbeits- und öffentliches Recht nicht völlig losgelöst voneinander betrachten, gerade wegen des verfassungsrechtlichen Hintergrundes des kollektiven Arbeitsrechts. Deshalb findet entsprechend auch das tarifrechtliche Günstigkeitsprinzip seinen verfassungsrechtlichen Niederschlag in Art. 12 Abs. 1 GG. Nichtsdestotrotz nehmen beide Rechtsgebiete unterschiedliche Perspektiven auf dieselbe Fragestellung ein. Das betrifft sowohl die Frage nach der Anwendbarkeit des Günstigkeitsprinzips als auch die verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs in die Vertragsfreiheit. Die beiden obersten Gerichte vertraten schon hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Verankerung des Günstigkeitsprinzips andere Auffassungen. Da das BAG schon früh in der Annahme einer solchen verfassungsrechtlichen Verankerung einer extensiveren Anwendung des Günstigkeitsprinzips den Weg ebnete,⁷⁵⁵ ist seine Rechtsprechung auch hinsichtlich dessen Anwendbarkeit im öffentlichen Dienst kritischer gewesen. Das bedeutet nicht zwingend, dass ähnliche Klagen vor dem BAG stets einen anderen Ausgang nehmen würden, weil auch das BAG hinsichtlich möglicher Rechtfertigungsgründe eine dezidierte Einzelfallabwägung vornimmt. Außerdem berücksichtigte das BVerwG später ebenfalls, obwohl es das Günstigkeitsprinzip nicht anwendete, verfassungsrechtliche Wertungen in Anbetracht des Eingriffs in die Vertragsfreiheit. Die Disparität in den Herangehensweisen verdeutlicht, dass nur eine ganzheitliche, beide Rechtsgebiete berücksichtigende Auseinandersetzung mit den Grundsatzfragen sinnvoll ist. Dafür spricht schon das Bestehen des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe. Seine Aufgabe ist, die Rechtsprechung zu vereinheitlichen, indem ihm eine Entscheidungsbefugnis zusteht, wenn ein oberster

⁷⁵⁵ BAG, Urt. v. 15.12.1960 – 5 AZR 374/58, juris, Rn. 32.

Gerichtshof in einer Rechtsfrage von der Entscheidung eines anderen obersten Gerichtshofs oder des Gemeinsamen Senats abweichen will, § 2 Rechtsprechungs-Einheitlichkeitsgesetz (RsprEinhG). Dass der Gemeinsame Senat in der Praxis nur selten angerufen wird, beweist allerdings, dass die angemahnte ganzheitliche Betrachtung vielfach vernachlässigt wird. So machte es sich auch das BVerwG einfach, das die Anwendbarkeit des Günstigkeitsprinzips auf außertarifvertragliche Sachverhalte ablehnte und damit begründete, dass die Abweichungen von der Rechtsprechung des BAG dazu irrelevant seien.⁷⁵⁶ Außerdem waren die Urteile von BVerwG und BAG, die zum Günstigkeitsprinzip im öffentlichen Dienst ergangen sind, davon überlagert, dass „die jeweiligen Landesgesetzgeber nicht nur als Gesetzgeber agierten, sondern zugleich ihre eigenen Pflichten als Arbeitgeber im Hinblick auf die der eigenen Organisationsgewalt unterliegenden Arbeitnehmer konkretisierten“⁷⁵⁷: Die außertarifvertragliche Begrenzung der Vertragsfreiheit durch solche in gewissem Maße eigennützigen Gesetze ist besonders kritisch zu prüfen.

(2) Erwägungen zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung

Aufgrund der gebotenen extensiven Auslegung von § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG ist wie festgestellt davon auszugehen, dass auch außertarifvertragliche Handlungsformen, die Tarifnormen zu Höchstnormen erklären, in den Anwendungsbereich des Günstigkeitsprinzips fallen. Die Zulässigkeit der Einschränkung des Günstigkeitsprinzips im öffentlichen Dienst ergibt sich nach der hier vertretenen Meinung deshalb nicht auf Tatbestands-, sondern Rechtfertigungsebene. Wie bei der Ausschaltung des Günstigkeitsprinzips im öffentlichen Dienst erfolgt die Festlegung der Höchsttarifbedingungen aufgrund des Besserstellungsverbots nicht zwingend unmittelbar durch die Arbeitgeber*in, sondern durch die Anweisung einer staatlichen Stelle. Gemeinsam ist beiden deshalb auch der staatliche Eingriff in die verfassungsrechtlich in Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Arbeitsvertragsfreiheit. Auch für das Besserstellungsverbot ist deshalb die verfassungsrechtliche Rechtfertigung das Einfallstor, um die Anwendbarkeit des Günstigkeitsprinzips zulässig zu begrenzen. Ebendiese Beschränkung der Arbeitsvertragsfreiheit ist schwerpunktmäßig zu prüfen; das Günstigkeitsprinzip ist nur dessen einfachgesetzliche Ausprägung, die die

⁷⁵⁶ BVerwG, Urt. v. 8.3.1974 – VII C 47.72, juris, Rn. 18.

⁷⁵⁷ Säcker/Oetker, ZfA 1996, 85, 104.

besondere Bedeutung und Rolle der Arbeitsvertragsfreiheit im Tarifrecht verdeutlicht. Mithin spielt im Ergebnis auch keine entscheidende Rolle, dass das BVerwG die Anwendung des Günstigkeitsprinzips verneinte: Selbst dann besteht ein Eingriff in die Arbeitsvertragsfreiheit, der verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein muss. Gemäß Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG kann nur durch oder auf Grund eines Gesetzes in die Berufs- und damit auch die Arbeitsvertragsfreiheit eingegriffen werden. Das eingreifende Gesetz muss insbesondere den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahren, also die kollidierenden Rechte und Prinzipien so miteinander in Bezug setzen, dass die widerstreitenden Interessen durch den Vortritt eine der Interessen schonend ausgeglichen werden. Das Besserstellungsverbot, das wie geschildert die Arbeitsvertragsfreiheit beschränkt, indem es Höchstarbeitsbedingungen nach Maßgabe des TVöD vorsieht, ist in § 8 Abs. 2 HG Bund normiert. Die unmittelbare Bindung entsteht zwar erst durch die Nebenbestimmungen zum Verwaltungsakt, zu deren Beifügung die Behörde wiederum durch Verwaltungsvorschriften verpflichtet ist.⁷⁵⁸ Das Haushaltsgesetz bildet dafür aber eine hinreichende formell-gesetzliche Ermächtigung,⁷⁵⁹ sodass der Gesetzesvorbehalt gewahrt wird. Im Mittelpunkt steht daher die Prüfung der Verhältnismäßigkeit. Die Rechtfertigungsgründe der Einschränkung des Günstigkeitsprinzips im öffentlichen Dienst können dabei womöglich auf die Konstellation des Besserstellungsverbots übertragen werden. Bezogen auf den öffentlichen Dienst wird ausschlaggebend angeführt, dass die Einschränkung der Vertragsfreiheit der Arbeitnehmer*innen zugunsten der Funktionsfähigkeit der Verwaltung und damit dem Allgemeinwohl eingeschränkt werden dürfe. Durch das Besserstellungsverbot wird die „haushaltsrechtliche Beseitigung des Günstigkeitsprinzips auf den privaten Bereich ausgedehnt“.⁷⁶⁰ Deshalb ist zu prüfen, ob die Ausschaltung des Günstigkeitsprinzips beziehungsweise der Eingriff in die Vertragsfreiheit durch das Besserstellungsverbot im engeren Sinne verhältnismäßig ist. „Werden nur einzelne Stellen bezuschußt oder dient der Zuschuß einer Sachinvestition, so ist es unverhältnismäßig, die übrige Mittelverwendung des Empfängers auf den TVöD/TVL zu verpflichten“, meinen *Löwisch/Rieble*.⁷⁶¹ Dem ist insofern zuzustimmen, als jedenfalls die pauschale, vom Einzelfall losgelöste Geltung

⁷⁵⁸ S. oben Teil 1 B. III., IV.

⁷⁵⁹ Vgl. zur Beschränkbarkeit durch förmliches Gesetz BeckOK GG/Ruffert, 47. Ed. 2021, Art. 12 GG Rn. 76; Jarass/Pieroth, 16. Aufl. 2020, Art. 12 GG Rn. 28.

⁷⁶⁰ Bezogen auf Subventionen *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 1 Rn. 763.

⁷⁶¹ *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 1 Rn. 763.

des Besserstellungsverbots durchaus kritisch zu betrachten ist, soweit damit einhergehend das Günstigkeitsprinzip pauschal ausgeschaltet wird. Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs von § 8 Abs. 2 HG Bund in die Arbeitsvertragsfreiheit, über die auch das Günstigkeitsprinzip gewährleistet wird, kann genauso wie im Rahmen des öffentlichen Dienstes auf die Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung zurückgreifen. Das Besserstellungsverbot ist insbesondere auf die Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zurückzuführen, weshalb es gleichermaßen mit der Funktionsfähigkeit des Staates in Verbindung gebracht werden kann. Die Funktionsfähigkeit des Staates kann als Argument verschiedentlich ausgelegt werden. Einerseits könnte besagte Funktionsfähigkeit dadurch gewährleistet werden, dass der Staat im Rahmen der Finanzlage durch die sparsame Mittelverwendung handlungsfähig bleibt. Nur, wenn die öffentliche Arbeitgeber*in oder respektive die Zuwendungsempfänger*in auch für sämtliche Personalausgaben die Haushaltsgrundsätze berücksichtigt, werden die Haushaltsgelder sparsam und wirtschaftlich eingesetzt. Andererseits bezieht sich das Argument der Funktionsfähigkeit im Rahmen des öffentlichen Dienstes darauf, dass die Beschäftigten einheitlich bezahlt werden müssen, damit keine Konkurrenzsituation zwischen den verschiedenen Zweigen der öffentlichen Verwaltung entsteht.⁷⁶² Die Funktionsfähigkeit des Staates sei dementsprechend ein Gemeinwohlbelang, der die Einschränkung der Vertragsfreiheit im übertariflichen Bereich als vorrangigen Schutzzweck verfassungsrechtlich rechtfertigt. Weil auch die Zuwendungsvergabe öffentliche Gelder beansprucht, könnte man meinen, dass die Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit dort ebenso die Einschränkung der Vertragsfreiheit rechtfertigen. Es würde jedoch von mangelnder Weitsicht zeugen, würde man die Argumente zur Funktionsfähigkeit schlicht auf den Anwendungsbereich des Besserstellungsverbots übertragen. Natürlich soll zugunsten der personalmäßigen Stabilität des öffentlichen Dienstes keine Konkurrenz durch die Unternehmen der Zuwendungsempfänger*innen entstehen, indem diese aus öffentlichen Mitteln weitaus höhere Löhne zahlen, als der TVöD für den öffentlichen Dienst vorsieht. Eine derartige Begründung des Besserstellungsverbots ließe jedoch außer Acht, dass allein durch die vertraglichen Arbeitsbedingungen des TVöD die Stellen im öffentlichen Dienst mit

⁷⁶² Darauf vor allem abstellend BVerwG, Urt. v. 13.3.1964 – VII C 87/60, NJW 1964, 1537 ff.; BVerwG, Urt. v. 8.3.1974 – VII C 47.72, juris.

denjenigen der Zuwendungsempfänger*in noch nicht derart vergleichbar sind, dass jegliche Konkurrenz unterbunden wird. Vielmehr bleibe so unberücksichtigt, dass der öffentliche Dienst in der Regel weitaus größere Arbeitsplatzsicherheit gewährleistet, als es der einzelnen Zuwendungsempfänger*in möglich ist. Das gilt umso mehr, weil die Zuwendungen nur für einen konkret begrenzten Zeitraum bewilligt werden und die Arbeitsplätze häufig allein durch diese Zuwendungen finanziert werden. Das bedeutet, dass das Schicksal der Beschäftigten vom Zuwendungserhalt abhängt und enorme Risiken für die Stabilität des Arbeitsverhältnisses birgt. Die Risiken können nur ausgeglichen werden, wenn im Gegenzug einzelne Arbeitsbedingungen gegenüber dem Maßstab des TVöD angehoben werden. Ansonsten besteht keine tatsächliche Vergleichbarkeit mit dem öffentlichen Dienst. Außerdem besteht für viele zuwendungsempfangende Unternehmen ohnehin schon keine Konkurrenzsituation, weil für das Profil ihrer Arbeitsplätze gar keine entsprechende Stelle im öffentlichen Dienst bestünde. Damit kann faktisch keine dahingehende, allgemeingültige Konkurrenzsituation zwischen öffentlichem Dienst und Zuwendungsempfänger*in angenommen werden, die durch das Besserstellungsverbot verhindert werden muss. Aus den geschilderten Gründen ist es anmaßend, zu unterstellen, dass Zuwendungsempfänger*innen durch höhere Entlohnung automatisch und zwangsläufig unwirtschaftlich vorgehen würden. Weil die höheren Ausgaben für Personal dann an anderen Stellen in der Institution oder dem Unternehmen fehlen würden, ist vielmehr davon auszugehen, dass derartige Ausgaben umsichtig und wirtschaftlich sinnvoll getätigt werden, solange sie sich jedenfalls in einem bestimmten Rahmen bewegen. Außerdem muss jedes Unternehmen, das eine Zuwendung beantragt, ein wirtschaftliches Gesamtkonzept vorlegen, welches einen Stellenplan beinhaltet, anhand dessen die Verwaltung schon im Vorhinein einschätzen kann, wie die Mittel verwendet werden. Wenn das nicht im Voraus gewissenhaft geschieht und ebenso strenge Maßstäbe bei übrigen Ausgaben der Zuwendungsempfänger*in angelegt werden, würden die Haushaltsgrundsätze auf dem Rücken der Arbeitnehmer*innen umgesetzt. Im Ergebnis besteht also keine Konkurrenzsituation zwischen Zuwendungsempfänger*in und öffentlichem Dienst, die mit derjenigen zwischen verschiedenen Zweigen innerhalb der öffentlichen Verwaltung vergleichbar ist. Denkbar ist vielmehr, dass zwischen den verschiedenen Zuwendungsempfänger*innen Konkurrenz entsteht, und die Verwaltungspraxis aus

dem Gesichtspunkt der Selbstbindung in Art. 3 Abs. 1 GG besonders auf die Höhe der bewilligten Personalausgaben achten muss. Es darf jedenfalls nicht vorschnell auf die Erwägungen des BVerwG Bezug genommen werden, um die Einschränkung der Vertragsfreiheit durch das Besserstellungsverbot zu rechtfertigen. Zweifel kommen hinsichtlich dessen Verhältnismäßigkeit schon auf den Ebenen der Erforderlichkeit und Geeignetheit auf; dort besteht jedoch wie festgestellt eine weite Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers. Jedenfalls die Angemessenheit des Eingriffs in die Arbeitsvertragsfreiheit ist jedoch zweifelhaft: Das Besserstellungsverbot läuft auf ein staatliches Regelungsmonopol bezogen auf die Arbeitsverhältnisse der Zuwendungsempfänger*in hinaus, ohne dass sich deren Beschäftigte gestalterisch einbringen oder dagegen wehren können.

Hinzuweisen ist außerdem auf ein Urteil des OVG Sachsen-Anhalt⁷⁶³, dem zugrunde lag, dass ein nicht tarifgebundener Gemeinderat beschließen wollte, die beim Landkreis Beschäftigten untertariflich zu entlohnen. Eine landesgesetzliche Regelung sah jedoch vor, dass auf die Gemeindebediensteten die gesetzlichen und tarifrechtlichen Vorschriften anzuwenden seien. Ebendiese landesgesetzliche Norm erzeugte also nicht nur die bereits bekannte Ausschaltung des Günstigkeitsprinzips für den öffentlichen Dienst, sondern zugleich ein konkludentes Verbot untertariflicher Entlohnung. Die Regelungswirkung der Norm ging also noch über das Besserstellungsverbot hinaus. In dem Zusammenhang befand das Gericht, dass der Eingriff in die Vertragsfreiheit durch das entsprechende Landesgesetz durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gedeckt sei, namentlich den Grundsatz der Tarifeinheitlichkeit im öffentlichen Dienst. Eine untertarifliche Entlohnung sei aufgrund dessen ausgeschlossen. Übertragen auf die Zuwendungsvergabe bedeutet das, dass mit dem Besserstellungsverbot, das untertarifliche Entlohnung ermöglicht, rechtlich in Kauf genommen wird, dass sich die Zuwendungen empfangenden Unternehmen im untertariflichen Bereich wirtschaftlich auseinander entwickeln, während das für den öffentlichen Dienst im engeren Sinne inakzeptabel wäre. Damit ergibt sich anhand des Urteils eine gewisse Doppelgleisigkeit der haushaltsrechtlichen Erwägungen des öffentlichen Arbeitsrechts: Sobald es um übertarifliche Entlohnung geht, sind die Möglichkeiten sowohl für den öffentlichen Dienst im eigentlichen Sinne als auch die

⁷⁶³ OVG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 28.10.2009 – 4 L 209/07, juris.

Zuwendungsempfänger*innen gesperrt; sobald es um untertarifliche Arbeitsbedingungen und damit den Schutz der Arbeitnehmer*innen geht, verschließt der Gesetzgeber vor dem Vorgehen bei der Zuwendungsempfänger*in die Augen. Das ist möglicherweise mangels staatlichen Eigeninteresses verständlich, allerdings misslich, weil es nach einer Art „Rosinenpicken“ anmutet: Sobald der Schutz der Arbeitnehmer*innen die entscheidende Motivation wäre, erscheint eine explizite Regelung nicht mehr vonnöten. Das mag darauf zurückzuführen sein, dass das in § 8 Abs. 2 HG Bund normierte Besserstellungsverbot schon aufgrund seines Standorts eine haushaltsrechtliche Regelung ist; allerdings ist wie erwähnt eine ganzheitlichere Betrachtung seiner Auswirkungen geboten. Indem das Besserstellungsverbot anders als die landesgesetzliche Regelung im OVG-Urteil untertarifliche Arbeitsbedingungen ohne Weiteres ermöglicht, verfehlt der nur einseitige Verweis auf den TVöD aus Sicht der Arbeitnehmer*innen der Zuwendungsempfänger*in seine tarifrechtliche Charakterisierung als Schutzinstrument. Das muss umso mehr gelten, wenn staatliche Zuwendungsgeber*innen „die Strategie verfolgen, tarifvertragliche Erhöhungen (die die öffentlichen Arbeitgeber selber aushandeln) [...] nicht mehr entsprechend durch erhöhte Zuwendungen auszugleichen.“⁷⁶⁴

(3) Rechtliche Konsequenzen

Wenn man mithin davon ausgeht, dass das Günstigkeitsprinzip auch für die nicht tarifgebundenen Beschäftigten einer Zuwendungsempfänger*in gilt, die an das außertarifvertraglich normierte Besserstellungsverbot gebunden ist, stellt sich in der Konsequenz die Frage, welche Rechtsfolgen aus der Ausschaltung des Günstigkeitsprinzips folgen. Selbst wenn man die Anwendung des Günstigkeitsprinzips verneint, beispielsweise mangels Tarifbindung, ist das Besserstellungsverbot wegen des möglicherweise ungerechtfertigten Eingriffs in die Arbeitsvertragsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG äußerst kritisch zu betrachten. Deshalb müsste § 8 Abs. 2 HG Bund vom Gesetzgeber umgestaltet werden, um den Anforderungen, die die Arbeitsvertragsfreiheit daran stellt, zu genügen. Dessen frühere Formulierung, der zufolge das Besserstellungsverbot nur „vorbehaltlich einer abweichenden tarifvertraglichen Regelung (...)“⁷⁶⁵ gelte, stand diesen Anforderungen

⁷⁶⁴ *Sprengel*, in: Hopt/Hippel/Walz (Hrsg.), *Nonprofit-Organisationen in Recht, Wirtschaft und Gesellschaft*, 2005, 283, 291.

⁷⁶⁵ *Krämer/Schmidt*, *Zuwendungsrecht*, 154. Aktual. 2021, D XI Rn. 78.

näher: Sie ermöglichte durch den Abschluss von Haustarifverträgen, den Zwängen des Besserstellungsverbots zu entkommen. Dadurch wurde letztlich immerhin der Gedanke des Günstigkeitsprinzips teilweise aufrechterhalten. Unter der geltenden Rechtslage ist das nicht mehr der Fall; das Günstigkeitsprinzip wird mit dem Besserstellungsverbot vollkommen ausgeschaltet. Wenn alternativ beispielsweise zusätzlich die untertarifliche Entlohnung aus Schutzgesichtspunkten verboten würde, würde die Vertragsfreiheit zwar noch erheblich weiter einschränkt, aber immerhin der Schutz der Arbeitnehmer*innen, der mit Tarifverträgen wie auch dem TVöD bezweckt werden soll, gewahrt.

2. Zusammenfassende Stellungnahme

Der entscheidende problematische Faktor im Hinblick auf die Vereinbarkeit des Besserstellungsverbots mit dem Günstigkeitsprinzip ist, dass für die Beschäftigten der Zuwendungsempfänger*in weder auf kollektivrechtlicher noch individualrechtlicher Ebene etwaige Verhandlungsmöglichkeiten hinsichtlich der eigenen Arbeitsbedingungen bestehen und ihnen damit – außer im untertariflichen Bereich – keinerlei Raum zur Autonomieausübung zugestanden wird. Mangels Tarifbindung an den TVöD mindestens auf Seiten der Zuwendungsempfänger*in besteht weder aktive Teilhabe an dessen Aushandlung, noch wird die entsprechende Koalition zur kollektiven Autonomieausübung privatrechtlich von ihr mandatiert. Da das Günstigkeitsprinzip zudem wegen des drohenden Verstoßes gegen das Besserstellungsverbot und der resultierenden zuwendungsrechtlichen Sanktionen je nach Auslegung schon nicht gilt oder jedenfalls nicht von dessen Möglichkeiten Gebrauch gemacht werden kann, besteht auch kein individualvertraglicher Spielraum im übertariflichen Bereich. Im Rahmen der geschilderten Durchbrechungen der tariflichen Selbstbestimmung durch die Tarifnormerstreckung auf Außenseiter*innen ist gerade das Günstigkeitsprinzip oft die einzige Möglichkeit für Arbeitnehmer*in und Arbeitgeber*in, vom erstreckten Tarifvertrag abweichende Regelungen zu vereinbaren. § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG stellt eindrücklich die Bedeutung der arbeitsvertraglichen Gestaltungsfreiheit auch im kollektiven Arbeitsrecht unter Beweis. Weil das Besserstellungsverbot zum einen ebenso die tarifliche Selbstbestimmung beschneidet, gleichzeitig aber das Günstigkeitsprinzip ausschaltet, ist die zusätzliche Einschränkung der arbeitsvertraglichen Selbstbestimmung der Arbeitnehmer*innen besonders kritisch. Den Beschäftigten wird jegliche Autonomieausübung – sowohl auf

kollektiver als auch auf individuell-privatautonomer Ebene – verwehrt. Auf der Seite der Arbeitgeber*in lässt sich dagegen einwenden, dass immerhin die Beantragung der Zuwendung als ausgeübte Selbstbestimmung verstanden werden könnte. Das wirft jedoch wiederum die bekannten Zweifel auf, inwiefern die Inkaufnahme einer zwingenden, gesetzlich normierten Rechtsfolge als Selbstbestimmung zu charakterisieren ist.⁷⁶⁶ Zu den Selbstbestimmungsfragen kommt wiederum für die Arbeitnehmer*innen maßgeblich der Schutzaspekt hinzu. Die tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen des TVöD dürfen zwar nicht überschritten, aber unterschritten werden, sodass bei Beeinträchtigung der Selbstbestimmung der Außenseiter*innen ferner die Schutzfunktion der Tarifnormen ausgehebelt wird.

Daraus ergibt sich ein entscheidender Unterschied zum Sonderfall der begrenzten Anwendbarkeit des Günstigkeitsprinzips im öffentlichen Dienst: Unter Geltung des Besserstellungsverbots besteht gerade keine Möglichkeit zur Mitwirkung im Rahmen des TVöD, weil dessen Tarifvertragsparteien für die meist privatwirtschaftlichen Unternehmen nicht tarifzuständig sind. Die Interessen, die von den Tarifparteien bei der Aushandlung der Arbeitsbedingungen des TVöD vertreten werden, entspringen dem Geltungsbereich des TVöD, also dem öffentlichen Dienst. Die Anliegen der jeweiligen Zuwendungsempfänger*in und ihrer Beschäftigten können gerade in Unternehmen, in denen sich die Arbeitsumstände deutlich von denjenigen des öffentlichen Dienstes unterscheiden, also höchstens vereinzelt berücksichtigt werden. Die Konstellation des Besserstellungsverbots unterscheidet sich weiterhin vom Sonderfall des Höchstnormenbeschlusses: Die Höchstarbeitsbedingungen werden staatlich und nicht verbandsrechtlich festgesetzt, sodass eine erhöhte verfassungsrechtliche Rechtfertigungslast besteht. Selbst, wenn man die Anwendung des Günstigkeitsprinzips unter Geltung des Besserstellungsverbots ablehnt, steht nichtsdestotrotz ein verfassungsrechtlich relevanter Eingriff in die Arbeitsvertragsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG im Raum. Das ist der gemeinsame Nenner aller Höchstarbeitsbedingungen, die staatlicherseits festgelegt werden. Allerdings sind die Rechtfertigungsgründe, die für die Einschränkung des Günstigkeitsprinzips sowie zugrundeliegend der Vertragsfreiheit im öffentlichen Dienst

⁷⁶⁶ S. dazu schon oben zur Diskussion des Autonomieausmaßes auf Seiten der Erwerber*in beim Betriebsübergang Teil 2 B. II. 1. d).

herangezogen werden, nicht auf das Besserstellungsverbot übertragbar. Die Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung ist nicht vom Besserstellungsverbot abhängig; auch die Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit könnten durch weniger stark die Vertragsfreiheit beschneidende Vorgaben gewährleistet werden. Mithin kann die verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeit des Besserstellungsverbots in seiner jetzigen Ausformung in § 8 Abs. 2 HG Bund zumindest angezweifelt werden.

D. Besserstellungsverbot und Arbeitsvertrag

Zweifelsohne zeichnen sich die Auswirkungen des Besserstellungsverbots auch auf der individualrechtlichen Ebene des einzelnen Arbeitsvertrags zwischen Arbeitnehmer*in und Zuwendungsempfänger*in ab. In Fortschreibung der geschilderten Beeinträchtigung sowohl des kollektiven als auch des individuellen Verhandlungsspielraums wird die Arbeitsvertragsfreiheit der Einzelnen aus Art. 12 Abs. 1 GG durch § 8 Abs. 2 HG Bund und den umsetzenden Verwaltungsakt beschränkt. Die Rechtfertigung des mittelbaren Eingriffs in die Arbeitsvertragsfreiheit wurde bereits unter dem Gesichtspunkt des Günstigkeitsprinzips thematisiert.⁷⁶⁷ Problematisch ist, dass Rechtsprechung und Literatur speziell auf die Arbeitsvertragsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG bezogen wenig konkrete Maßstäbe vorgeben und einige ungeklärte Fragen aufwerfen.⁷⁶⁸ Als alleiniger Maßstab für das Zusammenspiel von Besserstellungsverbot und Individualarbeitsvertrag ist die Arbeitsvertragsfreiheit deshalb untauglich.

Zugleich sehen jedoch weder die haushalts- noch die verwaltungsrechtlichen Vorschriften zum Besserstellungsverbot vor, dass es auf individualvertraglicher Ebene wiedergegeben wird oder anderweitig für die jeweilige Arbeitnehmer*in erkennbar ist. Es obliegt der Zuwendungsempfänger*in, darüber zu entscheiden, inwiefern sie ihren Beschäftigten die Zwänge des Besserstellungsverbots offenlegt. Außerdem ist festzuhalten, dass sich aus dem Besserstellungsverbot kein arbeitsrechtlicher Anspruch auf Anwendung des TVöD herleiten lässt.⁷⁶⁹ Ein Anspruch aus §§ 328 ff. BGB parallel zur diesbezüglichen Diskussion im Rahmen der Tariftreue scheidet wie

⁷⁶⁷ S. dazu oben Teil 2 C. 1.

⁷⁶⁸ S. zum ungeklärten Schutzbereich und Rechtfertigungsmaßstab im Überblick *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit, 2014, S. 75 ff.

⁷⁶⁹ *Salomon-Hengst*, öAT 2017, 184, 185.

geschildert aus. Sinnvoll wäre dennoch eine vertragliche Bezugnahme auf den TVöD, um die Bindung an dessen Maßstäbe transparent zu gestalten. Dabei sollte insbesondere die für einschlägig befundene Entgeltgruppe ebenfalls vertraglich niedergeschrieben werden. Gerade die Tatsache, dass das Besserstellungsverbot sowie die einschlägigen Verwaltungsvorschriften und Allgemeinen Nebenbestimmungen keine dahingehenden Vorgaben machen, wurde vor dem Hintergrund der Durchbrechung der Tarifautonomie bereits kritisch betrachtet. Deshalb wäre es aus Beschäftigtenperspektive zu begrüßen, wenn die Maßstäbe des TVöD individualvertraglich und damit transparent festgehalten werden. Je nach Ausgestaltung sind unter Umständen die §§ 305 ff. BGB zu beachten, wenn dies durch allgemeine Geschäftsbedingungen erfolgt. Es sollte erwogen werden, ob das Besserstellungsverbot oder die entsprechenden Nebenbestimmungen die Zuwendungsempfängenden zur vertraglichen Bezugnahme auf den TVöD verpflichten sollten, um die Transparenz zu erhöhen.

Über die beeinträchtigte Arbeitsvertragsfreiheit der Arbeitnehmer*in hinaus hat das Besserstellungsverbot auf individualrechtlicher Ebene weitere Konsequenzen. Zum einen ergeben sich Schwierigkeiten, wenn das Zuwendungen empfangende Unternehmen schon vor dem Erhalt öffentlicher Mittel und der damit einhergehenden Bindung des Besserstellungsverbots die Arbeitnehmer*innen zu Bedingungen beschäftigt, die gegenüber dem TVöD als Besserstellung zu werten sind. Dann geht es insbesondere um Fragen von Vertrauens- und Bestandsschutz. Wenn mit der Zuwendung auch die Personalkosten der bereits beschäftigten Arbeitnehmer*innen beglichen werden, müssen grundsätzlich auch deren Arbeitsverhältnisse die Maßstäbe des TVöD als Obergrenze wahren. War das bislang nicht der Fall, ist mithin eine Vertragsänderung erforderlich. Wenn die einvernehmliche Vertragsänderung nicht möglich ist, kommt allein eine Änderungskündigung in Betracht. Womöglich wird die zuständige Behörde ohnehin davon absehen, solche Unternehmen mit Zuwendungen mitzufinanzieren, wenn die bisherigen Gehälter zu weit von den Maßgaben des TVöD abweichen. Um das zu vermeiden, müssten Unternehmen, die in ihrer Planung davon ausgehen, zukünftig auf öffentliche Finanzmittel angewiesen zu sein, um die Personalkosten zu begleichen, von vornherein den TVöD vertraglich einbeziehen oder inhaltlich anwenden. Vertrauens- und Bestandsschutz kommen in dem Fall so zum Tragen, dass die geschilderte Änderungskündigung erforderlich ist,

um nicht gegen die Auflage des Besserstellungsverbots zu verstoßen. Inwiefern daraus konkrete Konsequenzen erwachsen, soll unten näher anhand des Beispiels der Eingruppierung thematisiert werden. Schließlich kommt bei Szenarien ohne vertragliche Bezugnahme, aber mit langjähriger Anwendung des Besserstellungsverbots das Entstehen einer betrieblichen Übung in Betracht. Dahingehend bestehen im öffentlichen Dienst Besonderheiten, die womöglich in Teilen auf den Anwendungsbereich des Besserstellungsverbots übertragen werden können. Auch das soll jedoch später anhand des Beispiels der Eingruppierung näher beleuchtet werden.

E. Fazit der systematisch-arbeitsrechtlichen Betrachtung

Das Besserstellungsverbot aus § 8 Abs. 2 HG Bund tangiert trotz seiner haushaltsrechtlichen Normierung originär arbeitsrechtliche Fragestellungen der Zuwendungsempfänger*in sowie ihrer Beschäftigten – eine systematische Betrachtung der arbeitsrechtlichen Konsequenzen der zuwendungsrechtlichen Norm ist deshalb längst überfällig. Gerade im Kontext des Tarifrechts ergeben sich einige Widersprüche zwischen den inhaltlichen Auswirkungen des Besserstellungsverbots und der tariflichen Selbstbestimmung sowie dem Günstigkeitsprinzip.

Die Bewertungsgrundlage für die tarifrechtlichen Nebenwirkungen des Besserstellungsverbots ist schon im Ausgangspunkt problematisch. Das Besserstellungsverbot wirkt auf tariflich nicht gebundene Außenseiter*innen ein und beeinträchtigt damit deren tarifliche Selbstbestimmung. Die Selbstbestimmung der Koalitionen ist in Gestalt der Tarifautonomie verfassungsrechtlich gewährleistet; ihre dogmatische Herleitung und konkreten Erscheinungsformen sind jedoch umstritten. Das gilt umso mehr für ihre Kehrseite, die Selbstbestimmung der tariflichen Außenseiter*innen. Während einzelne Stimmen sie mittels einer negativen Tarifvertragsfreiheit umfassend geschützt sehen wollen, lehnt die herrschende Meinung einen derart weitreichenden Schutz der individuellen Autonomie ab und beruft sich auf verfassungsrechtliche Wertungen der negativen Koalitionsfreiheit, die insbesondere im Kriterium des Beitrittsdrucks aufgehen. Das Kriterium schlägt jedoch spätestens dann fehl, wenn ein Beitritt in die entsprechende Koalition faktisch und rechtlich unmöglich ist, wie auf Seiten der Zuwendungsempfänger*in in den

Arbeitgeber*innenverband des TVöD. Aufgrund der sozialen Gewalt der gemeinsam handelnden Tarifparteien müssen die davon (mittelbar) Betroffenen je nach Einzelfall geschützt werden, sei es durch staatliche Legitimation oder andere ausgleichende Mechanismen. Hinzu kommen außerdem Wertungen aus der Arbeitsvertragsfreiheit, die im Abwehrrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG verankert ist. Die Rolle der tariflichen Außenseiter*innen ging bislang in einigen gesetzlich vorgesehenen Fallgruppen auf, in denen Tarifnormen meist gesetzlich oder durch Rechtsverordnungen auf sie erstreckt wurden. Gemein ist den Fallgruppen, dass sie langfristig den Schutz der betroffenen Außenseiter-Arbeitnehmer*innen vor untertariflichen Arbeitsbedingungen bezwecken wollten. „Gesetz ist Legitimation genug“,⁷⁷⁰ befand *Gamillscheg* in dem Sinne hinsichtlich der außenseiter*innenerfassenden Wirkung von § 3 Abs. 2 TVG. Ob das auch dann als maßgebliche Rechtfertigung gelten kann, wenn Schutzgesichtspunkte keinerlei rechtfertigende Rolle spielen, wie beim Besserstellungsverbot der Fall, ist zweifelhaft. Das Besserstellungsverbot legt die Arbeitsbedingungen des TVöD gerade nicht als Mindest-, sondern als Höchstarbeitsbedingungen fest, um die Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit bei der Zuwendungsvergabe auch auf Seiten der Empfänger*in sicherzustellen.

Im Vergleich zu den herangezogenen Fallgruppen lässt sich festhalten, dass das Besserstellungsverbot in seiner jetzigen Ausgestaltung als Fremdkörper innerhalb des Tarifsystems einzuordnen ist, weil es zugleich das Günstigkeitsprinzip aus § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG ausschaltet. Der Schutz tariflicher Außenseiter*innen vor untertariflichen Arbeitsbedingungen war bislang Haupterwägung für die Tariferstreckung; für das Besserstellungsverbot gilt diese Erwägung nicht. Das spielt spätestens auf der Ebene der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des mittelbaren Eingriffs von § 8 Abs. 2 HG Bund in die Arbeitsvertragsfreiheit von Zuwendungsempfänger*in und ihren Beschäftigten eine Rolle. Entlastend ist allein, dass die Verwirklichung der Haushaltsgrundsätze auch im Kontext der Zuwendungsvergabe mittelbar zur Funktionsfähigkeit des Staates beiträgt.

⁷⁷⁰ *Gamillscheg*, Koll ArbR I, 1997, S. 719.

Für die Beschäftigten der Zuwendungsempfänger*in kommt also erschwerend hinzu, dass das tarifrechtliche Günstigkeitsprinzip aus § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG ausgeschaltet wird. Zwar kann bestritten werden, ob es für die Arbeitnehmer*innen der Zuwendungsempfänger*in einschlägig ist: Das Besserstellungsverbot ist keine tarifvertragliche Regelung; außerdem ist jedenfalls die Zuwendungsempfänger*in in der Regel nicht tarifgebunden. Aus § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG kann man jedoch über den Wortlaut und Regelungszusammenhang hinaus die gesetzgeberische Intention erkennen, dass die zwingende Wirkung von (Tarif-)Normen nur so weit reichen soll, wie die Arbeitnehmer*in dadurch geschützt wird, also insbesondere im untertariflichen Bereich. Der Rechtsgedanke ist deshalb auch außerhalb der üblichen Konstellationen beispielsweise auf außertarifvertragliche Höchstarbeitsbedingungen anwendbar: Höchstarbeitsbedingungen jeglicher Art widersprechen ebendieser Zwecksetzung grundlegend. Das Besserstellungsverbot erzeugt mithin einen diametralen Widerspruch zum tarifrechtlichen Günstigkeitsprinzip, dessen Wertungen in der Arbeitsvertragsfreiheit verfassungsrechtlich einfließen. Es wäre in jedem Fall vorteilhaft, die Abweichung „nach oben“ im Sinne eines Günstigkeitsprinzips für die Zuwendungsempfänger*in im Einzelfall zu ermöglichen, zumal anders als für Angestellte des öffentlichen Dienstes keine derart gesteigerte Arbeitsplatzsicherheit besteht.

Sowohl die Verwaltungs- als auch die Arbeitsgerichtsbarkeit haben sich in der Vergangenheit mit den Vorgaben und Auswirkungen des Besserstellungsverbot befassen müssen. Das stellt unter Beweis, wie essentiell es ist, § 8 Abs. 2 HG und seine Auswirkungen – wenn auch nur im Ansatz – interdisziplinär zu betrachten. Darüber hinaus spielen, anders als es der gleichbleibende Wortlaut des haushaltsgesetzlichen Besserstellungsverbots vermuten lässt, grundlegende Erwägungen zur Rolle des Staates und der Zuwendungsvergabe eine Rolle. Zuwendungen sind letztlich öffentliche Steuergelder, weshalb natürlich sparsam gehandelt werden muss, aber der Staat im gleichen Maße öffentliche Verantwortung für gute Arbeitsbedingungen trägt. Das steht im Widerspruch zur beim Besserstellungsverbot bestehenden Möglichkeit der Schlechterstellung der Beschäftigten. Außerdem sind die Vorgaben des Besserstellungsverbots nicht im Einklang mit dem Leitbild des ermöglichenden Staates, denn: „Dem ermöglichenden

Staat entspricht ein Typ rechtlicher Regulierung, bei dem die zivilgesellschaftliche Selbststeuerung im Mittelpunkt steht.⁷⁷¹ Fraglich ist weiterhin die Effektivität des Besserstellungsverbots im Hinblick auf die anvisierten Zwecke: Seine Einhaltung auf der Seite der Zuwendungsempfänger*in sowie deren Prüfung durch die Behörde verursacht extrem hohe Verwaltungskosten,⁷⁷² die möglicherweise eingespart werden könnte, würden die Vorgaben des § 8 Abs. 2 HG Bund gelockert. Die ökonomische Sinnhaftigkeit ist mithin offen. Offen ist außerdem, ob lockerere Vorgaben die Effektivität der Zuwendungsempfänger*innen beschneiden würden: Aus den ohnehin der Höhe nach begrenzten Zuwendungsmitteln ergeben sich auch hinsichtlich der Arbeitsbedingungen von selbst höhenmäßige Begrenzungen.

Die Widersprüche zwischen Besserstellungsverbot und den Grundsätzen der tarifrechtlichen Selbstbestimmung können auf verschiedene Weise abgemildert werden. Zunächst sollte die gesetzliche Normierung oder die Konkretisierung in den Allgemeinen Nebenbestimmungen ein Mindestmaß an Transparenz für die Zuwendungsempfänger*in, insbesondere aber ihren Beschäftigten ermöglichen. Würde man beispielsweise von der Zuwendungsempfänger*in die dynamische Inbezugnahme des TVöD verlangen, wäre wenigstens auch für die Beschäftigten deutlich, was der Maßstab für das Arbeitsverhältnis ist. Außerdem würde sichergestellt, dass sie von Tariflohnerhöhungen profitieren würden. Bedenken hinsichtlich des Eingriffs in die Arbeitsvertragsfreiheit würde das nicht gänzlich beseitigen, immerhin würde offener zutage treten, welche Abstriche das Besserstellungsverbot dahingehend verlangt. Zumindest wäre aber eine Informationspflicht der Zuwendungsempfänger*in gegenüber ihren Beschäftigten zur Offenlegung der zuwendungsrechtlichen Bindungen und deren arbeitsrechtlichen Auswirkungen denkbar. Jedenfalls die Bundesregierung sah bislang keinen Bedarf, das Zuwendungsrecht zu überarbeiten⁷⁷³ – aufgrund des strukturellen Machtgefälles auch zwischen dem Staat als Zuwendungsgeber und der Zuwendungsempfänger*in⁷⁷⁴

⁷⁷¹ *Enquete-Kommission „Zukunft des Bürgerschaftlichen Engagements“*, Bericht Bürgerschaftliches Engagement: auf dem Weg in eine zukunftsfähige Bürgergesellschaft, 2002, S. 587.

⁷⁷² S. bezogen auf die auf bei den Zuwendungsempfänger*innen entstehende Bürokratiekosten, bspw. durch Mitteilungspflichten, *Bundeskanzleramt/Destatis*, Bürokratischer Aufwand im Zuwendungsrecht, August 2010, S. 3.

⁷⁷³ Jedenfalls auf Bundesebene; s. z.B. die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage in BT-Drs. 17/4328, 2.

⁷⁷⁴ So treffend *Schulz*, nmz 2/2010, <https://www.nmz.de/artikel/wenn-der-geldgeber-seine-macht-ausspielt>, zuletzt aufgerufen am 20.7.2021 .

muss der Reformanreiz vermutlich von außen kommen. Unabhängig davon muss auf der Seite der Verwaltung mindestens das Ziel sein, die „Aufsichtsführung von einer anlassbezogenen Reaktion im Einzelfall zu einer vorausschauenden Steuerung“ weiterzuentwickeln,⁷⁷⁵ sei es durch Arbeitshilfen und Fachseminare, die auf die Bedürfnisse der Zuwendungsempfänger*innen eingehen, oder die Verstärkung der präventiven Aufsichtsinstrumente, wie den Besuch vor Ort zur Information über die ordnungsgemäße Geschäftsführung anhand eines transparenten Prüfungskatalogs und die konsequente Nachprüfung bei der Zuwendungsbewilligung, ob alle Arbeitsplatzbeschreibungen und -bewertungen vorliegen.⁷⁷⁶

Teil 3: Arbeitsrechtliche Konsequenzen eines Verstoßes gegen das Besserstellungsverbot am Beispiel der Eingruppierung

Aus praktischer Sicht ist unabhängig von den bisherigen Ergebnissen vordergründig relevant, welche Konsequenzen ein Verstoß gegen das Besserstellungsverbot in seiner jetzigen Gestalt verursacht. Aufgrund der gebotenen ganzheitlichen Betrachtung kann es nicht allein bei den zuwendungsrechtlichen Sanktionen bleiben; gerade die arbeitsrechtlichen Folgen eines Verstoßes gegen das Besserstellungsverbot sind nicht explizit geregelt und bergen deshalb besonders große Rechtsunsicherheit und entsprechendes Konfliktpotential. Das muss deshalb umso mehr gelten, als das Schicksal der Arbeitsverhältnisse einzelner Arbeitnehmer*innen vom Besserstellungsverbot und den arbeitsrechtlichen Konsequenzen betroffen ist, ohne dass sie vorher überhaupt zwangsläufig Kenntnis von dessen Geltung haben. Insbesondere Veränderungen der Entgelthöhe haben großen Einfluss auf die Existenzsicherung und Lebensqualität einer Arbeitnehmer*in, weshalb die arbeitsrechtlichen Konsequenzen eines Verstoßes gegen das Besserstellungsverbot vorrangig am Beispiel der Vergütung beleuchtet werden sollen. Auf den ersten Blick sollte es aufgrund der konkreten Bezifferbarkeit des Entgelts einfach zu beurteilen sein, ob eine Besserstellung besteht oder nicht. Allerdings ist das Entgelt im Sinne des TVöD von der dem Tätigkeitsprofil zugeschnittenen Entgeltstufe abhängig. Der Tarifvertrag über die Entgeltordnung des Bundes (TV EntgO Bund) ist

⁷⁷⁵ So die Empfehlung des Bundesrechnungshof zum Aufsichtsstandard der Beauftragten der Bundesregierung für Kultur und Medien in BT-Drs. 17/11330, 140.

⁷⁷⁶ Vgl. BT-Drs- 17/11330, 141.

rechtliche Grundlage für die Bezahlung der Tarifbeschäftigten des Bundes und bildet über das Besserstellungsverbot die Entgelt-Obergrenze für die Beschäftigten der Zuwendungsempfänger*in. Das bedeutet letztlich, dass jede Arbeitnehmer*in der Zuwendungsempfänger*in höchstens das Gehalt erhalten darf, das sie erhielte, wenn ihre Stelle anhand der tarifrechtlichen Tätigkeitsmerkmale einer entsprechenden Entgeltgruppe des öffentlichen Arbeitsrechts zugeordnet wäre. Entscheidend ist mithin die Eingruppierung der Beschäftigten. Schwierigkeiten können in der Praxis dabei unter anderem dadurch erwachsen, dass die Normen des TVöD nicht auf privatwirtschaftliche Arbeitgeber*innen zugeschnitten sind. Zudem haben sie möglicherweise nicht die Mittel und Kenntnisse, sie individualrechtlich fehlerfrei umzusetzen.⁷⁷⁷

Über die Eingruppierung hinaus bestehen weitere Überschneidungen des Besserstellungsverbots mit dem Arbeitsrecht, die nur teilweise höchstrichterlich geklärt sind.⁷⁷⁸ Das Besserstellungsverbot hat mithin herausragende Bedeutung für zahlreiche arbeitsrechtliche Fragen sowohl auf kollektiver als auch individueller Ebene; nichtsdestotrotz sind viele Details ungeklärt. Zumindest bezogen auf Entgelt und Eingruppierung soll deshalb ein Erklärungsversuch folgen. Dazu wird zunächst herausgearbeitet, wie ein Verstoß gegen das Besserstellungsverbot konkret festgestellt werden kann. Zu dem Zweck muss das Bezugsobjekt der Besserstellung sowie die vergleichbare Arbeitnehmer*in des öffentlichen Dienstes ermittelt werden. Im Anschluss geht es darum, welche Rechtsfolgen ein solcher Verstoß auslöst, sowohl im Verhältnis zwischen Zuwendungsgeber*in und Zuwendungsempfänger*in, sowie zwischen der Zuwendungsempfänger*in und der betroffenen Beschäftigten. Abschließend werden Formulierungsvorschläge unterbreitet, mit denen die erarbeiteten Erkenntnisse in verschiedenen Stadien der Zuwendungsvergabe sowie im Arbeitsverhältnis kenntlich gemacht werden können.

⁷⁷⁷ BReg-Drs. 16/4305, Rn. 3612.

⁷⁷⁸ Groeger/*Groeger*, 3. Aufl. 2020, § 1 Rn. 232, wie bspw. der Einfluss auf die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 87 BetrVG, BAG, Beschl. v. 27.1.1987 – 1 ABR 66/85, NZA 1987, 489 ff.; BAG, Beschl. v. 1.2.1989 – 4 ABR 77/88, BeckRS 1989, 30729697; LAG Berlin, Beschl. v. 4.4.2003 – 13 TaBV 68/03, juris; LAG Berlin, Beschl. v. 6.6.2003 – 13 TaBV 68/03, juris; die Dotierung von Sozialplänen, LAG München, Beschl. v. 6.7.2004 – 6 TaBV 40/03, juris; nachgehend anders mit Schwerpunktsetzung auf die Unbestimmtheit des Besserstellungsverbots BAG, Beschl. v. 3.5.2006 – 1 ABR 63/04, NZA 2007, 285 ff.; sowie bei der betrieblichen Altersversorgung, BAG, Urt. v. 19.4.2011 – 3 AZR 154/09, BAGE 137, 357 ff.

A. Feststellung eines Verstoßes

Bevor die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Besserstellungsverbot eine Rolle spielen, muss zunächst der Verstoß selbst festgestellt werden. Für die Beurteilung, wann eine Besserstellung vorliegt, kommen verschiedene Maßstäbe in Betracht.

I. Rechtliche Grundlagen

Der Ausgangspunkt, um die Tatbestandsmerkmale einer Besserstellung zu bestimmen, ist zunächst der Wortlaut der entsprechenden rechtlichen Grundlagen. § 8 Abs. 2 HG Bund stellt allein fest, dass die Beschäftigten der Zuwendungsempfänger*in nicht bessergestellt werden dürfen als vergleichbare Arbeitnehmer*innen des Bundes. Zieht man zusätzlich die allgemeinen Nebenbestimmungen sowohl zur Projektförderung als auch zur institutionellen Förderung heran, ergibt sich die Spezifizierung, dass konkret der TVöD dabei die Obergrenze für das Entgelt darstellt. Weitere Angaben enthalten auch die Nebenbestimmungen nicht. Der Wortlaut der entsprechenden Regelungen ist also dahingehend unergiebig, wie konkret vorzugehen ist, um die Arbeitsbedingungen der Zuwendungsempfänger*in mit denen des TVöD zu vergleichen. Auch die Gesetzesbegründung zum Haushaltsgesetz macht keine weiteren inhaltlichen Angaben, auf die über den Wortlaut hinaus im Sinne der historischen Auslegung zurückgegriffen werden könnte. Sie stellt jedoch klar, dass sich das Besserstellungsverbot auf sämtliche Arbeitsbedingungen bezieht.⁷⁷⁹ Damit bleibt es der Rechtsanwender*in überlassen, Schlüsse auf Inhalt und Vorgaben des Besserstellungsverbots zu ziehen. In Ermangelung einer tiefgehenden wissenschaftlichen Auseinandersetzung geht das naturgemäß mit erheblicher Rechtsunsicherheit einher.

Die extreme Unbestimmtheit des Besserstellungsverbots kommt in einem Beschluss des BAG vom 3.5.2006⁷⁸⁰ deutlich zum Ausdruck. Es ging dort im Kern um die Frage, ob zuwendungsrechtliche Vorgaben, namentlich das Besserstellungsverbot, bei tariflichen Abfindungsregeln als Höchstgrenze im Rahmen der Aufstellung von Sozialplänen zu berücksichtigen sind. Das Gericht entschied, dass ein Verweis auf das Besserstellungsverbot keine hinreichend bestimmte Bezeichnung des

⁷⁷⁹ BT-Drs. 19/11800, 19.

⁷⁸⁰ BAG, Beschl. v. 3.5.2006 – 1 ABR 63/04, NZA 2007, 285 ff.

Streitgegenstands im Sinne von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO sei. Deshalb hatte die Rechtsbeschwerde des Gesamtbetriebsrats teilweise Erfolg; das Gericht verstand die Auswirkungen des Besserstellungsverbots auf die Abfindungshöhe nicht als feststellungsfähiges Rechtsverhältnis. Selbst das BAG als höchste Instanz der Arbeitsgerichtsbarkeit rügt das Besserstellungsverbot als zu unbestimmt rügt. Nichtsdestotrotz wurde das Besserstellungsverbot zum Gegenstand höchstrichterlicher Rechtsprechung - was unter Beweis stellt, dass es durchaus kernarbeitsrechtliche Relevanz hat. Das Ausmaß der ihm bisher zuteil gewordenen rechtlichen Würdigung und die Wirklichkeit fallen deutlich auseinander. Das BAG befand, es sei nicht hinreichend klar, „was unter ‚nicht besser stellen‘, ‚vergleichbare Arbeitnehmer des Bundes‘, [...] und ‚keine günstigeren Arbeitsbedingungen‘ zu verstehen ist. Die Bedeutung dieser Begriffe ist keineswegs offenkundig.“⁷⁸¹ Genau darauf kommt es jedoch an, will man die Einhaltung des Besserstellungsverbots überprüfen. Seine Unbestimmtheit hat zur Folge, dass es verschiedenen Auslegungen zugänglich ist. Schwerpunktmäßig geht es um die Frage, was konkret als Besserstellung zu verstehen ist und wie die vergleichbare Arbeitnehmer*in des öffentlichen Dienstes als Maßstabsfigur zu ermitteln ist.

II. Besserstellung

Wie stellt man angesichts des kargen Wortlauts der rechtlichen Grundlagen also fest, welche Arbeitsbedingungen eine Arbeitnehmer*in besser stellen als eine vergleichbare andere, sie mithin also begünstigen? Mangels konkreter Hinweise im Gesetzestext kommen verschiedene methodische Ansätze mit unterschiedlichen Bezugspunkten in Betracht.

1. Bezugsobjekt

Um eine Besserstellung zu ermitteln, ist maßgeblich, welche Arbeitsbedingungen für den vorzunehmenden Vergleich mit dem TVöD herangezogen werden. Es geht darum, ob, und wenn ja, welche Aspekte eines Arbeitsverhältnisses derart miteinander verknüpft sind, dass sie nur gemeinsam verglichen werden können, oder ob möglicherweise sämtliche Arbeitsbedingungen einzeln gegenüberzustellen sind.

⁷⁸¹ BAG, Beschl. v. 3.5.2006 – 1 ABR 63/04, NZA 2007, 285, 286 Rn. 17.

a) Isolierte leistungsbezogene Betrachtung

Für das Besserstellungsverbot wurden die Arbeitsbedingungen ursprünglich isoliert, mithin leistungsbezogen betrachtet, um im Vergleich mit dem TVöD zu untersuchen, ob eine Besserstellung vorliegt. Das bedeutete, dass jede Arbeitsbedingung einzeln durch Gegenüberstellung verglichen wurde, beispielsweise nur das konkret bezifferte Entgelt oder nur die Arbeitszeit der Beschäftigten der Zuwendungsempfänger*in mit derjenigen der vergleichbaren Beschäftigten des öffentlichen Dienstes. Heute entspricht eine solche Vergleichsgrundlage nicht mehr der herrschenden Auffassung.⁷⁸² Die Vorteile der isolierten Vorgehensweise liegen dennoch auf der Hand: Wegen des hohen Bestimmtheitsgrades sorgt sie bei Zuwendungsgeber*in und Zuwendungsempfänger*in für Rechtssicherheit.⁷⁸³ Die Einhaltung des Besserstellungsverbots ist leichter überprüfbar, weil keine komplexen Gegen- und Vergleichsberechnungen erforderlich sind.⁷⁸⁴ Gegen die isolierte leistungsbezogene Betrachtung spricht allerdings, dass sie nicht zwingend Aufschluss darüber gibt, ob die so festgestellte Besserstellung tatsächlich sanktioniert werden sollte, oder ob die Besserstellung bezogen auf eine konkrete Leistung dadurch (finanziell) ausgeglichen wird, dass die Arbeitnehmer*in in sämtlichen anderen Arbeitsbedingungen schlechter gestellt wird. Eine solche Kompensation bleibt beim isolierten Vergleich einzelner Arbeitsbedingungen außer Betracht. Die isolierte Beurteilung führt letztlich dazu, dass der Spielraum zur Ausübung der Vertragsfreiheit für die Zuwendungsempfänger*in und ihre Beschäftigten noch weiter minimiert wird: Die Einzelregelungen müssen sich im Rahmen entsprechender Regelungen des TVöD halten, ohne dass das Gesamtbild der Arbeitsbedingungen eine Rolle spielt.⁷⁸⁵ Damit würde der Zuwendungsempfänger*in vorenthalten, auf die Bedürfnisse des Betriebs oder der konkreten Arbeitnehmer*in einzugehen, solange die Arbeitsbedingungen in ihrer Gesamtheit nicht günstiger sind als diejenigen des TVöD. Trotz der vielversprechend einfachen Handhabung sprechen deshalb die überwiegenden Argumente gegen einen Einzelvergleich der jeweiligen Arbeitsbedingungen.

⁷⁸² *Präsident des Bundesrechnungshofes*, Prüfung der Vergabe und Bewirtschaftung von Zuwendungen, 2. Aufl. 2016, S. 163, Fn. 163; vgl. *Dittrich*, BHO, 60. Aktual. 2021, § 44 Erl. 31.4; *Piduch/Nebel*, 22. Aufl. 2020, § 44 BHO Rn. 3.

⁷⁸³ *Präsident des Bundesrechnungshofes*, Prüfung der Vergabe und Bewirtschaftung von Zuwendungen, 2. Aufl. 2016, S. 163.

⁷⁸⁴ *Präsident des Bundesrechnungshofes*, Prüfung der Vergabe und Bewirtschaftung von Zuwendungen, 2. Aufl. 2016, S. 163.

⁷⁸⁵ Vgl. BReg-Drs. 17/4328, 7.

b) (Gesamt-)Abwägung der Arbeitsbedingungen

Anstelle der isoliert-individuellen Betrachtung ist nach Ansicht des BMF eine Gesamtabwägung aller oder jedenfalls aller sachlich zusammenhängenden Arbeitsbedingungen geboten.⁷⁸⁶ Das bedeutet, dass es auf das Gesamtbild der Arbeitsbedingungen der Zuwendungsempfänger*in im Vergleich zu denjenigen der Tarifbeschäftigten im öffentlichen Dienst ankommt. Anders sieht es der Bundesrechnungshof, der die mangelnde Praktikabilität einer solchen Gesamtabwägung beklagt. Der Zuwendungsbescheid würde dann keine eindeutige Orientierung und Rechtsklarheit mehr bieten, inwiefern das Besserstellungsverbot eingehalten werden kann; außerdem liege darin ein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot.⁷⁸⁷ In seiner Gesamtheit sei ein Vergleich mit dem TVöD geradezu unmöglich, weil der TVöD ein „hoch differenziertes austariertes Regelwerk [darstelle], das sich als Ganzes nur schwer mit den in der Privatwirtschaft bestehenden Leistungssystemen vergleichen lässt“⁷⁸⁸. Andererseits zeigen die Ausführungen zur isolierten leistungsbezogenen Betrachtung, dass sie der teleologischen Schutzrichtung des Besserstellungsverbots nicht gerecht werden können, weil sie das Gesamtbild der Arbeitsbedingungen im Vergleich zum TVöD unberücksichtigt lassen. Das Besserstellungsverbot soll nicht zwangsläufig zu einer detailgetreuen Übernahme der Regelungen des TVöD führen, sondern in erster Linie die sparsame Bewirtschaftung der Zuwendung ermöglichen. Nur deshalb darf das Leistungsniveau des TVöD nicht überschritten werden. Es kann aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten nur auf das Gesamtbild ankommen; der isolierte Vergleich einzelner Arbeitsbedingungen wäre für die Beurteilung des Besserstellungsverbots aus der Perspektive nicht förderlich. Das wirft die Frage auf, wie eine solche Gesamtabwägung der Arbeitsbedingungen durchgeführt werden kann – im Ergebnis erfordert sie eine arbeitnehmer*innen- und tätigkeitsbezogene Vergleichsberechnung für jeden Arbeitsplatz.⁷⁸⁹ Das ist für die Verwaltung naturgemäß mit erheblichem Arbeitsaufwand verbunden. Nach Auskunft des Bundesverwaltungsamts (BVA), das

⁷⁸⁶ BReg-Drs. 16/4305, 2.

⁷⁸⁷ *Präsident des Bundesrechnungshofes*, Prüfung der Vergabe und Bewirtschaftung von Zuwendungen, 2. Aufl. 2016.

⁷⁸⁸ *Präsident des Bundesrechnungshofes*, Prüfung der Vergabe und Bewirtschaftung von Zuwendungen, 2. Aufl. 2016, S. 165.

⁷⁸⁹ *Präsident des Bundesrechnungshofes*, Prüfung der Vergabe und Bewirtschaftung von Zuwendungen, 2. Aufl. 2016, S. 164.

für BMI und BKM die Geschäftsführung der Zuwendungsempfänger*innen prüft,⁷⁹⁰ erfolgt die leistungsbezogene Vergleichsberechnung konkret, indem das Jahresentgelt inklusive aller Entgeltbestandteile mit den Monatswerten aus den Entgelttabellen des TVöD Bund, die mal 12 multipliziert und um den jeweiligen Prozentanteil der TVöD-Jahressonderzahlung erhöht werden, verglichen wird. Der Vergleich bezieht sich auf die Brutto-Jahresgehälter der zurückliegenden zwei Kalenderjahre. Das BVA hält also an einer leistungsbezogenen, konkret entgeltbasierten Gesamtabwägung fest; das Ausmaß beispielsweise von Reisekosten- oder Bewirtungskostenerstattungen wird nicht berücksichtigt. In einem Beschluss des OVG Niedersachsen zog das Verwaltungsgericht ebenfalls die Personalausgaben für eine einzelne Arbeitnehmer*in als Bezugsobjekt für die Einhaltung des Besserstellungsverbots heran.⁷⁹¹ Die Ausgaben wurden dem Durchschnittssatz zur Veranschlagung der Personalausgaben für eine vergleichbare, zutreffend eingruppierte Beschäftigte des öffentlichen Dienstes gegenübergestellt.⁷⁹² Selbst der Bundesrechnungshof, der die Schwierigkeiten der Gesamtabwägung beklagt, schlägt vor, dass man die fixen Entgeltbestandteile eines Arbeitsplatzes summarisch betrachtet, und damit jeweils nur die monetären und nicht monetären Leistungen innerhalb eines Arbeitsverhältnisses miteinander aufrechnet.⁷⁹³ Die allgemeinen Nebenbestimmungen seien entsprechend abzuändern. Die Meinungen unterscheiden sich also weniger darauf bezogen, ob überhaupt eine Gesamtabwägung durchzuführen ist, sondern vielmehr darin, inwiefern sie zu bewerkstelligen ist und welche Arbeitsbedingungen dabei unberücksichtigt bleiben dürfen. Teilweise wird vorgeschlagen, die übrigen Leistungen einzeln, also isoliert zu vergleichen.⁷⁹⁴ Um eine Vergleichsberechnung jedenfalls der monetären Entgeltbestandteile kommt man wohl nicht umhin, wenn man über den Tellerrand der isolierten Einzelbetrachtung hinausblickt. Es bleibt jedoch nach wie vor offen, wie man mit den übrigen Arbeitsbedingungen verfährt, und ob möglicherweise noch gänzlich andere Vergleichsmethoden angedacht werden sollten.

⁷⁹⁰ *Bundesverwaltungsamt*, Prüfungen und Beratungen im Bereich Zuwendungen, <https://www.bva.bund.de/SharedDocs/Aufgaben/DE/P/pruefungen-beratungen-zuwendungen.html?nn=44234>, zuletzt aufgerufen am 20.7.2021.

⁷⁹¹ OVG Niedersachsen, Beschl. v. 9.7.2013 – 8 LA 102/12, BeckRS 2013, 53658.

⁷⁹² OVG Niedersachsen, Beschl. v. 9.7.2013 – 8 LA 102/12, BeckRS 2013, 53658 (Ls.).

⁷⁹³ *Präsident des Bundesrechnungshofes*, Prüfung der Vergabe und Bewirtschaftung von Zuwendungen, 2. Aufl. 2016, S. 165 f.

⁷⁹⁴ *Krämer/Schmidt*, Zuwendungsrecht, 154. Aktual. 2021, D XI Rn. 111.

c) Alternativer Lösungsvorschlag: Rückgriff auf Maßstäbe des tarifrechtlichen Günstigkeitsprinzips

In Betracht käme, die Grundsätze zum Günstigkeitsvergleich nach § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG auf das Besserstellungsverbot zu übertragen. Aufgrund der unbestreitbaren Ähnlichkeit zwischen einer „Besserstellung“ und in dem Sinne günstigeren Arbeitsbedingungen bietet es sich trotz noch zu untersuchender Differenzen zunächst grundsätzlich an, das Vorliegen einer Besserstellung nach den Maßstäben des Günstigkeitsprinzips zu beurteilen. Die Rechtsprechung und das wissenschaftliche Meinungsbild zum tarifrechtlichen Günstigkeitsprinzip sind weitaus gefestigter; im Vergleich zum Besserstellungsverbot geradezu ubiquitär. Das hat den entscheidenden Vorteil, dass erhöhte Rechtsklarheit und –sicherheit bestünde, würde man für die Feststellung der zuwendungsrechtlichen Besserstellung auf die Grundsätze des originär arbeitsrechtlichen Günstigkeitsvergleichs zurückgreifen. Im Rahmen von § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG geht es letztlich gleichermaßen um den Vergleich tariflicher und vertraglicher Arbeitsbedingungen; dort wurde ebenfalls lange diskutiert, wie genau ein solcher Vergleich durchzuführen ist. Nach der Rechtsprechung und herrschenden Lehre wird die Günstigkeit einer Regelung im Rahmen von § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG durch einen Sachgruppenvergleich ermittelt,⁷⁹⁵ wobei ein objektiv-individueller Maßstab mit Bezug auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die entsprechende Regelungsgruppe angelegt wird.⁷⁹⁶ Das bedeutet, dass die Arbeitsbedingungen inhaltlich kategorisiert werden und die Abwägung der Günstigkeit nur innerhalb der jeweils einzelnen Kategorie erfolgt. Damit handelt es sich beim Günstigkeitsvergleich gewissermaßen um einen Mittelweg zwischen den Ansichten von BMF und Bundesrechnungshof zur Besserstellung: Es wird nicht jede Leistung einzeln verglichen, aber es erfolgt auch keine Gesamtabwägung aller Arbeitsbedingungen. Im Rahmen von § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG wurde gleichermaßen diskutiert, ob nicht ein Gesamtvergleich vorzugswürdig wäre, um zu einem möglichst ausgewogenen Ergebnis zu kommen. Daran wurde jedoch zu Recht kritisiert, dass ein solcher Gesamtvergleich „prinzipiell kaum durchführbar“ sei und das Günstigkeitsprinzip aushöhlen würde, „da die Günstigkeit

⁷⁹⁵ BAG, Beschl. v. 20.4.1999 – 1 ABR 72/98, NZA 1999, 887, 893; BAG, Urt. v. 1.7.2009 – 4 AZR 261/08, NZA 2010, 53, 59; BAG, Urt. v. 12.12.2012 – 4 AZR 328/11, NJOZ 2014, 59, 63; BAG, Urt. v. 22.8.2018 – 5 AZR 551/17, NZA 2019, 51, 52 f.; ErfK/*Franzen*, 21. Aufl. 2021, § 4 TVG Rn. 38; *Greiner*, in: Henssler/Moll/Bepler (Hrsg.), *Der Tarifvertrag*, 2. Aufl. 2016, Teil 9 Rn. 212; *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 4 Rn. 598.

⁷⁹⁶ Vgl. BAG, Beschl. v. 16.9.1986 – GS 1/82, NZA 1987, 168, 174; BeckOK ArbR/*Giesen*, 60. Ed. 2021, § 4 TVG Rn. 31.

eines Regelungswerks gegenüber dem anderen realistischerweise kaum festgestellt werden kann.⁷⁹⁷ Diese Kritik kann im Grundsatz auch auf das Besserstellungsverbot übertragen werden, bei dem entsprechend der Arbeitsvertrag zwischen Zuwendungsempfänger*in und Arbeitnehmer*in im Ganzen dem hochkomplexen TVöD gegenübergestellt werden müsste.⁷⁹⁸ Auch der Einzelvergleich wurde bei § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG erwogen, jedoch wurde daran berechtigterweise kritisiert, dass der Arbeitnehmer*in damit ein „Rosinenpicken“ ermöglicht würde, welche einzelnen Arbeitsbedingungen für sie jeweils vorzugswürdig sind.⁷⁹⁹ Das gilt so aber nur, wenn der Günstigkeitsvergleich auf subjektiver Grundlage, das heißt aus Perspektive der individuellen Arbeitnehmer*in, durchgeführt wird. Der Sachgruppenvergleich erscheint als sinnvoller Mittelweg, weil er nicht nur punktuell vergleichend vorgeht, sondern auch im größeren Umfang als der Einzelvergleich kompensatorischen Regelungsspielraum⁸⁰⁰ offenlässt. Zugleich ist er handhabbarer als die Gesamtabwägung. Diese Vorzüge können gleichermaßen im Rahmen des Besserstellungsverbots geltend gemacht werden. Im Ergebnis kommt eine Gesamtabwägung aller sachlich zusammenhängenden Arbeitsbedingungen, wie das BMF sie (unter anderem) vorschlägt,⁸⁰¹ einem Sachgruppenvergleich sehr nahe. Das steht nicht im Widerspruch zum Vorgehen von BVA oder dem Vorschlag des Bundesrechnungshofs, sondern würde deren Ansätze vielmehr sinnvoll ergänzen und konkretisieren. Ausgangspunkt der näheren Untersuchung eines alternativen Lösungsweges soll also der Sachgruppenvergleich in seiner Gestalt vom tarifrechtlichen Günstigkeitsprinzip sein.

Nichtsdestotrotz ist die Sachgruppenbildung kein Allheilmittel, das sämtliche Probleme beseitigt, sondern ein durchaus komplexer Vorgang: Es handelt sich in der Praxis um „die wohl schwierigste Frage des Günstigkeitsvergleichs“⁸⁰². Entscheidend ist, welche Arbeitsbedingungen einer gemeinsamen Sachgruppe zugeordnet werden, die dann wiederum der entsprechenden Sachgruppe des zu vergleichenden Regelwerks gegenübergestellt wird. Welche Sachgruppen es gibt, wird grundsätzlich nach dem

⁷⁹⁷ ErfK/*Franzen*, 21. Aufl. 2021, § 4 TVG Rn. 36.

⁷⁹⁸ Dazu näher sogleich.

⁷⁹⁹ ErfK/*Franzen*, 21. Aufl. 2021, § 4 TVG Rn. 36; *Greiner*, in: Henssler/Moll/Bepler (Hrsg.), *Der Tarifvertrag*, 2. Aufl. 2016, Teil 9 Rn. 214.

⁸⁰⁰ Zur Zulässigkeit kompensatorischer Abreden *Wiedemann/Wank*, 8. Aufl. 2019, § 4 Rn. 513 ff.

⁸⁰¹ BReg-Drs.16/4305, 2.

⁸⁰² *Greiner*, in: Henssler/Moll/Bepler (Hrsg.), *Der Tarifvertrag*, 2. Aufl. 2016, Teil 9 Rn. 212.

hypothetischen Parteiwillen beurteilt, also danach, welche Regelungen „miteinander stehen und fallen“ sollen.⁸⁰³ Zudem ist ein innerer Zusammenhang zwischen den vertraglichen Arbeitsbedingungen einer Sachgruppe erforderlich.⁸⁰⁴ Die Kategorisierung kann sich von Fall zu Fall unterscheiden, denn „infolge der Unvorhersehbarkeit möglicher Einzelfallgestaltungen [ist] ein Katalog von allgemeingültigen konkreten Kriterien nur schwerlich denkbar.“⁸⁰⁵ Dennoch können grobe Leitlinien aufgestellt werden, mithilfe derer die Sachgruppen im Einzelfall ermittelt werden können. Grundsätzlich geht es bei der Sachgruppenbildung um die Auslegung von Arbeitsvertrag und Tarifvertrag mit dem Ziel, die zusammengehörigen Regelungsgegenstände des Vertragswerks zu identifizieren; dazu kann hilfsweise die Verkehrsanschauung herangezogen werden.⁸⁰⁶ Wenn schon im Arbeitsvertrag die Arbeitsbedingungen systematisch in verschiedene Sachgruppen kategorisiert werden, beispielsweise durch spezifische Unterabschnitte, ist das der Vertragsauslegung im Rahmen von § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG zuträglich. Es können aber auch heterogene Arbeitsbedingungen miteinander in Beziehung gesetzt werden.⁸⁰⁷ Jedenfalls Arbeitszeitvolumen und Arbeitsentgelt sind beim Günstigkeitsprinzip regelmäßig unstrittig einer Sachgruppe zuzuordnen.⁸⁰⁸ Auch bei der Dauer des Urlaubs, der Länge der Wartezeit und der Höhe des Urlaubsgeldes kann man möglicherweise grundsätzlich einen inneren Zusammenhang bejahen;⁸⁰⁹ das wird jedoch teilweise bezweifelt.⁸¹⁰ Schwieriger gestaltet es sich beispielsweise beim Sachzusammenhang zwischen vertraglicher und tariflicher Arbeitszeit, wenn die vertragliche Arbeitszeit bei gleichem Entgelt höher ist, dafür aber mit einer betrieblichen Arbeitsplatzgarantie verknüpft ist. Die sogenannten „betrieblichen Bündnisse für Arbeit“ werden von der Rechtsprechung nicht als taugliches Bezugsobjekt für den Günstigkeitsvergleich anerkannt, wenn sie nicht von der tarifvertragschließenden Gewerkschaft mitbewirkt

⁸⁰³ Greiner, in: Henssler/Moll/Bepler (Hrsg.), Der Tarifvertrag, 2. Aufl. 2016, Teil 9 Rn. 217.

⁸⁰⁴ S. nur BAG, Urt. v. 15.4.2015 – 4 AZR 587/13, NZA 2015, 1274, 1276 Rn. 28 m.w.N.; JKOS/Jacobs, 2. Aufl. 2013, § 7 Rn. 38 ff.; Wiedemann/Wank, 8. Aufl. 2019, § 4 Rn. 517.

⁸⁰⁵ Belling, Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht, 1984, S. 169.

⁸⁰⁶ Wiedemann/Wank, 8. Aufl. 2019, § 4 Rn. 519. Vgl. außerdem Heise, FS 50 Jahre BAG 2004, 657, 670 ff.

⁸⁰⁷ Wiedemann/Wank, 8. Aufl. 2019, § 4 Rn. 519.

⁸⁰⁸ BAG, Urt. v. 22.8.2018 – 5 AZR 551/17, NZA 2019, 51, 53; BAG, Urt. v. 15.4.2015 – 4 AZR 587/13, NZA 2015, 1274, 1277.

⁸⁰⁹ ErfK/Franzen, 21. Aufl. 2021, § 4 TVG Rn. 38; MHB ArbR/Klump, 4. Aufl. 2019, § 253 Rn. 42; Wlotzke, Das Günstigkeitsprinzip, 1957, S. 85 f.

⁸¹⁰ Greiner, in: Henssler/Moll/Bepler (Hrsg.), Der Tarifvertrag, 2. Aufl. 2016, Teil 9 Rn. 217; Schubert/Zachert, in: Brecht-Heitzmann/Kempfen/Schubert u.a. (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 5. Aufl. 2014, § 4 TVG Rn. 412.

worden sind.⁸¹¹ Dahinter stehen Zweifel daran, inwiefern derart unterschiedlich geartete Regelungen überhaupt vergleichbar sind. Außerdem spielen wiederum die zugrundeliegenden Erwägungen zum Verhältnis normativ geltender Tarifbestimmungen gegenüber rein individualvertraglichen oder betrieblichen Abreden eine Rolle. Die zwingende Tarifnormwirkung soll nicht allzu umfassend durch das Günstigkeitsprinzip ausgehebelt werden. Angesichts der weitreichenden Wirkung von § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG kann es vorkommen, dass Arbeitgeber*innen versuchen, den Vergleichszusammenhang autonom zu steuern. Schließlich entscheidet das Günstigkeitsprinzip im Ergebnis darüber, welche Regelung auf das Arbeitsverhältnis anwendbar ist. Um das zu beeinflussen, kann die Arbeitgeber*in in Ansehung des Tarifvertrags beispielsweise eine „punktuelle Verbesserung ‚gegen‘ eine Verschlechterung der tariflichen Arbeitsbedingung in einem anderen Punkt“⁸¹² anbieten. Diese Steuerungsmöglichkeit besteht beim Besserstellungsverbot aber nicht, weil das Günstigkeitsprinzip gerade ausgeschaltet wird, also im Arbeitsvertrag ohnehin nur Verschlechterungen gegenüber dem TVöD möglich sind und der Tarifvertrag in der Regel nicht normativ gilt. Dennoch sind die Sachgruppen als Vergleichspunkt für die Einhaltung des Besserstellungsverbots wichtig: Nur, wenn eine Regelung die Arbeitnehmer*in nicht besser stellt, mithin nicht günstiger ist als die entsprechende Regelung(-sgruppe) im TVöD, wird der zuwendungsrechtlichen Auflage genügt. Entsprechend bietet es sich an, den Vergleich sachgruppenbezogen vorzunehmen.

Für das Besserstellungsverbot sollte sich die Sachgruppenbildung am TVöD orientieren. Er bildet das kollektive Regelwerk, das jeder Zuwendungsvergabe mittelbar zugrunde liegt. Darüber könnte eine gewisse Einheitlichkeit erzeugt werden, jedoch nur unter der Voraussetzung, dass die gebildeten Sachgruppen auch in der Gesamtschau mit dem Arbeitsvertrag sinnvoll erscheinen. Aufgrund der Systematik des TVöD bietet es sich für das Besserstellungsverbot an, die dort genannten Abschnitte,⁸¹³ wie zum einen Arbeitszeit, Eingruppierung sowie Entgelt und sonstige Leistungen, außerdem zum anderen Urlaub und Arbeitsbefreiung, als Indiz für

⁸¹¹ BAG, Beschl. v. 20.4.1999 – 1 ABR 72/98, NZA 1999, 887, 892 f.; BAG, Urt. v. 12.12.2018 – 4 AZR 123/18, NZA 2019, 543, 548 Rn. 47 ff. Näheres dazu u.a. in *Heise*, FS 50 Jahre BAG 2004, 657 ff.

⁸¹² *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 4 Rn. 610.

⁸¹³ Abschnitt II: Arbeitszeit, §§ 6-11; Abschnitt III: Eingruppierung, Entgelt und sonstige Leistungen, §§ 12-25; Abschnitt IV: Urlaub und Urlaubsbefreiung, §§ 26-29.

mögliche Sachgruppen heranzuziehen. Das kann indes nicht vorbehaltlos gelten, zumal wie beschrieben Arbeitszeit und Entgelt zwar eine Sachgruppe, jedoch keinen einheitlichen TVöD-Abschnitt bilden. Als grobe Orientierung sind die Kategorisierungen des TVöD jedoch durchaus hilfreich, vor allem wenn man sie tendenziell großzügig berücksichtigt, um sich der für das Besserstellungsverbot teilweise vorgeschlagenen Gesamtabwägung anzunähern. Wenn bei der Sachgruppenbildung in § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG vertragliche Arbeitsbedingungen übrig bleiben, die in keinem Sachzusammenhang zu anderen Arbeitsbedingungen stehen, werden sie den entsprechenden Tarifnormen einzeln gegenübergestellt; die jeweils günstigere Norm setzt sich durch.⁸¹⁴ Wenn man den Sachgruppenvergleich entsprechend beim Besserstellungsverbot durchführt, könnte für solche Arbeitsbedingungen auf den isolierten Einzelvergleich zurückgegriffen werden.

Trotz der geschilderten Parallelen kann die Handhabung des Günstigkeitsprinzips also nicht blind auf das Besserstellungsverbot übertragen werden, ohne die bereits angedeuteten Differenzen in der zugrundeliegenden Ausrichtung zu berücksichtigen. Ein wichtiger teleologischer Unterschied ist dabei, dass das Besserstellungsverbot anders als das Günstigkeitsprinzip nicht die zwingende Tarifwirkung aus § 4 Abs. 1 TVG begrenzt, weil der Tarifvertrag für die Zuwendungsempfänger*in ohnehin nicht normativ gilt. Als erster Unterschied zwischen beiden Figuren fällt auf, dass der Bezugspunkt des Günstigkeitsvergleichs regelmäßig ein tarifvertragliches Regelwerk an sich ist, während sich die Besserstellung nicht auf den TVöD als Regelwerk, sondern zunächst auf eine näher zu konkretisierende Arbeitnehmer*in bezieht, deren Arbeitsverhältnis dem TVöD unterliegt. Es geht also um den Vergleich zweier Arbeitnehmer*innen und nicht zweier Regelungen; naturgemäß läuft es dennoch gleichermaßen im zweiten Schritt auf einen Regelungsvergleich hinaus. Gegenüber dem Günstigkeitsvergleich entsteht aber eine zusätzliche Ebene der Unsicherheit, weil durch die notwendige Ermittlung der Vergleichsperson⁸¹⁵ nicht unmittelbar aus dem Arbeitsvertrag erkennbar ist, welche Regelung für den Vergleich, beispielsweise bezogen auf das Entgelt, konkret einschlägig ist. Allen voran bestehen außerdem diametrale Unterschiede in der Zwecksetzung und Rechtsfolge von

⁸¹⁴ *Preis/Greiner*, Kollektivarbeitsrecht, 5. Aufl. 2020, § 96 Rn. 491.

⁸¹⁵ Dazu sogleich unter Teil 3 A. II. 2.

Günstigkeitsprinzip und Besserstellungsverbot. Erst die teleologischen Grundbausteine von Günstigkeitsprinzip und Besserstellungsverbot können Aufschluss darüber geben, ob die Maßstäbe überhaupt oder nur unter gewissen Einschränkungen übertragen werden können. Insbesondere der Schutz der Vertragsfreiheit als Ausprägung der Privatautonomie ist wesentlicher Sinn des Günstigkeitsprinzips aus § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG, den diese im übertariflichen Bereich gewährleisten soll.⁸¹⁶ Für das Besserstellungsverbot spielt der Schutz der Vertragsfreiheit jedoch keine große Rolle, eher im Gegenteil – die Vertragsfreiheit wird durch das Besserstellungsverbot sogar erheblich beschnitten, sowohl auf Seiten der Arbeitgeber*in als auch ihrer Beschäftigten. Die Kopplung an die Arbeitsbedingungen des TVöD erfüllt allein zuwendungsrechtliche Zwecke, namentlich die schonende Verwendung der Haushaltsmittel⁸¹⁷ und damit letztlich die Funktionsfähigkeit des Staates. Insofern unterscheidet sich die Zwecksetzung. Außerdem spielt zugleich die Tarifautonomie eine wichtige Rolle für das Günstigkeitsprinzip: Als Gegengewicht zur individuell ausgeübten Privatautonomie soll die Tarifautonomie auf kollektiver Ebene das strukturelle Machtgefälle im Arbeitsverhältnis ausgleichen. Grundbedingung dafür ist die normative Wirkung des Tarifvertrags aus § 4 Abs. 1 TVG. Die zwingende Wirkung wird durch das Günstigkeitsprinzip für den Fall begrenzt, dass die individualvertragliche Abweichung vom Tarifvertrag die Arbeitnehmer*in begünstigt. Je weiter man den Günstigkeitsvergleich zieht, desto stärker wird mithin zugleich die zwingende Wirkung der Tarifnormen begrenzt, die zugunsten der vertraglichen Arbeitsbedingungen unanwendbar bleiben. Das spricht im Rahmen von § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG maßgeblich gegen den Gesamtvergleich aller Arbeitsbedingungen als Bezugsobjekt. Anders ist es beim Besserstellungsverbot; dort gilt der TVöD in der Regel mangels Tarifbindung wie festgestellt ohnehin nicht normativ. Deswegen kann sich ein großzügiger Zuschnitt des Bezugsobjekts nicht negativ auf die Geltung des Tarifvertrags auswirken. Das „Regel-Ausnahme-Verhältnis von zwingender Wirkung und Günstigkeitsbetrachtung“⁸¹⁸ greift mithin für das Besserstellungsverbot nicht; die Rechtsanwender*in ist aus dem Gesichtspunkt der Tarifautonomie heraus deutlich freier in der Handhabung. Insofern sprechen allein die Umsetzungsschwierigkeiten gegen eine Gesamtabwägung beim Besserstellungsverbot. Doch auch losgelöst von

⁸¹⁶ S. dazu schon oben Teil 2 C. I. 1.

⁸¹⁷ OVG Niedersachsen, Beschl. v. 9.7.2013 – 8 LA 102/12, BeckRS 2013, 53658.

⁸¹⁸ Greiner, in: Henssler/Moll/Bepler (Hrsg.), Der Tarifvertrag, 2. Aufl. 2016, Teil 9 Rn. 217.

der konkreten Rechtsfolge, der Ausnahme von der zwingenden Wirkung nach § 4 Abs. 1 TVG, sind die Ziele von Günstigkeitsprinzip und Besserstellungsverbot grundverschieden: Das Günstigkeitsprinzip lässt sich als arbeitsrechtliche Konkurrenzregel charakterisieren; das Besserstellungsverbot dient der Konkretisierung zuwendungsrechtlicher Vorgaben und hat keine unmittelbare Auswirkung auf die Geltung einschlägiger Normen für das Arbeitsverhältnis. Es führt nicht wie das Günstigkeitsprinzip zur unmittelbaren Nichtanwendbarkeit einer Regelung. Die Verschiedenheit von Günstigkeitsprinzip und Besserstellungsverbot ist also letztlich schon im rechtlichen Ursprung beider Figuren angelegt: Während das Günstigkeitsprinzip eine originär kollektivarbeitsrechtliche Norm ist, entstammt das Besserstellungsverbot dem öffentlichen Haushaltsrecht. Das Besserstellungsverbot hat entsprechend in erster Linie allein zuwendungsrechtliche Konsequenzen. In Anbetracht der weitreichenden Unterschiede kann für das Besserstellungsverbot deshalb allein aus methodisch-praktischer Perspektive auf die Grundsätze zum Vorgehen beim Günstigkeitsvergleich zurückgegriffen werden.

Daraus ergibt sich, dass die Erwägungen zum Günstigkeitsprinzip nur mit Vorsicht auf das Besserstellungsverbot übertragen werden sollen. Dafür sprechen zudem methodische Gesichtspunkte, zieht man die Kriterien der Analogie als Instrument der Rechtsfortbildung heran. Man mag schon das Bestehen einer Regelungslücke verneinen, zumal § 8 Abs. 2 HG Bund nicht weniger präzise Regelungen trifft als der ebenfalls wenig ausführliche § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG. Wie aufgezeigt besteht zwischen Günstigkeitsprinzip und Besserstellungsverbot keine ähnliche Interessenlage. Ein Analogieschluss ist also schon deshalb ausgeschlossen. Nichtsdestotrotz ging es vordergründig darum, überhaupt methodische Anhaltspunkte herauszuarbeiten, anhand derer eine Besserstellung ermittelt werden kann. Genau das Kriterium der Besserstellung kommt der Günstigkeit einer Regelung vom Ergebnis her sehr nahe, lässt man die weiteren Folgen und Voraussetzungen außer Acht. Zugunsten der praktischen Handhabbarkeit ist es deshalb sinnvoll, einen ähnlichen Vergleich wie beim Günstigkeitsprinzip vorzunehmen – Dort hat sich das Bezugsobjekt der in Sachgruppen sortierten Arbeitsbedingungen bereits praktisch bewährt. Durch die Anlehnung an die Kriterien, die Rechtsprechung und Literatur zu § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG entwickelt haben, würde größere Rechtssicherheit erzeugt. Um den

Sachgruppenvergleich auch beim Besserstellungsverbot anzuwenden und gleichzeitig größtmögliche Transparenz zu gewährleisten, müssten jedenfalls die Allgemeinen Nebenbestimmungen derart abgeändert werden, dass sich aus ihnen der Bezug zum Sachgruppenvergleich im Sinne von § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG erschließt.⁸¹⁹ Es lässt sich trotzdem nicht bestreiten, dass die Sachgruppenbildung und damit die Feststellung sowohl der Günstigkeit als auch der Besserstellung Wertungsspielräume eröffnet. So ergibt sich zudem eine erhöhte Kontrollkompetenz der Verwaltung und der Gerichte.⁸²⁰ Sie könnten sich der Kontrolle aber nicht mehr mit dem Hinweis entledigen, dass nicht hinreichend klar sei, was mit dem Besserstellungsverbot gemeint sei. Im Ergebnis spricht vieles für eine Gesamtabwägung aller monetären Arbeitsbedingungen und den sachgruppenbezogenen Vergleich der nicht-monetären Arbeitsbedingungen, orientiert an der Rechtsprechung zum Günstigkeitsprinzip.

2. Vergleichbarkeit mit Bundesbeschäftigten

Über den Bezugspunkt der zu vergleichenden Arbeitsbedingungen hinaus ist weiterhin entscheidend, mit welcher Arbeitnehmer*in des Bundes die Beschäftigte der Zuwendungsempfänger*in verglichen wird. Es kommt in anderen Worten darauf an, wie die entsprechende Arbeitnehmer*in des öffentlichen Dienstes ermittelt wird, die als Vergleichsmaßstab dient. Dabei sind die Besonderheiten des TVöD zu beachten, der durch die verschiedenen Entgeltstufen des TV EntgO Bund ein komplexes Regelwerk für die Eingruppierung vorsieht.

a) Maßstab der Vergleichbarkeit

Vergleichbarkeit bedeutet dem Wortsinn nach, dass die Ähnlichkeit zwischen zwei oder mehreren Bezugspunkten derart ausgeprägt ist, dass sie als im Wesentlichen gleich anzusehen sind. Zwei Arbeitnehmer*innen sind vereinfacht gesagt jedenfalls dann vergleichbar, wenn ihre Tätigkeiten, die ihnen übertragene Verantwortung inhaltlicher und personeller Natur sowie ihre Arbeitserfahrung sich in wesentlichen Merkmalen ähneln. Im Rahmen des Besserstellungsverbots kommt es genau auf die Vergleichbarkeit der Beschäftigten der Zuwendungsempfänger*in mit einer zu ermittelnden Arbeitnehmer*in des öffentlichen Dienstes an. Zur Ermittlung ebenjener

⁸¹⁹ S. den entsprechenden Formulierungsvorschlag unter Teil 3 C. II.

⁸²⁰ Aus dem Grund beim Günstigkeitsprinzip kritisch *Greiner*, in: Henssler/Moll/Bepler (Hrsg.), *Der Tarifvertrag*, 2. Aufl. 2016, Teil 9 Rn. 213.

Arbeitnehmer*in können möglicherweise die dogmatischen Grundsätze des BVerfG zum allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG behilflich sein, in dem es im Kern gleichermaßen um die Vergleichbarkeit zweier Bezugspunkte geht.⁸²¹ Zwar fragt der allgemeine Gleichheitssatz, anders als das Besserstellungsverbot, im Ausgangspunkt nach einer Ungleichbehandlung; nichtsdestotrotz erfordert der Vergleich im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG die wertfreie Sammlung von Eigenschaften, in denen sich die in Frage stehenden Bezugspunkte unterscheiden und nicht unterscheiden.⁸²² So besagt die sogenannte Neue Formel, dass der Gleichheitssatz „vor allem dann verletzt [ist], wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.“⁸²³ Hervorzuheben ist die Tatsache, dass es keine absolute Gleichheit oder Ähnlichkeit geben kann, weil andernfalls gar Identität bestünde. Die Feststellung der Vergleichbarkeit hängt deshalb vor allem „von der Beurteilung ab, welche Merkmale als wesentlich und welche als unwesentlich für den Vergleich angesehen werden“⁸²⁴: Auch bei „der Beurteilung der ‚Vergleichbarkeit‘ im Rahmen des Besserstellungsverbots kann nicht von vornherein angenommen werden, daß Vergleichbarkeit Gleichheit der Merkmale in jeder Hinsicht bedeutet.“⁸²⁵ Deshalb ist abzuwägen, welche Eigenschaften, Merkmale und Arbeitsbedingungen für die Beurteilung der Besserstellung ausschlaggebend sein sollen. Zu betonen ist nach wie vor, dass sich das Besserstellungsverbot grundsätzlich gleichermaßen auf sämtliche monetäre und nicht monetäre Arbeitsbedingungen bezieht, sodass eine umfassendere, sachgruppenbezogene Abwägung notwendig bleibt. Allerdings wird es für die monetären Vertragsbestandteile im Wesentlichen davon abhängen, in welche Entgeltgruppe die Arbeitnehmer*in bei der Zuwendungsempfänger*in eingruppiert ist. Gerade die Vergütung als unmittelbarste monetäre Arbeitsbedingung ist aus der wirtschaftlichen Perspektive des Besserstellungsverbots maßgeblich.

Um den richtigen Bezugspunkt zu ermitteln, muss man mithin zunächst eine Arbeitnehmer*in des öffentlichen Dienstes herausnehmen, mit der die Beschäftigte der

⁸²¹ So die überzeugende Erwägung von *Sacksofsky/Arndt*, DÖV 2003, 561, 564.

⁸²² BeckOK GG/*Kischel*, 47. Ed. 2021, Art. 3 GG Rn. 15.

⁸²³ BVerfG, Beschl. v. 7.10.1980 – 1 BvL 50, 89/79, 1 BvR 240/79, BVerfGE 55, 72, 88.

⁸²⁴ *Sacksofsky/Arndt*, DÖV 2003, 561, 564.

⁸²⁵ *Sacksofsky/Arndt*, DÖV 2003, 561, 564.

Zuwendungsempfänger*in zu vergleichen ist. Es geht aber weniger darum, eine konkret existierende Arbeitnehmer*in aus dem öffentlichen Dienst zu finden, sondern darum, eine fiktive Vergleichsperson mit möglichst ähnlichen (beruflichen) Eigenschaften und Arbeitsumständen zu entwickeln. Dabei kommt zur Beurteilung der Besserstellung ausschlaggebend die Eingruppierung entsprechend dem Tarifvertrag über die Entgeltordnung des Bundes (TVEntgO Bund) zum Tragen: Er beruht auf einem ausdifferenzierten Beurteilungsvorgang sämtlicher Kriterien wie Tätigkeitsmerkmalen, Ausbildungsstand, und weiteren Faktoren.⁸²⁶ Je nachdem, in welche Entgeltgruppe die entsprechende Arbeitnehmer*in der Zuwendungsempfänger*in eingruppiert ist, ergibt sich umgekehrt bereits die entsprechende Vergleichs-Arbeitnehmer*in des TVöD. Mithin ist entscheidend, dass die Eingruppierung der Arbeitnehmer*in, auf deren Arbeitsverhältnis sich das Besserstellungsverbot auswirkt, korrekt erfolgt ist, um die Vergleichbarkeit bejahen zu können: Es geht um die Besserstellung gegenüber einer Angestellten des öffentlichen Dienstes, „der nach Qualifikation und Tätigkeitsmerkmalen die gleichen Eingruppierungsvoraussetzungen aufweist.“⁸²⁷ Fraglich ist, was geschieht, wenn es auf staatlicher Ebene schlichtweg keine (fiktive) Stelle gibt, die mit der der Zuwendungsempfänger*in vergleichbar ist. Nach einer Ansicht kommt es darauf nicht an, solange die tatsächlichen Eingruppierungsvoraussetzungen des maßgeblichen Tarifvertrags gleich sind.⁸²⁸ Wie festgestellt fordert Gleichheit keinesfalls Identität; vielmehr genügt die Ähnlichkeit der wesentlichen Merkmale. Das bedeutet dann, dass auch ohne konkret einschlägige besondere Beschäftigtengruppe aus der Anlage 1 zum TV EntgO hinreichende Vergleichbarkeit zu einer der dort geschilderten bestehen kann. Dafür spricht auch ein Urteil des BAG⁸²⁹, dem zufolge die Tätigkeitsmerkmale analog auf vergleichbare Tätigkeiten angewandt werden können, wenn ein unmittelbarer Zusammenhang der einzelnen Aufgaben, eine gewisse „Artverwandtheit“, besteht. Einer anderen Ansicht nach könne das Besserstellungsverbot hingegen schon gar nicht greifen, wenn es keine vergleichbaren Arbeitnehmer*innen im öffentlichen Dienst gibt, wie beispielsweise bei künstlerischer Tätigkeit.⁸³⁰ In solchen Fällen seien Formalkriterien wie die Berufsausbildung „bei

⁸²⁶ S. ausführlicher zur Eingruppierung mit Bezug zum Besserstellungsverbot unter Teil 3 A. II. 2. b).

⁸²⁷ BVerwG, Ur. v. 8.3.1974 – VII C 47.72, juris, Rn. 15.

⁸²⁸ BVerwG, Ur. v. 8.3.1974 – VII C 47.72, juris, Rn. 15.

⁸²⁹ BAG, Ur. v. 1.7.2009 – 4 AZR 234/08, NZA-RR 2010, 80, 82.

⁸³⁰ *Bolwin*, ZTR 2018, 695, 698.

sachbezogener Betrachtungsweise nicht geeignet, Vergleichsmaßstab für in Ziel, Inhalt und Ablauf völlig unterschiedliche Tätigkeiten ohne weitere Parallelen zu sein“.⁸³¹ Diese Ansicht vertrat zuletzt auch das BAG und begründete die ausnahmsweise konstitutive Wirkung der vertraglichen Eingruppierung damit, dass es aus Sicht der Arbeitnehmer*in als Erklärungsempfänger*in an Anhaltspunkten in den tarifvertraglichen Entgeltgruppen mangle.⁸³² Fraglos erzeugt ein solches Szenario Schwierigkeiten bei der Eingruppierung – Angesichts der Vielzahl der Arbeitsplatzbeschreibungen und dem Faktor, dass Vergleichbarkeit keine Identität, sondern bloß Ähnlichkeit in den wesentlichen Merkmalen erfordert, ist jedoch auch dann die Ermittlung einer vergleichbaren Arbeitnehmer*in aus dem öffentlichen Dienst möglich. Daraus ergibt sich allein ein höherer Begründungsaufwand für die Eingruppierungsentscheidung.

b) Eingruppierung nach TVöD

Der Begriff der Eingruppierung bezeichnet den Akt der Zuordnung einer Arbeitnehmer*in zu einer tarifvertraglich festgelegten Vergütungsgruppe. Sie ist „ein gedanklicher wertender Vorgang, bei dem eine bestimmte Tätigkeit in ein abstraktes Entgeltschema eingeordnet wird, indem die dort zu einzelnen Entgeltgruppen aufgestellten abstrakten Merkmale mit den Anforderungen verglichen werden, die die zu bewertende Tätigkeit an die sie auszuführenden Arbeitnehmer stellt.“⁸³³ Weil die Eingruppierung gemäß § 15 Abs. 1 S. 2 TVöD maßgeblich das Entgelt als kostenintensivsten Faktor des Arbeitsverhältnisses bestimmt, ist sie aus wirtschaftlicher Perspektive der für die Besserstellungsprüfung entscheidende Anknüpfungspunkt. Es ist deshalb beispielsweise problematisch, wenn im Arbeitsvertrag der Zuwendungsempfänger*in gar keine Eingruppierung anhand einer Arbeitsplatzbeschreibung und -bewertung vorgenommen wird: Streng genommen dürfte die Zuwendungsvergabe nach Auskunft des Bundesverwaltungsamtes dann nicht bewilligt werden, weil nicht unmittelbar ersichtlich ist, inwiefern den Maßgaben des Besserstellungsverbots genügt wird. Aus zuwendungsrechtlicher Sicht stellt es zudem häufig ein Problem dar, dass Arbeitnehmer*innen zu hoch eingruppiert

⁸³¹ Evers, WissR 1997, 109, 117.

⁸³² BAG, Urt. v. 18.10.2018 – 6 AZR 246/17, NZA-RR 2019, 102, 103.

⁸³³ BAG, Beschl. v. 26.4.2017 – 4 ABR 37/14, NZA-RR 2017, 408, 411; BAG, Beschl. v. 16.3.2016 – 4 ABR 32/14, NZA 2016, 1286, 1289.

werden,⁸³⁴ da das zu überhöhten Zuwendungen führt und damit nicht im Einklang mit den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit steht.⁸³⁵ Außerdem gilt die Zuwendung unter Umständen als zweckwidrig verwendet, wenn im Nachhinein von der bei Beantragung im Stellenplan ausgewiesenen Eingruppierung abgewichen wird.⁸³⁶ Mithin kann die Eingruppierung in verschiedenen Konstellationen und Zeitpunkten problematisch sein. Sie dient insbesondere, aber nicht nur der Ermittlung der vergleichbaren Arbeitnehmer*in des öffentlichen Dienstes, sondern ist auch eigenständig mit Blick auf die Einhaltung des Besserstellungsverbots zu prüfen.⁸³⁷ Es lohnt sich also, einen umfassenden Blick auf den Eingruppierungsvorgang zu werfen. Daraus ergeben sich essentielle Erkenntnisse zur Einhaltung des Besserstellungsverbots im Einzelfall.

(1) Funktionsweise des Eingruppierungsvorgangs

Die grundsätzliche Funktionsweise des Eingruppierungsvorgangs, wenn Arbeitnehmer*in und Arbeitgeber*in an den TVöD gebunden sind, ist gemäß § 12 Abs. 1 S. 1 TVöD im TVEntgO Bund geregelt. Je nach Anwendungsbereich kann an dessen Stelle der TVöD VKA oder TV-L mit der jeweils entsprechenden Entgeltordnung einschlägig sein. Diese Regelwerke unterscheiden sich teilweise von den Bundesregelungen.⁸³⁸ Nach dem TVEntgO Bund bestehen insgesamt 16 Entgeltgruppen, zwischen denen zu differenzieren ist.⁸³⁹ Die Eingruppierungsentscheidung orientiert sich gemäß § 12 Abs. 2 S. 1 TVöD an den Tätigkeitsmerkmalen, die den konkreten Arbeitsplatz prägen. Sie sind gemäß § 2 Abs. 1 TVEntgO in dessen Anlage 1 aufgelistet. Für die Tätigkeitsmerkmale maßgebend ist die gesamte, nicht nur vorübergehend ausgeübte Tätigkeit. Sie wird durch die arbeitsvertraglich festgelegten sowie die der Arbeitnehmer*in im Rahmen des Direktionsrechts von der Arbeitgeber*in übertragenen Aufgaben bestimmt.⁸⁴⁰ Im

⁸³⁴ *Präsident des Bundesrechnungshofes*, Prüfung der Vergabe und Bewirtschaftung von Zuwendungen, 2. Aufl. 2016, S. 167.

⁸³⁵ VG Lüneburg, Urt. v. 27.7.2016 – 5 A 224/14, BeckRS 2016, 49818; VG Magdeburg, Urt. v. 23.9.2009 – 4 A 20/09, BeckRS 2009, 47218.

⁸³⁶ *Präsident des Bundesrechnungshofes*, Prüfung der Vergabe und Bewirtschaftung von Zuwendungen, 2. Aufl. 2016, S. 151.

⁸³⁷ VG Lüneburg, Urt. v. 27.7.2016 – 5 A 224/14, BeckRS 2016, 49818 m.w.N.

⁸³⁸ Conze/Karb/Wölk/Reidel, 7. Aufl. 2021, Rn. 1598.

⁸³⁹ Treber, in: Schaub/Ahrendt/Koch u.a. (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl. 2019, § 64 Rn. 36.

⁸⁴⁰ BeckOK TVöD/*Steuernagel*, 53. Aufl. 2020, § 12 TVöD AT (Bund) Rn. 6 f.; Wiedemann/*Wank*, 8. Aufl. 2019, § 4 Rn. 207.

TVEntgO Bund sind zahlreiche Tätigkeitsmerkmale für den Verwaltungsdienst, für körperlich und handwerklich geprägte Tätigkeiten sowie für besondere Beschäftigungsgruppen und den Bereich des Bundesministeriums der Verteidigung geregelt. Die gesamte auszuübende Tätigkeit entspricht gemäß § 12 Abs. 2 S. 1-2 TVöD dann den Tätigkeitsmerkmalen einer Entgeltgruppe, wenn für die Stelle mindestens zur Hälfte Arbeitsvorgänge anfallen, die jeweils die Anforderungen eines oder mehrerer Tätigkeitsmerkmale der Entgeltgruppe erfüllen. Arbeitsvorgänge sind Leistungen, die, bezogen auf den Aufgabenkreis der Beschäftigten, zu einem abgrenzbaren Arbeitsergebnis führen.⁸⁴¹ Maßgeblich ist dabei eine natürliche Betrachtungsweise. Zur Bildung der Arbeitsvorgänge besteht eine langjährige Rechtsprechungstradition des BAG, die die Komplexität des Eingruppierungsvorgangs verdeutlicht.⁸⁴² Doch selbst, wenn man die Hürde der Arbeitsvorgänge bewältigt hat, werden innerhalb der Vergütungsgruppen zusätzlich zu den tätigkeits- auch personenbezogene Anforderungen berücksichtigt.⁸⁴³ Unter die personenbezogenen Anforderungen fällt unter anderem der Ausbildungsstand der Arbeitnehmer*in. Beispielsweise setzt die Entgeltgruppe (EG) 13 eine abgeschlossene wissenschaftliche Hochschulausbildung voraus,⁸⁴⁴ deren Anforderungen in § 7 TVEntgO Bund näher erläutert werden. Gleichzeitig haben die Tarifvertragsparteien unter dem Stichwort der „sonstigen Beschäftigten“ an verschiedenen Stellen vereinbart, dass die vorgesehenen Tätigkeiten auch von Beschäftigten ausgeübt werden können, die nicht die geforderten Ausbildungsvoraussetzungen erfüllen, dafür aber über einen vergleichbaren Wissensstand und vergleichbare Fähigkeiten verfügen.⁸⁴⁵ Die Anforderungen, die an eine solche Gleichstellungsmöglichkeit gestellt werden, sind jedoch nicht zu unterschätzen, gerade, wenn es um ein Hochschulstudium geht.⁸⁴⁶ Zudem sieht nicht jede Entgeltgruppe die Möglichkeit alternativer Ausbildungsvoraussetzungen vor. Die sich aus allen genannten Anforderungen letztlich erschließende Entgeltgruppe ist nach § 12 Abs. 3 TVöD im Arbeitsvertrag anzugeben.

⁸⁴¹ Protokollerklärung Nr. 1 zu § 12 Abs. 2 TVöD.

⁸⁴² Wiedemann/Wank, 8. Aufl. 2019, § 4 Rn. 211; s. die Beispiele in Treber, in: Schaub/Ahrendt/Koch u.a. (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl. 2019, § 64 Rn. 43.

⁸⁴³ Vgl. § 12 Abs. 2 S. 6 TVöD Bund; Groeger/Natter, 3. Aufl. 2020, § 23 Rn. 148 f.

⁸⁴⁴ Anlage 1 zu TVEntgO Bund, Teil 1.

⁸⁴⁵ BeckOK TVöD EntgO/Kuner, 23. Aufl. 2020, Die Neue Entgeltordnung zum TVöD-VKA Rn. 25.

⁸⁴⁶ Vgl. VG Lüneburg, Urt. v. 27.7.2016 – 5 A 224/14, BeckRS 2016, 49818.

Ebendiese vertragliche Angabe der einschlägigen Entgeltgruppe wirkt im Normalfall nur deklaratorisch: Nach dem Grundsatz der Tarifautomatik erfordert die Eingruppierung gerade keine rechtsgestaltende, spezifische Handlung einer tarifgebundenen Arbeitgeber*in. Sie ergibt sich vielmehr schon unmittelbar und automatisch.⁸⁴⁷ Die Arbeitnehmer*in „ist“ nach § 15 Abs. 1 S. 2 TVöD in dem Sinne per se in die passende Entgeltgruppe eingruppiert. Dies ergibt sich aus der unmittelbaren, zwingenden Wirkung von Tarifnormen, wonach allein die tatsächlich übertragenen und ausgeführten Arbeitsvorgänge über die Eingruppierung bestimmen.⁸⁴⁸ Das rechtsdogmatische Konstrukt der Tarifautomatik ist bedeutsam, weil es die Eingruppierung damit der subjektiven Wertung der Arbeitgeber*in entzieht.⁸⁴⁹ Es geht beim Eingruppierungsvorgang stattdessen allein um objektive Gesichtspunkte. Wenn sich die Eingruppierung als objektiv falsch herausstellt, erleichtert die Tarifautomatik die „Anpassung“, weil durch sie auch ohne Änderungskündigung oder ähnliche rechtsgestaltende Handlung ohnehin die richtige Vergütungsgruppe automatisch anwendbar war und ist. Nur die rein deklaratorische *Wiedergabe* der Entgeltgruppe im Arbeitsvertrag war bislang falsch; die betroffene Arbeitnehmer*in wurde also unzutreffend vergütet.⁸⁵⁰ Die bisherige Eingruppierung wird aber nicht als tatsächlich „falsch“ behandelt, nur deren arbeitsvertragliche Umsetzung. Die komplexen Vorgaben zur Eingruppierung zeigen, dass es aufwändig ist, die Entgeltgruppen des TVöD für die Vergütung heranzuziehen, was umso mehr im Zusammenspiel mit dem Besserstellungsverbot gilt, dessen Einhaltung schon an und für sich mit Rechtsunsicherheit verbunden ist. Unabhängig vom Grundsatz der Tarifautomatik bleibt es im Einzelfall zunächst der Arbeitgeber*in überlassen, die Eingruppierung ihrer Beschäftigten jedenfalls denklogisch vorzunehmen. Fraglich ist, inwiefern die allgemeinen Eingruppierungsgrundsätze greifen, wenn der TVöD weder kraft Tarifbindung noch kraft vertraglicher Bezugnahme gilt, sondern nur mittelbar über das Zuwendungsrecht die Obergrenze der zulässigen Arbeitsbedingungen bildet. Auch ohne doppelte Tarifgebundenheit ist die Eingruppierung der Beschäftigten der

⁸⁴⁷ St. Rspr., vgl. BAG, Urt. v. 23.9.1954 – 2 AZR 31/53, NJW 1955, 157, 158; BAG, Urt. v. 30.5.1990 – 4 AZR 74/90, NZA 1990, 899, 900; BAG, Urt. v. 16.2.2000 – 4 AZR 62/99, NZA-RR 2001, 216, 222; Däubler/*Deinert*, 4. Aufl. 2016, § 4 TVG Rn. 392; Wiedemann/*Wank*, 8. Aufl. 2019, § 4 Rn. 202.

⁸⁴⁸ Vgl. BAG, Urt. v. 23.4.1980 – 4 AZR 378/78, juris, Rn. 21; *Henssler*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), *Arbeitsrecht*, 9. Aufl. 2020, § 1 TVG Rn. 118; *Preis/Greiner*, *Kollektivarbeitsrecht*, 5. Aufl. 2020, § 96 Rn. 472.

⁸⁴⁹ BAG, Urt. v. 25.1.2006 – 4 AZR 613/04, NZA-RR 2007, 45, 48.

⁸⁵⁰ *Treber*, in: Schaub/Ahrendt/Koch u.a. (Hrsg.), *Arbeitsrechts-Handbuch*, 18. Aufl. 2019, § 64 Rn. 10.

Zuwendungsempfänger*in nach wie vor der wichtigste Bezugspunkt, um die Arbeitsbedingungen mit denen des öffentlichen Dienstes zu vergleichen. Deshalb ist zu untersuchen, wie die „Eingruppierung“ tariflicher Außenseiter*innen rechtstechnisch abläuft. Der Grundsatz der Tarifautomatik, der in dem Szenario greift, dass sowohl Arbeitgeber*in als auch Arbeitnehmer*in tarifgebunden sind, ist anzupassen, wenn die Tarifbindung entfällt. Ist die Arbeitgeber*in nicht tarifgebunden, kann die Eingruppierungsklausel im Arbeitsvertrag grundsätzlich nur konstitutiv wirken.⁸⁵¹ Bei vertraglichen Bezugnahme Klauseln ist die Frage nach der Geltung der Tarifautomatik etwas komplizierter. Sie ist jedoch entscheidender Punkt für die weitere Prüfung der Einhaltung des Besserstellungsverbots und dessen Konsequenzen bei einem Verstoß.

(2) Tarifautomatik unter Geltung des Besserstellungsverbots

Zunächst könnte man vertreten, dass die Tarifautomatik nur bei echter Tarifbindung greift. Bei der vertraglichen Inbezugnahme eines Tarifvertrags gelten die tarifvertraglichen Regelungen gerade nicht unmittelbar und zwingend im Sinne von § 4 Abs. 1 TVG. Die zwingende Tarifnormwirkung ist aber gerade wesentlicher Begründungsbestandteil der Tarifautomatik, was dafür spricht, dass ihr ohne die zwingende Wirkung aus § 4 Abs. 1 TVG die Geltungsgrundlage entzogen ist. Das würde bedeuten, dass die arbeitsvertraglich vorgegebene Eingruppierung rechtsgestaltende Wirkung entfaltet, sobald die Arbeitnehmer*in den Arbeitsvertrag annimmt. Die vertraglich vorgenommene Eingruppierung würde also konstitutiv statt nur deklaratorisch wirken. Selbst bei bestehender Tarifbindung kann jedenfalls in dem Fall, dass die einschlägige Vergütungsordnung keine passenden Tätigkeitsmerkmale aufweist, „der Arbeitnehmer die Nennung einer Entgeltgruppe im Arbeitsvertrag grundsätzlich nur als ausdrückliches Angebot auch in Bezug auf die Ermittlung der maßgebenden Vergütungshöhe verstehen“, befand das BAG.⁸⁵² Im Regelfall hat die Erwähnung einer Entgeltgruppe im Arbeitsvertrag nur dann rein deklaratorische Bedeutung, wenn dies hinreichend deutlich wird, indem etwa auf die einschlägigen tarifvertraglichen Regelungen vertraglich Bezug genommen wird.⁸⁵³ Überträgt man

⁸⁵¹ Greiner, in: Preis (Hrsg.), Der Arbeitsvertrag, 6. Aufl. 2020, Rn. 50.

⁸⁵² BAG, Urt. v. 18.10.2018 – 6 AZR 246/17, NZA-RR 2019, 102, 103; so schon BAG, Urt. v. 16.5.2002 – 8 AZR 460/01, juris, Rn. 39.

⁸⁵³ Pletke, ArbR 2019, 266, 267 f.

dies auf das Besserstellungsverbot würde das letztlich bedeuten, dass jedenfalls in den Fällen, in denen die Tätigkeitsmerkmale des TVöD nicht auf eine Stelle der Zuwendungsempfänger*in passen, die im Arbeitsvertrag festgehaltene Eingruppierungsentscheidung konstitutive Wirkung entfaltet. Das gilt selbst bei Tarifbindung und damit erst Recht bei der nur vertraglichen Bezugnahme auf die Entgeltordnung eines Tarifvertrags. Für den öffentlichen Dienst wird die bloß deklaratorische Wirkung weitergehend als Regelfall angenommen: Die Angabe einer Vergütungsgruppe könne von der Arbeitnehmer*in regelmäßig nicht als Angebot einer übertariflichen Vergütung ausgelegt werden, weil die Arbeitgeber*in des öffentlichen Dienstes nur das gewähren wolle, was der Arbeitnehmer*in tarifrechtlich zustehe.⁸⁵⁴ Sie sei mithin keine vertragliche Vereinbarung, sodass eine korrigierende Rückgruppierung auch ohne Änderungskündigung zulässig sei.⁸⁵⁵ Das kann jedoch aus vielerlei Gründen kritisiert werden, beispielsweise aufgrund der mangelnden Argumentationsgrundlage für die Differenzierung gegenüber der Privatwirtschaft sowie aus Vertrauensschutzgesichtspunkten.⁸⁵⁶

Ob der Auslegungsgrundsatz, die Arbeitgeber*in wolle grundsätzlich nicht mehr als das tariflich Zustehende gewähren, auf die Zuwendungsempfänger*in übertragen werden kann, ist fraglich. Sie ist zwar keine öffentliche Arbeitgeber*in, aufgrund des Besserstellungsverbots aber anderen Zwängen unterworfen als die durchschnittliche Arbeitgeber*in aus der Privatwirtschaft: Sie ist vergleichbar zur öffentlichen Arbeitgeber*in an die Haushaltsgrundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit gebunden. Gegen die Übertragbarkeit der Auslegungsgrundsätze spricht allerdings, dass die Zuwendungsempfänger*in anders als die öffentliche Arbeitgeber*in mangels Beitrittsmöglichkeit keine zwingende Tarifnormwirkung nach § 4 Abs. 1 TVG erzeugen kann. Rein denklogisch kann die vertragliche Eingruppierung mithin nur konstitutiv wirken. Zudem kann man anders als möglicherweise im öffentlichen Dienst bei den Beschäftigten der Zuwendungsempfänger*in weitaus weniger Kenntnis der besonderen Zwänge erwarten. Es ist durchaus realistisch, dass sie nicht von der verwaltungsrechtlichen Bindung der Zuwendungsempfänger*in an die

⁸⁵⁴ BAG, Urt. v. 9.7.1997 – 4 AZR 635/95, NZA 1998, 494, 496; BAG, Urt. v. 18.2.1998 – 4 AZR 581/96, NZA 1998, 950, 951.

⁸⁵⁵ BAG, Urt. v. 8.8.1996 – 6 AZR 1013/94, NZA-RR 1997, 76, 77.

⁸⁵⁶ Griese, in: Küttner (Hrsg.), Personalbuch, 28. Aufl. 2021, Eingruppierung Rn. 22; Steffan, in: Henssler/Moll/Bepler (Hrsg.), Der Tarifvertrag, 2. Aufl. 2016, Teil 5 (11) Rn. 11.

Haushaltsgrundsätze wissen. Das spräche dafür, die Auslegung als rein deklaratorische Klausel bei öffentlichen Arbeitgeber*innen nicht auf die Zuwendungsempfänger*in zu übertragen. Darüber hinaus wird schon die für den Regelfall vorgesehene, bloß deklaratorische Bedeutung der Eingruppierungsklausel selbst bei beidseitiger Tarifbindung zurecht als „zunehmend fiktional“⁸⁵⁷ beschrieben, weil die Tarifbindung auf Arbeitnehmer*innenseite rückläufig sei und damit auch die Tarifautomatik regelmäßig keine Wirkung entfalte. Jeder Eingruppierungsklausel komme außerdem zumindest potentiell konstitutive Wirkung für den Fall zu, dass die Tarifbindung ende.⁸⁵⁸ Folgt man dieser Ansicht, würde das bedeuten, dass die vertragliche Eingruppierungsentscheidung für die Zuwendungsempfänger*in besonders gewichtig ist. Als Arbeitgeber*in müsste sie sich daran festhalten lassen; eine Korrektur wäre, geht man mangels Tarifautomatik von der konstitutiven Wirkung aus, nicht durch bloße Umgruppierung möglich, sondern würde eine Irrtumsanfechtung oder Änderungskündigung erfordern.⁸⁵⁹ Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der Arbeitsvertrag durch die Bezugnahme genau das widerspiegeln soll, was sonst tarifrechtlich gelten würde.⁸⁶⁰ Deshalb könnte man entgegengesetzt zur vorangestellten Ansicht zu dem Schluss kommen, dass die Angabe der Entgeltgruppe im Arbeitsvertrag nur wiedergibt, was nach den vereinbarten tariflichen Regelungen einschlägig ist, und sich auch in dem Fall die Entgeltgruppe automatisch aus den maßgeblichen Tätigkeitsmerkmalen der Vergütungsordnung ergibt.⁸⁶¹ Die vertragliche Entgeltklausel wäre also wie im Szenario der Tarifbindung rein deklaratorischer Natur. Dafür sprechen mehrere Urteile des BAG, die die Erwägung jedoch nicht näher ausführen, sondern zumeist am Rande anmerken, dass die vertragliche Bezugnahme auch die Tarifautomatik erfasse.⁸⁶² Inwiefern dabei die Tarifbindung der Arbeitgeber*in eine Rolle spielt, ist nicht eindeutig. In Abgrenzung von der früheren Auslegung als Gleichstellungsabrede sollte sie inzwischen aber auch für die Tarifautomatik, die ähnlich zur dynamischen Bezugnahme selbst konkret eine Dynamik der Eingruppierung erzeugt, nicht mehr ausschlaggebend sein. Selbst bei vertraglicher

⁸⁵⁷ Greiner, in: Preis (Hrsg.), Der Arbeitsvertrag, 6. Aufl. 2020, Teil II A 70 Rn. 50.

⁸⁵⁸ Greiner, in: Preis (Hrsg.), Der Arbeitsvertrag, 6. Aufl. 2020, Teil II A 70 Rn. 50.

⁸⁵⁹ BAG, Urt. v. 18.10.2018 – 6 AZR 246/17, NZA-RR 2019, 102, 104; Greiner, in: Preis (Hrsg.), Der Arbeitsvertrag, 6. Aufl. 2020, Teil II A 70 Rn. 54.

⁸⁶⁰ BAG, Urt. v. 7.12.1977 – 4 AZR 474/76, juris, Rn. 13; BAG, Urt. v. 14.9.1994 – 4 AZR 589/93, juris, Rn. 42.

⁸⁶¹ Groeger/Natter, 3. Aufl. 2020, § 23 Rn. 37.

⁸⁶² BAG, Urt. v. 11.4.2018 – 4 AZR 265/17, BeckRS 2018, 22972; BAG, Urt. v. 11.4.2018 – 4 AZR 119/17, NZA 2018, 1273, 1275; BAG, Urt. v. 1.7.2009 – 4 AZR 234/08, NZA-RR 2010, 80, 81.

Bezugnahme auf einen Tarifvertrag soll es möglich sein, die Geltung der Tarifautomatik auszuschließen, wenn die Arbeitsvertragsparteien eine eigenständige, konstitutive Vergütungsvereinbarung treffen.⁸⁶³ Folgt man der Rechtsprechungslinie, kommt es mithin im Detail auf die vertragliche Eingruppierungsabrede und ihre Auslegung im Einzelfall an, um festzustellen, ob die Tarifautomatik greift. Wenn die Entgeltklausel von der Arbeitgeber*in formularmäßig verwendet wird, sind außerdem die §§ 305 ff. BGB einschlägig, so auch die Unklarheitenregel aus § 305c Abs. 2 BGB.⁸⁶⁴ Regelmäßig wird es sich aber, wenn sich die Vertragsklausel auch auf die Vergütungsordnung eines konkreten Tarifvertrags bezieht, um rein deklaratorische Entgeltabreden handeln. Selbst die Formulierung, die Eingruppierung erfolge „kraft des Arbeitsvertrags“, soll nichts daran ändern.⁸⁶⁵ Nach der Rechtsprechung ist also davon auszugehen, dass auch bei vertraglicher Inbezugnahme eines Tarifvertrags im Regelfall die Tarifautomatik gilt. Das würde im Anwendungsbereich des Besserstellungsverbots dazu führen, dass die Beschäftigten der Zuwendungsempfänger*innen, in deren Arbeitsverträgen der TVöD vertraglich in Bezug genommen wird, grundsätzlich entsprechend dem Tarifniveau vergütet werden und automatisch von Tariflohnerhöhungen profitieren. Die Nachteile, die davon ausgehen, dass das Besserstellungsverbot untertarifliche Arbeitsbedingungen gestattet, indem es die Maßstäbe des TVöD als potentiell unterschreitbare Obergrenze auferlegt, würden dadurch ausgehebelt. Es entstünde ein arbeitsrechtlicher Anspruch gerichtet auf die Gleichbehandlung mit den Beschäftigten des Bundes nach dem TVöD.⁸⁶⁶ Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass Änderungen im TVöD oder dem TVEntgO Bund, die nach der Zuwendungsbewilligung erfolgen, nicht automatisch zur zuwendungsrechtlichen Nachbewilligung erhöhter Personalkosten führen.⁸⁶⁷ Gleichzeitig wird der Vertrauensschutz der Arbeitnehmer*innen durch die Kehrseite der Tarifautomatik, namentlich die Möglichkeit der korrigierenden Rückgruppierung, erheblich beschränkt. Mithin ist maßgeblich, inwiefern die Zuwendungsempfänger*in die vertragliche Bezugnahmeklausel sowie die Entgeltabrede ausgestaltet. Solange nicht ausdrücklich eine eigenständige Entgeltklausel formuliert ist, bleibt es bei der

⁸⁶³ S. dazu näher bei den Formulierungsvorschlägen unter Teil 3 C.

⁸⁶⁴ BAG, Urt. v. 1.7.2009 – 4 AZR 234/08, NZA-RR 2010, 80, 81.

⁸⁶⁵ BAG, Urt. v. 1.7.2009 – 4 AZR 234/08, NZA-RR 2010, 80, 81.

⁸⁶⁶ *Präsident des Bundesrechnungshofes*, Prüfung der Vergabe und Bewirtschaftung von Zuwendungen, 2. Aufl. 2016, S. 157.

⁸⁶⁷ Vgl. *Bundesverwaltungsamt*, Fördergrundsätze für Zuwendungen aus dem Europäischen Sozialfonds im Bundesverwaltungsamt, 3. Aufl. September 2018, S. 25.

vertraglichen Bezugnahme auf einen Tarifvertrag in der Regel auch bei dessen Tarifautomatik. Das gilt auch für Zuwendungsempfänger*innen und ihre Beschäftigten.

Damit bleibt allein das Szenario, dass die Zuwendungsempfänger*in den TVöD nicht vertraglich in Bezug nimmt, sondern ihn in Anlehnung an das Besserstellungsverbot nur mittelbar als tatsächliche Obergrenze der Arbeitsbedingungen heranzieht. Die Entgeltklausel kann sich beispielsweise entsprechend an den Entgeltgruppen des TVöD orientieren, ohne sie eins zu eins zu übernehmen. Dabei ist besondere Vorsicht geboten, denn selbst eine konstitutive vertragliche Eingruppierungsklausel kann auch ohne explizite vertragliche Inbezugnahme des TVöD möglicherweise als kleine dynamische Bezugnahme auf den Tarifvertrag ausgelegt werden.⁸⁶⁸ Das würde sich wiederum auf die inhaltliche Ausgestaltung des gesamten Arbeitsverhältnisses auswirken, weshalb auch und gerade bei fehlender vertraglicher Bezugnahme aus Arbeitgeber*innensicht besondere Vorsicht bei der Formulierung der Entgeltabrede geboten ist.⁸⁶⁹ Wird der TVöD jedoch nicht vertraglich in Bezug genommen und auch im Vertrag keine explizite tarifvertragliche Entgeltgruppe genannt, was als eine solche Inbezugnahme ausgelegt werden könnte, stellt sich die Frage, wie die Arbeitnehmer*in der Zuwendungsempfänger*in mit der entsprechenden Bundesbeschäftigten verglichen werden soll: Schwierigkeiten bereitet es dann bereits, die vergleichbare Bundesbeschäftigte zu ermitteln. Die Prüfung, ob das Besserstellungsverbot eingehalten wird, wird dadurch erheblich erschwert. Wie oben geschildert kann man vertreten, dass allein aus diesem Grund ein zuwendungsrechtlicher Verstoß vorliegt. Jedenfalls müsste der Eingruppierungsvorgang, der zum konkreten Gehalt geführt hat, mindestens im Nachhinein nachvollzogen werden, damit die Einhaltung des Besserstellungsverbots überprüft werden kann. Eine gleichwohl automatisch erfolgte Eingruppierung, auch ohne deren vertragliche Vereinbarung, scheidet wie geschildert mangels Geltung der Tarifautomatik aus, und damit auch die Möglichkeit der korrigierenden Rückgruppierung.

⁸⁶⁸ So vertreten von *Greiner*, in: Preis (Hrsg.), *Der Arbeitsvertrag*, 6. Aufl. 2020, Teil II A 70 Rn. 51. S. dazu näher die Formulierungsvorschläge unter Teil 3 C.

⁸⁶⁹ S. deshalb die Formulierungsvorschläge unter Teil 3 C.

(3) Vergütungshöhe nach dem TVöD

Eine weitere Besonderheit der Eingruppierungsregelungen im öffentlichen Dienst sind die sogenannten Stufenregelungen im Sinne von §§ 16, 17 TVöD. Ihnen zufolge bestehen für jede Entgeltgruppe verschiedene Stufen mit entsprechend angepasstem Gehalt, die mit steigender Berufserfahrung durchlaufen werden. Fraglich ist, ob die Stufenregelungen auch für die Zuwendungsempfänger*in Anwendung finden und wenn ja, wie sie unter Einhaltung des Besserstellungsverbots umgesetzt werden können. Zum einen geht es darum, unter welchen Umständen bei der Neueinstellung einer Arbeitnehmer*in durch die Zuwendungsempfänger*in förderliche Zeiten aus der vergangenen Berufslaufbahn berücksichtigt werden. In erster Linie hängt das von der Bereitschaft der Zuwendungsempfänger*in ab. An dieser Stelle ist zu ermitteln, inwiefern eine solche Anerkennung mit den Vorgaben des Besserstellungsverbots verträglich ist. Zum anderen stellt sich die Frage, ob bei der Zuwendungsempfänger*in ein Bewährungsaufstieg im Sinne der Stufenregelungen des TVöD stattfindet, je nachdem, wie die Eingruppierungsregeln für das Arbeitsverhältnis wirken. Das hängt unter anderem maßgeblich von der soeben diskutierten Problemstellung ab, ob die Tarifautomatik greift oder nicht. Grundsätzlich soll nach Angaben des Bundesverwaltungsamts bei einer Neueinstellung durch die Zuwendungsempfänger*in die Eingruppierung in Erfahrungsstufe 1 erfolgen; nur ausnahmsweise kann bei einschlägiger Berufserfahrung eine höhere Eingruppierung anerkannt werden.⁸⁷⁰ Hinzuweisen ist außerdem auf § 16 Abs. 6 TVöD, der „zur Deckung des Personalbedarfs oder zur Bindung von qualifizierten Fachkräften“ die Zahlung von Zulagen ermöglicht. Auf den ersten Blick wirkt das wie eine Option, in bestimmten Fällen unter Wahrung des Besserstellungsverbots übertarifliche Löhne zu zahlen. Es zeigt sich jedoch schnell, dass die Anforderungen an § 16 Abs. 6 TVöD hoch sind: Nur, wenn die Arbeitgeber*in tatsächlich Schwierigkeiten bei der Personalgewinnung für eine konkrete Stelle hat, dient die Zulage tatsächlich der Gewinnung von Personalbedarf.⁸⁷¹ Das kann dann der Fall sein, wenn es sich um besonders gesuchte Berufsgruppen handelt, ein ortsbezogener Bewerbermangel vorliegt oder aus anderen Gründen nur wenige Bewerbungen eingehen.⁸⁷²

⁸⁷⁰ *Bundesverwaltungsamt*, Fördergrundsätze für Zuwendungen aus dem Europäischen Sozialfonds im Bundesverwaltungsamt, 3. Aufl. September 2018, S. 26.

⁸⁷¹ BGH, Urt. v. 24.5.2016 – 4 StR 440/15, NJW 2016, 3734, 3736.

⁸⁷² *Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat*, Rundschreiben vom 7. Mai 2019, D5-31002/55#7, 7.5.2019, S. 20.

Zuwendungsempfänger*innen sollten also sorgfältig überprüfen, ob die Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen, bevor sie eine übertarifliche Zulage auf der Grundlage von § 16 Abs. 6 TVöD gewähren.

Im Regelfall orientiert sich die Vergütung der Beschäftigten der Zuwendungsempfänger*in jedenfalls inhaltlich am TVEntgO Bund, unabhängig von der rechtstechnischen Wirkweise. Um das konkret bezifferte Gehalt der Zuwendungsempfänger*in in Bezug zu den Entgeltgruppen des TVöD quantitativ einzuordnen, können die Personalkostensätze des öffentlichen Dienstes ein zusätzlicher Anhaltspunkt sein. Die Personalkostensätze werden vom BMF berechnet und beschreiben numerisch, welche Kosten in einem Jahr aus einem auf dem TVöD beruhenden Arbeitsverhältnis erwachsen.⁸⁷³ Interessant daran ist allen voran die Möglichkeit, über den Gesamtvergleich aller Arbeitnehmer*innen wiederum Abweichungen bei einzelnen Arbeitnehmer*innen im Lichte der zuwendungsrechtlichen Vorgaben ausgleichen zu können. Ähnlich wie bei der Argumentation zur Gesamtabwägung der Arbeitsbedingungen wird der Arbeitgeber*in damit größerer Gestaltungsspielraum zugestanden. So steht ihr die Möglichkeit offen, eine Arbeitnehmer*in über dem Gehaltsniveau des TVöD zu entlohnen, solange die Summe der übrigen Arbeitnehmer*innen das wieder ausgleicht. Dagegen spricht allerdings, dass die Personalkostensätze nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung einzeln für jede Arbeitnehmer*in als Vergleichspunkt dienen, nicht hingegen hochgerechnet auf die Gesamtheit aller Arbeitnehmer*innen.⁸⁷⁴ Außerdem würden einzelne Arbeitnehmer*innen benachteiligt, die untertarifliche Arbeitsbedingungen in Kauf nehmen müssten, um die übertarifliche Entlohnung anderer Arbeitnehmer*innen zuwendungsrechtlich zu ermöglichen. Deshalb gilt: Die Personalausgaben sind für jede Beschäftigte einzeln zu berechnen und vergleichen.⁸⁷⁵ Die Anlehnung an die Personalkostensätze kann ohnehin keine Alternative zur Eingruppierung der Beschäftigten der Zuwendungsempfänger*in sein, sondern sie nur

⁸⁷³ S. bspw. *Bundesministerium der Finanzen*, Personal- und Sachkosten in der Bundesverwaltung für Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen, Schreiben v. 18.6.2020, https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Oeffentliche_Finanzen/Bundshaushalt/personalkostensaetze-2019-anl.pdf?__blob=publicationFile&v=4, zuletzt aufgerufen am 20.7.2021. Außerdem *Dittrich*, BHO, 60. Aktual. 2021, § 44 Erl. 31.4.

⁸⁷⁴ OVG Niedersachsen, Beschl. v. 9.7.2013 – 8 LA 102/12, BeckRS 2013, 53658; OVG Niedersachsen, Urt. v. 26.9.2013 – 8 LC 208/12, BeckRS 2013, 57074.

⁸⁷⁵ *Dittrich*, BHO, 60. Aktual. 2021, § 44 Erl. 31.4.

ergänzen: Die jeweils einschlägigen Personalkostensätze beruhen schließlich auf den einzelnen Vergütungsgruppen des TVöD. Durch die konkrete Bezifferbarkeit wird der Vergleich jedoch über die Informationen, die sich aus der Entgelttabelle ziehen lassen, erleichtert. Nicht ohne Grund dienen die Personalkostensätze beispielsweise bei nicht dem Besserstellungsverbot unterliegenden Zuwendungsempfänger*innen dazu, die Einhaltung der Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu überprüfen.⁸⁷⁶ Aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung ist es sachgerecht, sie im Rahmen des Besserstellungsverbots ebenso heranzuziehen.⁸⁷⁷ Nichtsdestotrotz beseitigt die Zuhilfenahme der Personalkostensätze nicht das Risiko der unrichtigen Eingruppierung und damit einer Rückforderung auf Grundlage des Besserstellungsverbots.

Abschließend ist erneut hervorzuheben, wie wichtig die Eingruppierungsentscheidung für die dem Besserstellungsverbot unterfallenden Arbeitsverhältnisse ist: Es geht dabei nicht nur darum, die vergleichbaren Beschäftigten im öffentlichen Dienst zu ermitteln, sondern auch um das Entgelt als einen der wirtschaftlich größten Kostenfaktoren der Zuwendungsvergabe. Unabhängig davon, warum eine Arbeitnehmer*in der Zuwendungsempfänger*in höher vergütet wird als eine vergleichbare Bundesbeschäftigte, liegt ein Verstoß gegen das Besserstellungsverbot vor.⁸⁷⁸ Die Grundsätze der Eingruppierung im öffentlichen Dienst sind dabei nur mit Vorsicht übertragbar, abhängig von der konkreten Formulierung und Auslegung der arbeitsvertraglichen Entgeltklausel der nicht tarifgebundenen Zuwendungsempfänger*in.

3. Kriterium der Besserstellung

Sobald feststeht, welche Arbeitsbedingungen als Bezugspunkt dienen und welche Arbeitnehmer*in des öffentlichen Dienstes vergleichend herangezogen wird, ist die entscheidende Beurteilung vorzunehmen, ob die Beschäftigte der Zuwendungsempfänger*in bessergestellt wird. Was ist „besser“ im Sinne des Besserstellungsverbots? Auf wessen Perspektive kommt es dafür an? In Betracht

⁸⁷⁶ *Bundesverwaltungsamt*, Fördergrundsätze für Zuwendungen aus dem Europäischen Sozialfonds im Bundesverwaltungsamt, 3. Aufl. September 2018, S. 26.

⁸⁷⁷ *Dittrich*, BHO, 60. Aktual. 2021, § 44 Erl. 31.4.

⁸⁷⁸ Vgl. VG Lüneburg, Urt. v. 27.7.2016 – 5 A 224/14, BeckRS 2016, 49818.

kommt einerseits die einzelne Bewertung jeder Arbeitnehmer*in der Zuwendungsempfänger*in, sowie andererseits eine Gesamtbeurteilung aller Beschäftigten; außerdem ist jeweils eine objektive oder auch subjektive Perspektive auf die Besserstellung möglich.

Zunächst muss man festlegen, ob es um die Besserstellung der einzelnen Arbeitnehmer*in geht, oder ob es auf die Gesamtheit der Beschäftigten der Zuwendungsempfänger*in ankommt. Der Wortlaut von § 8 Abs. 2 HG Bund spricht sowohl von den Beschäftigten der Zuwendungsempfänger*in als auch den vergleichbaren Bundesbeschäftigten in der Mehrzahl, was auf eine Gesamtbetrachtung hindeuten könnte. Außerdem kommt es im Hinblick auf die sparsame Mittelverwendung im Ergebnis auf den Gesamteindruck an, somit auch auf die Gesamtheit der Arbeitsbedingungen aller Beschäftigten. Gegen die Gesamtbetrachtung spricht jedoch, dass auf dem Weg zu dem Werturteil im ersten Schritt jede Arbeitnehmer*in der jeweils vergleichbaren Beschäftigten des öffentlichen Dienstes einzeln gegenübergestellt werden muss. Dann kann bereits auf der Ebene dieses Vergleichs ein Urteil über die Besserstellung im Einzelfall gefällt werden, zumal Verstöße dadurch konkreter hervorgehoben und beseitigt werden können. Insbesondere ist die Besserstellung der einzelnen Arbeitnehmer*in durch die besprochene Frage nach dem Bezugsobjekt determiniert: Geht man wie hier vertreten davon aus, dass eine Gesamtabwägung aller monetären Arbeitsbedingungen stattfindet und die übrigen Arbeitsbedingungen in Anlehnung an das Günstigkeitsprinzip sachgruppenbezogen verglichen werden, ergeben sich für jede individuelle Arbeitnehmer*in bereits mehrere Gegenüberstellungen mit der entsprechenden Beschäftigten des öffentlichen Dienstes. Würde man dann für die Feststellung eines Verstoßes gegen das Besserstellungsverbot noch dazu fordern, im nächsten Schritt die Besserstellung der gesamten Belegschaft der Zuwendungsempfänger*in als Ganzes zu untersuchen, würde der Prozess extrem kompliziert und unübersichtlich werden. Aufgrund der ohnehin bestehenden, zahlreichen Rechtsunsicherheiten ist das eine Bürde, die der Zuwendungsempfänger*in nicht zusätzlich auferlegt werden kann. Eine solche Vorgehensweise wäre auch nicht im Sinne der Verwaltung, deren Aufwand bei der Bewilligung und Nachprüfung der Zuwendung ebenfalls stiege. Beruft man sich erneut

auf das Günstigkeitsprinzip, könnte man in Erwägung ziehen, den tarifvertraglichen Maßstab der Günstigkeit auf die Besserstellung zu übertragen: Auch der Bundesrechnungshof sagt, dass nach dem Besserstellungsverbot „günstigere Arbeitsbedingungen als beim Bund zu vermeiden“⁸⁷⁹ sind und nimmt damit auf die Begrifflichkeit des § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG Bezug. Es kommt beim Günstigkeitsprinzip hinsichtlich individueller Rechte, beispielsweise aus dem Individualarbeitsvertrag, unstreitig auf die individuelle Arbeitnehmer*in und nicht kollektiv auf die Belegschaft an.⁸⁸⁰ Das geht jedoch darauf zurück, dass das tarifrechtliche Günstigkeitsprinzip gerade die Privatautonomie vor dem nachteiligen Zugriff durch die Kollektivmacht schützen will,⁸⁸¹ was für das haushaltsrechtliche Besserstellungsverbot wiederum keinerlei Relevanz hat. Im Ergebnis ist die Frage nach der Einzelbetrachtung für die Feststellung einer Besserstellung parallel zur Frage, ob die Personalausgaben aller Beschäftigten gemeinsam herangezogen werden oder sie nur jeweils arbeitnehmer*innenbezogen eine Rolle spielen. Der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung zufolge soll es wie festgestellt um die Kosten für jede einzelne Arbeitnehmer*in gehen,⁸⁸² was auch für das Kriterium der Besserstellung als Einzelbetrachtung spricht. Entscheidend ist, dass das Gesamturteil erst aus den Einzelurteilen zustande kommen kann, sodass es vorzugswürdig ist, zugunsten der Umsetzbarkeit und Praktikabilität die Besserstellung für jede Arbeitnehmer*in einzeln festzustellen. Eine darüber hinausgehende, zusammengefasste Prüfung der Besserstellung der Beschäftigten insgesamt ist nicht weiter zielführend.

Über den Vergleichsgegenstand hinaus kommt es zudem darauf an, ob die jeweils als Bezugsobjekt zusammengehörigen Arbeitsbedingungen objektiv oder subjektiv miteinander verglichen werden. § 8 Abs. 2 HG Bund macht dazu keine Angaben. Aus dem teleologischen Gesamtzusammenhang, insbesondere den zugrundeliegenden Haushaltsgrundsätzen, ergibt sich jedoch, dass der Gesetzgeber mit dem Besserstellungsverbot vornehmlich wirtschaftliche Faktoren im Blick hat. Das deutet

⁸⁷⁹ *Präsident des Bundesrechnungshofes*, Prüfung der Vergabe und Bewirtschaftung von Zuwendungen, 2. Aufl. 2016, S. 162.

⁸⁸⁰ *Greiner*, in: Henssler/Moll/Bepler (Hrsg.), *Der Tarifvertrag*, 2. Aufl. 2016, Teil 9 Rn. 207; *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 4 Rn. 589; *Wiedemann/Wank*, 8. Aufl. 2019, § 4 Rn. 492, jew. m.w.N.

⁸⁸¹ Vgl. *Wiedemann/Wank*, 8. Aufl. 2019, § 4 Rn. 492; der Individualvergleich beim Günstigkeitsprinzip ist allerdings auch begründet in dessen Schutzzweck und tarifrechtlichen Erwägungen, s. dazu *Belling*, *Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht*, 1984, S. 173 f.

⁸⁸² S. oben unter Teil 3 A. II. 1.

darauf hin, dass alle Arbeitsbedingungen, die höhere Personalausgaben verursachen, als Besserstellung auszulegen sind. Statt der Auffassung der einzelnen Arbeitnehmer*in stehen die wirtschaftlichen Kosten als objektiver Günstigkeitsmaßstab im Vordergrund. Schwierigkeiten könnten sich dann allein bei nicht monetär bemessbaren Arbeitsbedingungen ergeben: Ist der dahinterstehende Wert nicht konkret bezifferbar und damit im wirtschaftlichen Sinn objektivierbar, müssen andere Maßstäbe herhalten. Das tarifrechtliche Günstigkeitsprinzip kann erneut als Auslegungshilfe erwogen werden. Wie erwähnt wird die Günstigkeit im Sinne von § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG grundsätzlich objektiv, allerdings mit einem subjektiven Einschlag, beurteilt. Nach herrschender Meinung kommt es darauf an, wie eine verständig abwägende Arbeitnehmer*in unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls die arbeitsvertragliche Bestimmung im Vergleich zur entsprechenden tarifvertraglichen Bestimmung objektiv einschätzen würde.⁸⁸³ Das erinnert ein wenig an das herrschende Verständnis vom objektiven Empfängerhorizont, für den es gleichermaßen auf einen verständigen Dritten ankommt, wobei subjektiv angelehnte Elemente wie die Verkehrsauffassung und die Umstände des Rechtsgeschäfts dennoch Berücksichtigung finden.⁸⁸⁴ Übertragen auf das Besserstellungsverbot würde das bedeuten, dass es für die nicht monetären Arbeitsbedingungen auf die objektivierbare Sicht einer hypothetischen Arbeitnehmer*in ankäme. Fraglich ist, ob das zielführend und praktikabel ist. Zumindest die Begriffe der Günstigkeit und der Besserstellung ähneln sich in ihrer Schutzrichtung, weil sie die Vorteile der Arbeitnehmer*in vergleichend in den Mittelpunkt stellen. § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG ist jedoch viel stärker individualschützend, während subjektive Faktoren im Besserstellungsverbot keinerlei Niederschlag finden. Durch die objektive Komponente im Günstigkeitsvergleich soll zudem der Tarifvertrag geschützt werden, dessen Unabdingbarkeit in § 4 Abs. 1 TVG gewährleistet und durch das Günstigkeitsprinzip durchbrochen wird.⁸⁸⁵ Mangels Tarifbindung greift die Erwägung beim Besserstellungsverbot nicht, es geht eher um den Schutz der wirtschaftlichen Zuwendungsverwendung. Daraus ergibt sich, dass die Maßstäbe des tarifvertraglichen

⁸⁸³ Vgl. m.w.N. BAG, Urt. v. 15.4.2015 – 4 AZR 587/13, NZA 2015, 1274, 1277 Rn. 30; ErfK/*Franzen*, 21. Aufl. 2021, § 4 TVG Rn. 39; *Greiner*, in: Henssler/Moll/Bepler (Hrsg.), *Der Tarifvertrag*, 2. Aufl. 2016, Teil 9 Rn. 207; *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 4 Rn. 626.

⁸⁸⁴ S. im Überblick nur MüKoBGB/*Busche*, 8. Aufl. 2018, § 133 BGB Rn. 12.

⁸⁸⁵ *Belling*, *Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht*, 1984, S. 175; vgl. ErfK/*Franzen*, 21. Aufl. 2021, § 4 TVG Rn. 40; *Wiedemann/Wank*, 8. Aufl. 2019, § 4 Rn. 497.

Günstigkeitsprinzips nur eingeschränkt übertragbar sind, soweit sie einerseits über das Individualinteresse der Arbeitnehmer*in hinausgehen und andererseits losgelöst vom Schutz des Tarifvertrags auch für das Besserstellungsverbot Bestand haben. Subjektive Gesichtspunkte können für das Besserstellungsverbot deshalb nicht berücksichtigt werden. Insofern gibt eher die rein quantitative Betrachtung des tarifvertraglichen Günstigkeitsvergleichs Aufschluss über die passende Perspektive auf das Besserstellungsverbot: Kommt der Arbeitnehmer*in individualvertraglich „messbar mehr an Leistungen zu“, steht die Günstigkeit gegenüber der tarifvertraglichen Regelung außer Zweifel.⁸⁸⁶ So sollte auch das Besserstellungsverbot ausgelegt werden: Weil dort aufgrund seiner haushaltsrechtlichen Verankerung das Staatsinteresse der sparsamen Haushaltsmittelverwendung Vorrang gegenüber Vertrags- und Tarifautonomie genießt, muss es in erster Linie um wirtschaftliche und damit verobjektivierte Begünstigungen gehen. Bezogen auf das Entgelt, das durch die Eingruppierung bestimmt ist, liegt demnach eine Besserstellung derjenigen Arbeitnehmer*in vor, die in eine höhere Entgeltgruppe eingruppiert ist und damit ein höheres Gehalt erhält, obwohl sich die Tätigkeiten und sonstige charakteristische Merkmale der Beschäftigung weitestgehend ähneln.

III. Zwischenfazit

Dem BAG⁸⁸⁷ zustimmend zeugen die Ausführungen zu den Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Günstigkeitsprinzip davon, dass die Bedeutung der Begriffe „nicht besser stellen“ und „vergleichbare Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Bundes“ nicht hinreichend klar ist, um sämtliche aufkommende Fragestellungen ohne Zweifel abzuhandeln. Das erzeugt auf allen Seiten extrem hohe Rechtsunsicherheit, zumal über die Handreichung des Bundesrechnungshofs⁸⁸⁸ hinaus keine allgemeingültigen Leitlinien zur Handhabung des Besserstellungsverbots bestehen, und auch die spärlichen Vorgaben des Bundesrechnungshofs nicht der konkreten Maßstabildung zuträglich sind. Aus der verwaltungs- sowie arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung ergeben sich zwar einige Anhaltspunkte, doch es kann nicht das Ziel sein, einen Flickenteppich an Interpretationsmöglichkeiten aufrechtzuerhalten. Damit sind die Grenzen eines Verstoßes gegen das Besserstellungsverbots unter anderem

⁸⁸⁶ Wiedemann/Wank, 8. Aufl. 2019, § 4 Rn. 471.

⁸⁸⁷ BAG, Beschl. v. 3.5.2006 – 1 ABR 63/04, NZA 2007, 285 ff.

⁸⁸⁸ *Präsident des Bundesrechnungshofes*, Prüfung der Vergabe und Bewirtschaftung von Zuwendungen, 2. Aufl. 2016.

vom guten Willen der entsprechenden Bewilligungsbehörden abhängig; erhebliche regionale und themenbezogene Unterschiede bei der Beurteilung sind nicht nur denkbar, sondern wahrscheinlich. Am überzeugendsten ist es, das Besserstellungsverbot folgendermaßen zu interpretieren: Zunächst geht es darum, die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer*in bei der Zuwendungsempfänger*in in die monetären und nicht monetären Komponenten aufzugliedern. In den beiden Kategorien werden wiederum - soweit möglich - Sachgruppen gebildet. Anschließend wird die Eingruppierung als Grundlage des vertraglich vereinbarten Entgelts überprüft und über die Entgeltgruppe des TVEntgO Bund die hypothetische vergleichbare Beschäftigte des öffentlichen Dienstes ermittelt. Durch die Gegenüberstellung der Arbeitnehmer*in mit der Vergleichsfigur können nun die Personalkosten der Sachgruppen innerhalb der monetären Arbeitsbedingungen auf eine Besserstellung hin untersucht werden. Dabei gilt: Jedes „Mehr“ an Kosten gegenüber dem öffentlichen Dienst verstößt gegen das Besserstellungsverbot. Die nicht monetären Arbeitsbedingungen werden isoliert den entsprechenden Vorgaben des TVöD gegenübergestellt. Der Maßstab der Besserstellung wird dabei soweit möglich ebenfalls quantitativ objektiviert. So werden Verstöße der Zuwendungsempfänger*in gegen das Besserstellungsverbot über arbeitsrechtliche Bezugspunkte ermittelt.

B. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Besserstellungsverbot

Trotz aller Vorgaben kommt es häufig zu Verstößen gegen das Besserstellungsverbot. Wie geschildert hat das nicht nur zuwendungsrechtliche Folgen, die sich im Verhältnis zwischen der Zuwendungsempfänger*in und dem Staat als Zuwendungsgeber auswirken. Es kann im nächsten Schritt auch Konsequenzen für die Beschäftigten der Zuwendungsempfänger*in geben, die im Kern arbeitsrechtlicher Natur sind. Welche Rechtsfolgen ein Verstoß sowohl auf der verwaltungs- als auch der arbeitsrechtlichen Ebene mit sich bringt, wird nachfolgend erläutert.

I. Im Verhältnis zwischen Zuwendungsempfänger*in und Zuwendungsgeber*in

Das Verhältnis zwischen der Zuwendungsempfänger*in und dem Staat als Zuwendungsgeber ist, wie die Zuwendungsvergabe an sich, verwaltungsrechtlich determiniert. Als Gegenstück ergeben sich bei einem Verstoß gegen das Besserstellungsverbot, das über die allgemeinen Nebenbestimmungen als Auflage

zum Zuwendungsbescheid formuliert wird, verwaltungsrechtliche Rückforderungsansprüche: Gegenüber der Zuwendungsempfänger*in können sowohl der Zuwendungsbescheid gemäß § 49 Abs. 2, 3 VwVfG widerrufen als auch der Erstattungsanspruch aus § 49a VwVfG geltend gemacht werden. Aufgrund des komplexen verwaltungsrechtlichen Schwerpunkts sollen die Rückforderungsansprüche zwischen dem Staat als Zuwendungsgeber und der Zuwendungsempfänger*in nicht im Mittelpunkt der Rechtsfolgenbetrachtung stehen; sie sind aber von darüber hinausgehender Bedeutung, soweit sie Rückschlüsse auf das dadurch vermittelte Verhalten der Zuwendungsempfänger*in gegenüber ihren Beschäftigten zulassen. In gebotener Kürze soll deshalb die verwaltungsrechtliche Seite der Konsequenzen eines Verstoßes gegen das Besserstellungsverbot erläutert werden.

Ausgangspunkt der verwaltungsrechtlichen Erwägungen ist, dass das Besserstellungsverbot nach den allgemeinen Nebenbestimmungen eine an die Zuwendungsbewilligung als Verwaltungsakt geknüpfte Auflage bildet. Verstößt eine Adressat*in gegen Auflagen im Verwaltungsakt, also beispielsweise gegen die Vorgaben des Besserstellungsverbots, hat die bewilligende Behörde regelmäßig ein Interesse daran, den Verwaltungsakt in Gestalt des Zuwendungsbescheids aufzuheben. War der Zuwendungsbescheid rechtmäßig, wovon vorliegend der Einfachheit halber auszugehen ist, kommt dazu der Widerruf wegen der Nichterfüllung von Auflagen gemäß § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VwVfG in Betracht. Die Behörde kann bei Rückforderungsansprüchen grundsätzlich nach pflichtgemäßem Ermessen entscheiden, in welchem Umfang und mit welcher Wirkung sie den Widerruf ausübt.⁸⁸⁹ VV-BHO § 44 Nr. 8 beinhaltet aber bestimmte Vorgaben für den Widerruf von Zuwendungen: Nach VV-BHO § 44 Nr. 8.3 S. 1 sollen die Interessen der Zuwendungsempfänger*in und das öffentliche Interesse dabei gleichermaßen berücksichtigt werden. Das Ermessen der Behörde verdichtet sich jedoch vor dem Hintergrund der Haushaltsgrundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit aus § 7 Abs. 1 BHO dahingehend, dass sie den Zuwendungsbescheid regelmäßig widerrufen muss.⁸⁹⁰ Beim Verstoß gegen das Besserstellungsverbot ergibt sich zusätzlich die

⁸⁸⁹ Das ergibt sich aus § 49 Abs. 1 bis 3 VwVfG; BeckOK VwVfG/*Abel*, 48. Aufl. 2020, § 49 VwVfG Rn. 9; *Sachs*, in: *Sachs/Schmitz* (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 49 VwVfG Rn. 8.

⁸⁹⁰ BVerwG, Urt. v. 26.6.2002 – 8 C 30/01, NVwZ 2003, 221, 223; OVG Münster, Urt. v. 14.11.2002 – 12 A 5021/00, NVwZ-RR 2003, 473, 474; *Folnovic/Hellriegel*, NVwZ 2016, 638, 639.

Besonderheit, dass nicht nur gegen eine Auflage verstoßen wird, sondern die Zuwendung zugleich zweckwidrig verwendet wurde im Sinne von § 49 Abs. 3 Nr. 1 VwVfG.⁸⁹¹ Die Zuwendung gilt deshalb als zweckwidrig verwendet, weil die Mehrausgaben für Personal, die über das Tarifniveau des öffentlichen Dienstes hinaus gehen, nicht zur Erfüllung des Zuwendungszwecks notwendig waren.⁸⁹² Das hat wiederum zur Folge, dass das Ermessen gemäß VV-BHO § 44 Nr. 8.2.3 sogar derart begrenzt ist, dass die Zuwendung regelmäßig zurückzufordern ist; die Ermessenausübung ist im Regelfall nicht näher zu begründen.⁸⁹³ Dennoch kann es in Sonderfällen als Ermessensausfall zu werten sein, wenn die Ermessensausübung gänzlich versäumt wurde,⁸⁹⁴ weshalb die Behörde besondere Vorsicht walten lassen muss. Der Widerruf des Zuwendungsbescheids kann also sowohl auf § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VwVfG als auch auf § 49 Abs. 3 Nr. 1 VwVfG gestützt werden, wobei die weiteren Widerrufsvoraussetzungen identisch sind. § 49 Abs. 3 Nr. 1 VwVfG ist jedoch vorrangig anzuwenden. Man kann vertreten, dass § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VwVfG schon gar keine eigene Fallgruppe sei.⁸⁹⁵ Jedenfalls verweist VV-BHO § 44 Nr. 8.2.3 für den Widerruf von Zuwendungsbewilligungen explizit auf § 49 Abs. 3 VwVfG. Beim Verstoß gegen das Besserstellungsverbot ist der Widerruf wegen zweckwidriger Verwendung mithin zum einen praktisch relevanter, zum anderen ist er für die Zuwendungsempfänger*in heikler, weil das Ermessen der Behörde wie beschrieben reduziert ist. Dass die Einhaltung des Besserstellungsverbots für die Zuwendungsempfänger*in höchste Priorität haben sollte, wird dadurch verdeutlicht, dass der Verstoß dagegen rein tatbestandlich zum Gesamtwiderruf der Zuwendung führen kann.⁸⁹⁶ Zudem ist der Vertrauensschutz der Zuwendungsempfänger*in stark eingeschränkt; die Erstattung des Vermögensnachteils aus § 49 Abs. 6 VwVfG kommt bei einem Verstoß gegen das Besserstellungsverbot nicht in Betracht, weil der Widerruf des Verwaltungsaktes durch

⁸⁹¹ *Präsident des Bundesrechnungshofes*, Prüfung der Vergabe und Bewirtschaftung von Zuwendungen, 2. Aufl. 2016, S. 198, Fn. 197; *Dittrich*, BHO, 60. Aktual. 2021, § 44 Erl. 59.1.

⁸⁹² *Dittrich*, BHO, 60. Aktual. 2021, § 44 Erl. 59.1.

⁸⁹³ *Dittrich*, BHO, 60. Aktual. 2021, § 44 Erl. 59.6; vgl. BVerwG, Urt. v. 10.12.2003 – 3 C 22/02, NVwZ-RR 2004, 413, 415.

⁸⁹⁴ Vgl. VG Bayreuth, Urt. v. 18.6.2014 – B 4 K 12.924, juris, Rn. 35 ff.

⁸⁹⁵ *Folnovic/Hellriegel*, NVwZ 2016, 638. Es geht dort jedenfalls, wenn man eine eigene Fallgruppe annimmt, allein darum, bei der Nichterfüllung von Auflagen den Widerruf auch mit Wirkung für die Vergangenheit vornehmen zu können; BeckOK VwVfG/*Abel*, 48. Aufl. 2020, § 49 VwVfG Rn. 81; *Sachs*, in: *Sachs/Schmitz* (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 49 VwVfG Rn. 105.

⁸⁹⁶ Vgl. *Müller/Richter/Ziekow*, *Handbuch Zuwendungsrecht*, 1. Aufl. 2017, C. Rn. 27; *Sachs*, in: *Sachs/Schmitz* (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 49 VwVfG Rn. 100.

das Verhalten der Zuwendungsempfänger*in bedingt und sie deshalb nicht schutzwürdig ist.⁸⁹⁷

Zum Punkt der Schutzwürdigkeit: Selbst, wenn die Zuwendungsempfänger*in in der Vergangenheit Zuwendungen erhalten hat, wirkt sich deren Bewilligung und nicht erfolgte Rückforderung nicht auf die Ermessensausübung hinsichtlich der aktuellen Zuwendung aus. So hielt das VG Lüneburg fest: „Aus der beanstandungslosen Bewilligung einer Zuwendung auf Grundlage der höheren Eingruppierung [...] in zurückliegenden Bewilligungszeiträumen kann der Kläger kein Recht ableiten, diese Kosten auch künftig als zuwendungsfähig anerkannt zu bekommen. Mit Erlass eines neuen Zuwendungsbescheids entsteht eine neue Grundlage für das Zuwendungsverhältnis. Der Beklagten ist es dabei unbenommen, für die neue Zuwendungsperiode die Förderbedingungen einer erneuten und ggf. sorgfältigeren Prüfung zu unterziehen.“⁸⁹⁸

Über die Rechtmäßigkeit des Zuwendungsbescheids sowie den Auflagenverstoß oder die zweckwidrige Verwendung hinaus setzt der Widerruf im Sinne von § 49 VwVfG voraus, dass die Widerrufsfrist eingehalten wird. Sie beträgt gemäß §§ 49 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 S. 2, 48 Abs. 4 VwVfG ein Jahr. Hinzuweisen ist auf den äußerst behördenfreundlichen Fristbeginn: § 48 Abs. 4 VwVfG legt den Fristbeginn auf den Zeitpunkt, in dem die Behörde von den Tatsachen Kenntnis erlangt, die die Aufhebung des Verwaltungsakts rechtfertigen. Im Zuwendungsrecht ist das der Zeitpunkt, in dem die Behörde die Verwendungsnachweise und sonstigen Unterlagen der Zuwendungsempfänger*in vollständig erhalten und konkret geprüft hat sowie die Anhörung der Zuwendungsempfänger*in abgeschlossen ist.⁸⁹⁹ Das ist unter Umständen erst dann der Fall, wenn sich über die Bewilligungsbehörde hinaus der Rechnungshof mit der Nachprüfung der Zuwendungsverwendung befasst und die Verwaltung erstmals mit dem Widerrufsgrund konfrontiert.⁹⁰⁰ Der entsprechend

⁸⁹⁷ Vgl. BeckOK VwVfG/Abel, 48. Aufl. 2020, § 49 VwVfG Rn. 91; Sachs, in: Sachs/Schmitz (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 49 VwVfG Rn. 119.

⁸⁹⁸ VG Lüneburg, Urt. v. 27.7.2016 – 5 A 224/14, BeckRS 2016, 49818.

⁸⁹⁹ *Brüning*, ZfBR 2020, 154, 157; *Folnovic/Hellriegel*, NVwZ 2016, 638, 639.

⁹⁰⁰ *Präsident des Bundesrechnungshofes*, Prüfung der Vergabe und Bewirtschaftung von Zuwendungen, 2. Aufl. 2016, S. 205; vgl. VGH München, Urt. v. 6.4.2001 – 4 B 00.334, BeckRS 2001, 21557, Rn. 22.

erhöhten zeitlichen Unsicherheit sollte sich die Zuwendungsempfänger*in bewusst sein.

Wurde die Zuwendungsbewilligung mit Wirkung für die Vergangenheit widerrufen, ergibt sich in der Folge ein Anspruch der Behörde auf Erstattung der erbrachten Leistungen aus § 49a VwVfG. Die Erstattungspflicht trifft die Zuwendungsempfänger*in. Bezieht sich der Erstattungsanspruch auf die Vergangenheit und damit auf eine bereits erbrachte Zuwendung, ist § 49a Abs. 1 S. 1 VwVfG einschlägig, der ein Spezialfall des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs ist.⁹⁰¹ Gemäß § 49a Abs. 2 S. 1 VwVfG richtet sich der Anspruchsumfang entsprechend nach §§ 812 ff. BGB. Gemäß § 49a Abs. 3 S. 1 VwVfG können für den zu erstattenden Betrag außerdem Zinsen anfallen. Da die Zuwendungsempfänger*in im Zeitpunkt der Geltendmachung regelmäßig bereits von der Zuwendung Gebrauch gemacht hat und ihre Handlungsmöglichkeiten hinsichtlich der Personalausgaben begrenzt sind, ist eine Rückforderung für sie besonders problembehaftet, dazu sogleich. Hat die Zuwendungsempfänger*in Schwierigkeiten bei der Finanzierung des Erstattungsanspruchs, kann sie beispielsweise dazu angehalten werden, Regressansprüche gegenüber ihren Beschäftigten oder Dritten geltend zu machen, eventuell vorhandenes Vermögen zu verwerten oder durch Einwerben von Drittmitteln wie Spenden den Erstattungsanspruch abzudecken.⁹⁰²

II. Im Verhältnis zwischen Zuwendungsempfänger*in und Arbeitnehmer*in

Bei der rechtlichen Beziehung zwischen der Zuwendungsempfänger*in und ihren Beschäftigten handelt es sich nicht um einen zuwendungsrechtlichen Sachverhalt, sondern um arbeitsrechtliche Vertragsverhältnisse. Aufgrund der intrinsischen Verknüpfung des Besserstellungsverbots mit den Arbeitsverhältnissen der Zuwendungsempfänger*in bleibt jedoch auch das Verhältnis zu ihren Beschäftigten nicht von den zuwendungsrechtlichen Vorgaben unberührt. Auf die Zuwendungsempfänger*in wirkende Zwänge und Ansprüche wirken im Verhältnis zu

⁹⁰¹ OVG Greifswald, Urt. v. 10.1.2007 – 2 L 101/06, NJOZ 2007, 4552, 4558; *Folnovic/Hellriegel*, NVwZ 2016, 638, 640; *Sachs*, in: *Sachs/Schmitz* (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 49a VwVfG Rn. 1.

⁹⁰² *Präsident des Bundesrechnungshofes*, *Prüfung der Vergabe und Bewirtschaftung von Zuwendungen*, 2. Aufl. 2016, S. 199 f.

ihren Beschäftigten fort und werden besonders greifbar, wenn die Zuwendungsempfänger*in ihnen gegenüber Regressansprüche geltend macht.

1. Zugrundeliegende Problematik

Dreh- und Angelpunkt des Verstoßes gegen das Besserstellungsverbot im Verhältnis zwischen Zuwendungsempfänger*in und Arbeitnehmer*in ist die Grundfrage, inwiefern ein sanktionierender Durchgriff auf die Arbeitnehmer*in möglich ist, wenn die Handlungspflicht der Arbeitgeber*in allein auf haushaltsrechtlichen Vorgaben beruht, also innerstaatlichem Binnenrecht,⁹⁰³ das im an sie gerichteten Verwaltungsakt umgesetzt wird. Die rechtliche Grundlage für etwaige Regressansprüche ist damit schwammig. Einerseits werden die Beschäftigten der Zuwendungsempfänger*in durch die Vorgaben des besserstellungsverbot nur mittelbar beeinträchtigt. Die rechtlichen Regelungen bewegen sich allesamt auf der bilateralen Ebene zwischen Staat und Zuwendungsempfänger*in und lassen die Berührungspunkte mit den Arbeitnehmer*innen außen vor. Andererseits bleibt der Arbeitgeber*in keine andere Möglichkeit, das Besserstellungsverbot einzuhalten, als die individualrechtlichen Beziehungen zu ihren Beschäftigten entsprechend anzupassen. Deshalb kommen in Folge des Widerrufs der Zuwendung wie erwähnt Regressansprüche gegenüber den Beschäftigten jedenfalls dann in Betracht, wenn die entsprechenden Personalausgaben der Grund für die Rückforderung waren. In dem Sinne kann die überkommene Rechtsprechung des Großen Senats des BAG, dem zufolge das Haushaltsrecht nicht unmittelbar in Rechte Dritter eingreifen kann,⁹⁰⁴ nur teilweise die Realität abbilden: Streng am Wortsinn orientiert mag dieser Grundsatz zwar stimmen, doch die mittelbaren Auswirkungen des Besserstellungsverbots wiegen für ebendiese Dritten genauso schwer, zumal sie nicht explizit normiert sind und deshalb besonders unübersichtlich und überraschend sein können. Außerdem kann das Besserstellungsverbot nicht schlichtweg dadurch umgangen werden, dass höhere Personalausgaben im Rahmen der Fehlbedarfsfinanzierung durch Eigenmittel finanziert werden.⁹⁰⁵ Mithin greift es im Konfliktfall zwar „nur“ mittelbar, aber unausweichlich in die Rechtsposition der Beschäftigten ein. Außerdem muss die

⁹⁰³ Vgl. *Dittrich*, BHO, 60. Aktual. 2021, S. § 44 Erl. 31.3; *Präsident des Bundesrechnungshofes*, Prüfung der Vergabe und Bewirtschaftung von Zuwendungen, 2. Aufl. 2016, S. 156.

⁹⁰⁴ BAG, Beschl. v. 28.11.1956 – GS 3/56, NJW 1957, 517 f.; *Groeger/Groeger*, 3. Aufl. 2020, § 1 Rn. 230.

⁹⁰⁵ *Dittrich*, BHO, 60. Aktual. 2021, § 44 Erl. 31.3.

Zuwendungsempfänger*in alles tun, um künftig zu hohe Personalausgaben zu vermeiden.⁹⁰⁶ Damit liegt es nahe, dass die zu hohen Personalausgaben nur an der Wurzel, also bei der einzelnen Arbeitnehmer*in, beseitigt werden können. Am Rande angemerkt: Über die Konsequenzen eines Verstoßes gegen das Besserstellungsverbot hinausgedacht wirken sich die zuwendungsrechtlichen Bedingungen schon im Voraus aus. Ihr gewissermaßen umgekehrter Dominoeffekt ist nicht zu vernachlässigen. So beeinflusst das Besserstellungsverbot Personalauswahlstrategien bei den Zuwendungsempfänger*innen, die die effektiven Kosten der Bewerber*in anhand der potentiellen Eingruppierung schon bei der Einstellungsentscheidung berücksichtigen.⁹⁰⁷ Als Konsequenz erfolgt in vielen Betrieben von Zuwendungsempfänger*innen eine „Assimilation auf die Verwaltungsstrukturen der Organisation“⁹⁰⁸. Das beweist einmal mehr, dass sich die zuwendungsrechtlichen Vorgaben mittelbar auf das Individualarbeitsverhältnis in durchaus bedeutsamer Weise auswirken können. Spätestens wenn es im Zuwendungsverhältnis zu Rückforderungsansprüchen kommt, entwickelt die mittelbare Verknüpfung mit den Arbeitsverhältnissen der Zuwendungsempfänger*in besondere Sprengkraft.

2. Wirksamkeit der arbeitsvertraglichen Vereinbarung

Erstmöglicher Zugriffspunkt auf das Arbeitsverhältnis ist die Wirksamkeit der vertraglichen Vereinbarung zwischen Zuwendungsempfänger*in und Arbeitnehmer*in. Wie anfänglich ausgeführt,⁹⁰⁹ ist das Besserstellungsverbot kein gesetzliches Verbot im Sinne von § 134 BGB, sodass die Wirksamkeit des Arbeitsvertrags grundsätzlich unberührt bleibt. Es macht dabei keinen Unterschied, ob die Arbeitnehmer*in vor, mit oder erst nach Zuwendungserhalt eingestellt wurde. Zwar führte das LAG München einst aus, dass das Besserstellungsverbot auch in arbeits- und betriebsverfassungsrechtlichen Beziehungen gelte, wenn die Zuwendungsempfänger*in daran gebunden sei.⁹¹⁰ Einem solchen Verständnis der Auswirkungen des Besserstellungsverbots erteilte das BAG jedoch unter Hinweis auf

⁹⁰⁶ *Dittrich*, BHO, 60. Aktual. 2021, § 44 Erl. 31.3.

⁹⁰⁷ *Sprengel*, in: Hopt/Hippel/Walz (Hrsg.), Nonprofit-Organisationen in Recht, Wirtschaft und Gesellschaft, 2005, 283, 291 ff.

⁹⁰⁸ *Sprengel*, in: Hopt/Hippel/Walz (Hrsg.), Nonprofit-Organisationen in Recht, Wirtschaft und Gesellschaft, 2005, 283, 293.

⁹⁰⁹ S. oben Teil 2 A. II. 3.

⁹¹⁰ LAG München, Beschl. v. 6.7.2004 – 6 TaBV 40/03, juris.

die Unbestimmtheit des Besserstellungsverbots eine Absage.⁹¹¹ Wegen der haushaltsrechtlichen Verortung des Besserstellungsverbots ist die Auslegung des BAG freilich naheliegender. Das bedeutet allerdings nicht, dass sich das Besserstellungsverbot nicht anderweitig auf arbeits- und betriebsverfassungsrechtliche Fragen auswirken kann; die Wirksamkeit der entsprechenden vertraglichen Abreden ist jedoch nicht betroffen. In dem Sinne stellte das BAG fest: „Das Besserstellungsverbot bindet zwar den Bekl., mit seinen Arbeitnehmern keine gegenüber den für vergleichbare Bundesbedienstete geltenden Arbeitsbedingungen günstigeren Abmachungen zu treffen. Es hindert die Arbeitnehmer des Bekl. aber nicht, vertragliche Ansprüche und Rechte gegenüber dem Bekl. auch dann geltend zu machen, wenn diese über diejenigen hinausgehen, die vergleichbaren Bundesbediensteten gesetzlich oder tariflich zustehen.“⁹¹²

3. Kollision mit geltendem Tarifvertrag

Über den Arbeitsvertrag hinaus können die Arbeitsbedingungen der Zuwendungsempfänger*in tarifvertraglich determiniert sein, wenn sowohl Zuwendungsempfänger*in als auch Arbeitnehmer*in an einen anderen Tarifvertrag als den TVöD gebunden sind. Das Besserstellungsverbot löst dann eine Regelungskonkurrenz für das Arbeitsverhältnis zwischen Zuwendungsempfänger*in und Arbeitnehmer*in aus, weil ein Tarifvertrag im Sinne von § 4 Abs. 1 TVG unmittelbar und zwingend anwendbar ist, während gleichzeitig die Arbeitsbedingungen des TVöD als haushaltsrechtlich determinierte Obergrenze fungieren. Aufgrund seines Rechtsnormcharakters ginge der geltende Tarifvertrag grundsätzlich vor. Allerdings verstößt die Zuwendungsempfänger*in bei dessen Anwendung automatisch gegen das Besserstellungsverbot, wenn die Arbeitsbedingungen des Tarifvertrags über diejenigen des TVöD liegen.⁹¹³ Im Regelfall sollte schon im Vorfeld der Zuwendungsvergabe geklärt werden, inwiefern eine gegebenenfalls bestehende Tarifgebundenheit mit dem Besserstellungsverbot in Konflikt gerät. Die Zuwendungsvergabe an solche Unternehmen scheidet regelmäßig aus, solange die Ausnahme vom Besserstellungsverbot nicht ausdrücklich durch die Bewilligungsbehörde zugelassen wird. Selbst dann, wenn eine Ausnahme vom

⁹¹¹ BAG, Beschl. v. 3.5.2006 – 1 ABR 63/04, NZA 2007, 285 ff.

⁹¹² BAG, Urt. v. 25.4.2007 – 10 AZR 634/06, NJW 2007, 2279 ff.

⁹¹³ *Krämer/Schmidt*, Zuwendungsrecht, 154. Aktual. 2021, D XI Rn. 95.

Besserstellungsverbot zugelassen wird, dürfen die höheren Entgelte des abweichenden Tarifvertrags aber nicht zu einer höheren Zuwendungssumme führen.⁹¹⁴ Deshalb spielt die Kollision von Besserstellungsverbot und einem normativ geltenden Tarifvertrag regelmäßig keine Rolle.

4. Anpassung des Arbeitsvertrags an Maßstäbe des Besserstellungsverbots

Naheliegender als der unmittelbare Zugriff auf die Wirksamkeit des Arbeitsverhältnisses ist, das bestehende Arbeitsverhältnis derart anzupassen, dass es (nachträglich) den Anforderungen des Besserstellungsverbots genügt. Wenn sich im Nachgang der Zuwendungsvergabe herausstellt, dass ein Arbeitsvertrag der Zuwendungsempfänger*in gegen das Besserstellungsverbot verstößt, steht wie geschildert in ihrem Rechtsverhältnis zur Zuwendungsgeber*in eine Rückforderung der staatlich gewährten Fördermittel im Raum. Möchte die Zuwendungsempfänger*in den Vorgaben des Besserstellungsverbots fortan entsprechen, muss sie die betroffenen Arbeitsverträge an dessen Maßstäbe anpassen. Wenn die Arbeitnehmer*in der Anpassung zustimmt, kann sie durch einen Änderungsvertrag erfolgen. Stimmt die Arbeitnehmer*in jedoch, wie bei nachteiligen Änderungen zu erwarten, nicht zu, muss die Zuwendungsempfänger*in auf andere Mittel zurückgreifen. Neben der Frage nach der Vertragsanpassung für die Zukunft verbleibt die Frage nach der Geltendmachung von Regressansprüchen der Zuwendungsempfängerin gegenüber ihren Arbeitnehmerinnen für die Vergangenheit. Die materielle Rechtsgrundlage, in der die Regressansprüche geltend gemacht werden, unterscheidet sich nach den Umständen des Einzelfalls, dazu sogleich. Auslöser der Regressansprüche gegenüber den Arbeitnehmer*innen ist in der Regel der (angedrohte) Rückforderungsanspruch der Verwaltung gegenüber der Zuwendungsempfänger*in. Die Zuwendungsempfänger*in kann der Rückforderung der Fördermittel dann nur entgehen, wenn sie die Regressansprüche beispielsweise gegenüber den zu hoch vergüteten Beschäftigten prüft und geltend macht,⁹¹⁵ oder um so gegebenenfalls die Rückzahlung an die Zuwendungsgeber*in zu finanzieren. Der Rückforderungsanspruch gegenüber der Zuwendungsempfänger*in ist verwaltungsrechtlicher Natur, gegenüber der Arbeitnehmer*in sind jedoch nur

⁹¹⁴ *Krämer/Schmidt*, Zuwendungsrecht, 154. Aktual. 2021, D XI Rn. 96.

⁹¹⁵ So ähnlich bspw. geschehen in LAG Köln, Urt. v. 22.4.2009 – 9 Sa 1495/08, BeckRS 2009, 68711.

arbeitsrechtliche Handlungsformen, wie beispielsweise die korrigierende Rückgruppierung oder eine Änderungskündigung möglich. In bestimmten Konstellationen kann auch eine Irrtumsanfechtung Erfolg versprechen. Welches arbeitsrechtliche Gestaltungsmittel einschlägig ist, hängt davon ab, auf welche Weise die Vergütung Vertragsbestandteil geworden ist.

a) Korrigierende Rückgruppierung

Die korrigierende Rückgruppierung bezeichnet den Mechanismus, mit dem die Arbeitgeber*in die Zuordnung einer Beschäftigten in eine unzutreffende tarifliche Vergütungsgruppe ohne deren Mitwirkung nach unten berichtigen kann. Sie setzt Tarifautomatik voraus.⁹¹⁶ Vorfrage der korrigierenden Rückgruppierung ist deshalb zwingend, ob die Angabe der Vergütung im Arbeitsvertrag rein deklaratorischer Natur ist, der Grundsatz der Tarifautomatik also greift. Bedeutende Folge der Tarifautomatik ist wie oben erläutert,⁹¹⁷ dass die Eingruppierung zwangsläufig in die richtige Entgeltgruppe erfolgt. Geht die Arbeitgeber*in von einer anderen, „falschen“ Eingruppierungsentscheidung aus, wird durch die korrigierende Rückgruppierung die Zuordnung zur passenden Entgeltgruppe wiederhergestellt, ohne dass es eines Änderungsvertrags oder einer Änderungskündigung bedarf. Im Anwendungsbereich des Besserstellungsverbots bedeutet das: Nur dann, wenn die Tarifautomatik des TVöD für das Arbeitsverhältnis der Zuwendungsempfänger*in mit ihrer Beschäftigten gilt, ist das Instrument der korrigierenden Rückgruppierung anwendbar. Dazu ist die Natur und Formulierung der Vergütungsabrede im Arbeitsvertrag entscheidend; sie ist einzelfallbezogen auszulegen. Wenn individualvertraglich explizit auf die Entgeltgruppen des TVöD verwiesen wird, beispielsweise über eine vertragliche Bezugnahme Klausel, kann in der Regel von einer rein deklaratorischen Eingruppierungsklausel im Arbeitsvertrag der Zuwendungsempfänger*in ausgegangen werden.⁹¹⁸ Dann kann die Zuwendungsempfänger*in über die korrigierende Rückgruppierung die Vergütung reduzieren, ohne dass es dazu weiterer rechtsgestaltender Handlungen bedarf. Wenn die Vergütung aber ein konstitutiver Vertragsbestandteil geworden ist, ist stattdessen ein Änderungsvertrag oder -kündigung notwendig, um die vereinbarte Entgeltgruppe nach unten zu korrigieren,

⁹¹⁶ BAG, Urt. v. 18.10.2018 – 6 AZR 246/17, NZA-RR 2019, 102, Ls. Nr. 3.

⁹¹⁷ S. oben Teil 3 A. II. 2. b).

⁹¹⁸ S. dazu näher die Formulierungsvorschläge unter Teil 3 C.

dazu sogleich. Im öffentlichen Dienst ist die vertragliche Angabe der Vergütungsgruppe nach der Rechtsprechung nicht als konstitutive vertragliche Vereinbarung zu verstehen, sondern stets als deklaratorischer Verweis auf die tarifgerechte Vergütung.⁹¹⁹ Die korrigierende Rückgruppierung war ursprünglich auch ein Mittel des öffentlichen Dienstrechts; sie ist jedoch auch auf der Grundlage der Tarifautomatik gleichermaßen in der Privatwirtschaft anwendbar.⁹²⁰ Die gegenüber der Vertragsänderung oder Kündigung geringeren Anforderungen der korrigierenden Rückgruppierung lassen sich für öffentliche Arbeitgeber*innen mit dem Willen zum tarifgerechten Handeln begründen, was unmittelbar mit dem Gebot der sparsamen Haushaltsführung einhergeht.⁹²¹ Das kann jedoch kein Privileg des öffentlichen Bereichs sein.⁹²² Ob die korrigierende Rückgruppierung anwendbar ist, hängt also weniger von der Zugehörigkeit zum öffentlichen Sektor, sondern vielmehr davon ab, ob qua Tarifbindung oder vertraglicher Bezugnahme die Tarifautomatik greift oder nicht. Die korrigierende Rückgruppierung setzt aufgrund der Tarifautomatik keine besondere rechtsgestaltende Handlung oder Fristwahrung voraus; es genügt, wenn die Arbeitgeber*in der Beschäftigten schriftlich die entsprechend korrigierte Entgeltgruppe mitteilt und sich damit von der rechtsfehlerhaften Tarifierung einseitig lossagt.⁹²³ Daraufhin kann die Arbeitgeber*in statt der bisherigen Vergütung das reduzierte Gehalt auszahlen. Allein auf betriebsverfassungsrechtlicher Ebene ist, je nach den Gegebenheiten im Betrieb, die Beteiligung des Betriebsrats an der korrigierenden Rückgruppierung als Umgruppierung im Sinne von § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG erforderlich.⁹²⁴ Grundsätzlich ist auch im öffentlichen Dienst der Personalrat gemäß § 75 Abs. 1 Nr. 2 Bundespersonalvertretungsgesetz (BPersVG) an der Rückgruppierung zu beteiligen. In beiden Fällen hat es jedoch keine Auswirkung auf den Vergütungsanspruch, wenn die Vorgaben zur betrieblichen Mitbestimmung

⁹¹⁹ BAG, Urt. v. 8.8.1996 – 6 AZR 1013/94, NZA-RR 1997, 76, 77.

⁹²⁰ BAG, Urt. v. 11.7.2018 – 4 AZR 488/17, BeckRS 2018, 29823, Ls. 2, Rn. 22 f.; *Eylert/Kreutzberg-Kowalczyk*, NZA-RR 2020, 337, 346; *Zimmerling*, öAT 2019, 177, 178.

⁹²¹ Vgl. BAG, Urt. v. 15.3.1991 – 2 AZR 582/90, NZA 1992, 120, Ls. 2, 122.

⁹²² Vgl. *Kleinebrink*, NZA-RR 2014, 113, 115.

⁹²³ Vgl. BAG, Urt. v. 23.8.1995 – 4 AZR 352/94, juris, Rn. 30; BAG, Urt. v. 18.2.1998 – 4 AZR 581/96, NZA 1998, 950, 952; *Bauer/Bockholt*, Eingruppierung im öffentlichen Dienst, 10. Aufl. 2010, Rn. 179; *Wiedemann/Wank*, 8. Aufl. 2019, § 4 Rn. 236.

⁹²⁴ BAG, Beschl. v. 20.3.1990 – 1 ABR 20/89, NZA 1990, 699 f.; *ErfK/Kania*, 21. Aufl. 2021, § 99 BetrVG Rn. 12; *Thüsing*, in: *Richardi* (Hrsg.), *Betriebsverfassungsgesetz*, 16. Aufl. 2018, § 99 BetrVG Rn. 96.

missachtet werden.⁹²⁵ Die korrigierende Rückgruppierung erfolgt aufgrund einer veränderten Einschätzung der objektiven Rechtslage, die ohnehin tariflich determiniert ist. Durch die Einbeziehung des Betriebsrats bei der Umgruppierung soll nur die richtige Beurteilung der Rechtslage abgesichert werden;⁹²⁶ es handelt sich um ein Mitbeurteilungs- und kein Mitgestaltungsrecht.⁹²⁷ Schon die Eingruppierungsentscheidung der Arbeitgeber*in ist schließlich aufgrund der Tarifautomatik rein deklaratorisch und damit nicht rechtsgestaltend. Lehnt der Betriebsrat seine Zustimmung ab, kann sie möglicherweise im Rahmen eines Zustimmungsersetzungsverfahrens gemäß § 99 Abs. 4 BetrVG gerichtlich bewirkt werden. Wenn das nicht geschieht, kann der Betriebsrat über § 101 S. 1 BetrVG sein Mitbestimmungsrecht absichern.⁹²⁸ Darüber hinaus sind die Rechtsfolgen auf betriebsverfassungsrechtlicher Ebene nicht abschließend gesetzlich geregelt. Jedenfalls findet aber die „Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung“ keine Geltung, sodass die korrigierende Rückgruppierung grundsätzlich auch ohne Zustimmung des Betriebsrats wirksam erfolgen kann.⁹²⁹ Dafür spricht maßgeblich die Tarifautomatik, die wie beschrieben dazu führt, dass die Eingruppierung ohne rechtsgestaltende Handlung von Arbeitgeber*in oder anderen Instanzen immer entsprechend der tariflichen Entgeltordnung, mithin korrekt vorgenommen wird. Die tarifgerechte Eingruppierung soll dann nicht auf Mitbestimmungsebene verhindert werden. Deshalb wird die Arbeitgeber*in durch die mangelnde Mitwirkung oder konträre Maßnahmen des Betriebsrats weder rechtlich noch faktisch an der individualvertraglichen Auszahlung des reduzierten Gehalts gehindert; der Vergütungsanspruch der Arbeitnehmer*in orientiert sich allein an der Entgeltgruppe, in die sie richtigerweise eingruppiert ist.⁹³⁰ Abgesehen vom grundsätzlichen Erfordernis der betrieblichen

⁹²⁵ BAG, Urt. v. 26.8.1992 – 4 AZR 210/92, NZA 1993, 469, 470 f.; BAG, Urt. v. 16.2.2000 – 4 AZR 62/99, NZA-RR 2001, 216, 222.

⁹²⁶ *Thüsing*, in: Richardi (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, 16. Aufl. 2018, § 99 BetrVG Rn. 339; *Ricken*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht, 9. Aufl. 2020, § 99 BetrVG Rn. 35.

⁹²⁷ BAG, Beschl. v. 22.3.1983 – 1 ABR 49/81, BAGE 42, 121 ff.; BAG, Beschl. v. 22.1.2003 – 4 ABR 18/02, BeckRS 2003, 31049082; Wiedemann/*Wank*, 8. Aufl. 2019, § 4 Rn. 243.

⁹²⁸ Vgl. BAG, Beschl. v. 22.3.1983 – 1 ABR 49/81, BAGE 42, 121, Rn. 21 f.

⁹²⁹ BAG, Urt. v. 30.5.1990 – 4 AZR 74/90, NZA 1990, 899, 900; zur entspr. Norm im LPVG NRW LAG Düsseldorf, Urt. v. 23.10.2018 – 3 Sa 327/18, BeckRS 2018, 39430, Rn. 32; *Seel*, öAT 2011, 97, 100.

⁹³⁰ BAG, Beschl. v. 22.3.1983 – 1 ABR 49/81, BAGE 42, 121, Rn. 17; BAG, Urt. v. 30.5.1990 – 4 AZR 74/90, NZA 1990, 899 ff.; *Mehlich*, DB 1999, 1319, 1323; Wiedemann/*Wank*, 8. Aufl. 2019, § 4 Rn. 243.

Mitbestimmung steht der Arbeitgeber*in also nichts dabei im Weg, die geringere Entlohnung umzusetzen.

(1) Wirkungszeitpunkt

Fraglich ist, inwiefern die korrigierende Rückgruppierung nicht nur für die Zukunft wirkt, sondern darüber hinaus das bereits in der Vergangenheit ausgezahlte Gehalt beeinflusst. Die bisherige Vergütungshöhe beruhte auf einer falschen Entgeltgruppe, obwohl die Arbeitnehmer*in von vornherein tarifgerecht in die richtige Entgeltgruppe eingruppiert war. Deshalb kann die Arbeitgeber*in nicht nur für die Zukunft das Gehalt der Beschäftigten nach der richtigen Vergütungsgruppe abrechnen, sondern zusätzlich das zu viel gezahlte Gehalt in Folge der korrigierenden Rückgruppierung für die Vergangenheit zurückfordern. Dazu kommt die Leistungskondition aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB in Betracht, gerichtet auf die Herausgabe der Bereicherung in Höhe des Differenzbetrags zwischen der überzahlten und der geschuldeten Vergütung.⁹³¹ Praktisch ließe sich der Betrag dann mit dem zukünftigen Gehalt aufrechnen.⁹³² Die möglicherweise fehlende Mitwirkung des Betriebsrats bei der Rückgruppierung stellt keinen Rechtsgrund zum Behaltendürfen oder die Fortzahlung des bisher gewährten Arbeitsentgelts dar.⁹³³ Das kann für die Arbeitnehmer*in existenzgefährdend werden, zumal sie regelmäßig bereits über das erhaltene Entgelt verfügt haben wird und hinsichtlich ihrer laufenden und einmaligen Ausgaben auf die zukünftige Auszahlung des Gehalts in der bislang erhaltenen Höhe vertraut. Auf der Basis der bereicherungsrechtlichen Normen wurden deshalb für die Rückforderung bei Entgeltüberzahlungen arbeitnehmer*innenschützende Grundsätze entwickelt.⁹³⁴ Die Grundsätze sind auf die korrigierende Rückgruppierung übertragbar; sie müssen sogar umso mehr gelten, weil die Rückforderung auf einem Irrtum allein im Verantwortungsbereich der Arbeitgeber*in beruht.⁹³⁵ Die Arbeitnehmer*in ist besonders schutzwürdig, zumal sie die Eingruppierungsentscheidung in der Regel ohnehin nur schwerlich nachvollziehen kann und auf das bisher ausgezahlte Gehalt

⁹³¹ MHB ArbR/Krause, 5. Aufl. 2021, § 72 Rn. 1; Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 1 Rn. 2439; Mehlich, DB 1999, 1319, 1321; Wiedemann/Wank, 8. Aufl. 2019, § 4 Rn. 242.

⁹³² So bspw. geschehen in BAG, Urt. v. 14.2.2002 – 8 AZR 313/01, NJOZ 2003, 1332, 1334; es wird dort aber nicht näher thematisiert.

⁹³³ Vgl. BAG, Urt. v. 30.5.1990 – 4 AZR 74/90, NZA 1990, 899, 901.

⁹³⁴ Im Überblick m.w.N. MHB ArbR/Krause, 5. Aufl. 2021, § 72 Rn. 4 ff.; Hromadka, in: Köbler (Hrsg.), Geschichtliche Rechtswissenschaft, 1990, 105, 108 ff.

⁹³⁵ Wiedemann/Wank, 8. Aufl. 2019, § 4 Rn. 242.

vertrauen darf. Sie wird deshalb über den Entreichungseinwand in § 818 Abs. 3 BGB vor einer unverhältnismäßigen Rückforderung geschützt.⁹³⁶ Außerdem können der Geltendmachung des Rückforderungsanspruchs tarifliche Ausschlussfristen entgegenstehen.⁹³⁷ Hat die Arbeitnehmer*in in Vertrauen auf die Entgelthöhe für die Zukunft Ausgaben getätigt, haftet die Arbeitgeber*in darüber hinaus möglicherweise auf das negative Interesse, wenn sie ihre Aufklärungspflicht verletzt und das zu vertreten hat.⁹³⁸ Alles in allem ist die Rückforderung in Anschluss an die korrigierende Rückgruppierung als Risiko für die Arbeitnehmer*in ernstzunehmen; es gibt jedoch zahlreiche Möglichkeiten, dagegen vorzugehen.

Weiterhin wäre es für die Arbeitnehmer*in problematisch, wenn die Stufenzuordnung, die sie innerhalb der bisherigen Entgeltgruppe erreicht hatte, mit der korrigierenden Rückgruppierung entfiel. § 16 Abs. 4 TVöD Bund, der die Stufenlaufzeit regelt, bezieht sich auf die Zeit einer ununterbrochenen Tätigkeit innerhalb derselben Entgeltgruppe bei der Arbeitgeber*in. Das legt nahe, dass mit dem „Wechsel“ in eine niedrigere Entgeltgruppe die bisher erworbene Stufenlaufzeit entfällt. § 17 Abs. 5 S. 3 TVöD regelt jedoch, dass die bisher zurückgelegte Stufenlaufzeit der Arbeitnehmer*in bei der Eingruppierung in eine niedrigere Entgeltgruppe angerechnet wird. Darauf kommt es bei der korrigierenden Rückgruppierung aber gar nicht an. Die korrigierende Rückgruppierung löst aufgrund der Tarifautomatik anders als eine Herabgruppierung keinen neuen Stufenzuordnungsvorgang aus; die bisherige Berufserfahrung ist damit innerhalb derselben Entgeltgruppe im Sinne von § 16 Abs. 4 TVöD Bund gesammelt worden.⁹³⁹

(2) Vorgehen gegen korrigierende Rückgruppierung

Die Arbeitnehmer*in wird sich üblicherweise nicht mit dem reduzierten Entgelt und den damit einhergehenden Konsequenzen zufriedengeben. Statt der relativ geringen Hürden für die korrigierende Rückgruppierung sollten deshalb die

⁹³⁶ S. z.B. BAG, Urt. v. 18.9.1986 – 6 AZR 517/83, NZA 1987, 380 ff.; BAG, Urt. v. 18.1.1995 – 5 AZR 817/93, NZA 1996, 27 ff.; *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 1 Rn. 2444.

⁹³⁷ Vgl. MHB ArbR/*Krause*, 5. Aufl. 2021, § 72 Rn. 9. Zu den Einzelheiten der Geltendmachung BAG, Urt. v. 17.5.2001 – 8 AZR 366/00, NZA 2002, 910, 911 f.; BAG, Urt. v. 27.8.2008 – 4 AZR 484/07, NZA-RR 2009, 264, 268 Rn. 47; BAG, Urt. v. 23.9.2009 – 4 AZR 308/08, NZA-RR 2010, 494, 498 Rn. 38 ff.

⁹³⁸ *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 1 Rn. 2444.

⁹³⁹ BAG, Urt. v. 1.6.2017 – 6 AZR 741/15, NZA-RR 2018, 34, 36; *Spelge*, ZTR 2020, 127, 128 f.

Reaktionsmöglichkeiten der Arbeitnehmer*in im Vordergrund stehen: Die Arbeitnehmer*in kann auf die Eingruppierungsfeststellungsklage zurückgreifen, um die korrigierende Rückgruppierung gerichtlich überprüfen zu lassen. Die Eingruppierungsfeststellungsklage ist auf die Feststellung gerichtet, ob die Arbeitgeber*in verpflichtet ist, der Arbeitnehmer*in die Vergütung einer bestimmten Entgeltgruppe zu zahlen. Die Klage ist nicht nur im öffentlichen Dienst, sondern auch in der Privatwirtschaft zulässig im Sinne von §§ 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG, 256 Abs. 1 ZPO, wenn für die Vergütung bestimmte Vergütungsgruppen ausschlaggebend sind, die über die Vergütung hinausgehende Bedeutung haben.⁹⁴⁰ Üblicherweise trägt bei der Eingruppierungsfeststellungsklage die Arbeitnehmer*in als Kläger*in die Beweislast und muss die Einzelheiten ihrer Tätigkeit und solche Tatsachen, die zur Festlegung der Arbeitsvorgänge ausschlaggebend sind, vortragen.⁹⁴¹

Anders ist es jedoch im Fall der korrigierenden Rückgruppierung durch die Arbeitgeber*in: Dabei erfolgt eine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast, sodass die Arbeitgeber*in darlegen muss, dass die bisherigen Umstände der Eingruppierung irrtümlich objektiv fehlerhaft waren.⁹⁴² Auf welchem konkreten Irrtum die fehlerhafte Eingruppierung gründete, ist jedoch irrelevant.⁹⁴³ Dann wiederum liegt es an der Arbeitnehmer*in, sämtliche Tatsachen darzulegen und zu beweisen, die den Schluss zulassen, dass die bisherige Eingruppierung tatsächlich zutreffend war.⁹⁴⁴ Selbst bei objektiver Fehlerhaftigkeit der bisherigen Eingruppierung durch die Arbeitgeber*in kann die Rückgruppierung gegen Treu und Glauben im Sinne von § 242 BGB verstoßen, wenn gegenüber der Beschäftigten ein schützenswertes Vertrauen hinsichtlich der bisher angegebenen Entgeltgruppe geschaffen wurde.⁹⁴⁵ Für ein

⁹⁴⁰ St. Rspr. seit BAG, Urt. v. 20.6.1984 – 4 AZR 208/82, juris, Rn. 9; jüngst bspw. in BAG, Urt. v. 16.10.2019 – 4 AZR 76/19, NJOZ 2020, 350, 350 Rn. 10 als allgemein üblich bezeichnet; unter vielen zudem BAG, Urt. v. 19.5.2010 – 4 AZR 903/08, NJOZ 2010, 2227, 2228 Rn. 17; BAG, Urt. v. 11.7.2018 – 4 AZR 488/17, BeckRS 2018, 29823, Rn. 13.

⁹⁴¹ Grundlegend BAG, Urt. v. 24.9.1980 – 4 AZR 727/78, BAGE 34, 158, Rn. 45 f.; aus jüngerer Zeit bspw. BAG, Urt. v. 11.7.2018 – 4 AZR 488/17, BeckRS 2018, 29823, Rn. 21.

⁹⁴² BAG, Urt. v. 11.7.2018 – 4 AZR 488/17, BeckRS 2018, 29823, Rn. 22; Conze/Karb/Wölk/Reidel, 7. Aufl. 2021, Rn. 2658; Zimmerling, in: Schwab/Weth (Hrsg.), Arbeitsgerichtsgesetz Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 46 Rn. 133.

⁹⁴³ BAG, Urt. v. 15.2.2006 – 4 AZR 66/05, NJOZ 2006, 4125, 4126 f.

⁹⁴⁴ BAG, Urt. v. 26.4.2000 – 4 AZR 157/99, NZA 2001, 1391, 1393; Zimmerling, in: Schwab/Weth (Hrsg.), Arbeitsgerichtsgesetz Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 46 Rn. 133 m.w.N.

⁹⁴⁵ BAG, Urt. v. 23.8.2006 – 4 AZR 417/05, NZA 2007, 516, 517; BAG, Urt. v. 23.9.2009 – 4 AZR 220/08, NJOZ 2010, 1188, 1189; BAG, Urt. v. 13.12.2017 – 4 AZR 576/16, NZA 2018, 601, 602. Dazu näher unter Teil 3 B. II. 4. d) (2).

solches Vertrauen kommt es auf die Zeit-, Umstands- und Zumutbarkeitsmomente im Einzelfall an.⁹⁴⁶ Es genügt beispielsweise nicht, wenn die fehlerhafte Eingruppierung über einen längeren Zeitraum angenommen wurde;⁹⁴⁷ anders ist es wiederum zu bewerten, wenn die Eingruppierung in der Zeit explizit als korrekt bestätigt wurde.⁹⁴⁸ Wenn der korrigierenden Rückgruppierung tatsächlich ein schutzwürdiges Interesse der Arbeitnehmer*in entgegensteht, kann die Arbeitgeber*in immer noch eine Änderungskündigung aussprechen, dazu sogleich. Die Eingruppierungsfeststellungsklage birgt über die geschilderten Gesichtspunkte hinaus einige prozessuale Hürden.⁹⁴⁹

Zusammenfassend ist die korrigierende Rückgruppierung ein für die Arbeitgeber*in vorteilhaftes Mittel, um die Vergütung der Arbeitnehmer*in tarifgerecht zu reduzieren. Freilich setzt sie voraus, dass die Tarifautomatik gilt und die bisher angenommene Eingruppierung unzutreffend war. Ersteres betont erneut die besondere Bedeutung der arbeitsvertraglichen Vereinbarung zwischen der Zuwendungsempfänger*in als Arbeitgeber*in und ihren Beschäftigten. Liegen die genannten Voraussetzungen vor, bleibt der Arbeitnehmer*in im Gegenzug die Eingruppierungsfeststellungsklage, um die Rückgruppierung gerichtlich überprüfen zu lassen. Wird wegen übertariflicher Gehälter ein Verstoß der Zuwendungsempfänger*in gegen das Besserstellungsverbot festgestellt, bietet die korrigierende Rückgruppierung unter Umständen eine Möglichkeit für die Zuwendungsempfänger*in, den haushaltsrechtlichen Voraussetzungen noch gerecht zu werden.

b) Änderungsvertrag oder -kündigung

Greift der Grundsatz der Tarifautomatik nicht, weil der Arbeitsvertrag eine konstitutive Entgeltabrede formuliert, kann die vereinbarte Entgelthöhe im Sinne einer Rückgruppierung nur durch einen Änderungsvertrag oder eine Änderungskündigung

⁹⁴⁶ Vgl. LAG Köln, Urt. v. 12.7.2002 – 11 Sa 202/02, BeckRS 2002, 30463186; Conze/Karb/Wölk/Reidel, 7. Aufl. 2021, Rn. 2655.

⁹⁴⁷ Vgl. BAG, Urt. v. 16.2.2000 – 4 AZR 62/99, NZA-RR 2001, 216, 222; BAG, Urt. v. 15.6.2011 – 4 AZR 737/09, NJOZ 2012, 466, 468 f.; BAG, Urt. v. 17.11.2016 – 6 AZR 487/15, BeckRS 2016, 112140, Rn. 47; Zimmerling, in: Schwab/Weth (Hrsg.), Arbeitsgerichtsgesetz Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 46 Rn. 133.

⁹⁴⁸ Vgl. BAG, Urt. v. 14.9.2005 – 4 AZR 348/04, NJOZ 2006, 1855, 1858, wo eine solche Bestätigung als einer von mehreren vertrauensbegründenden Momenten gewertet wurde.

⁹⁴⁹ S. im Detail zu verfahrensrechtlichen Gesichtspunkten Eylert/Kreutzberg-Kowalczyk, NZA-RR 2020, 337 ff.

korrigiert werden. Es handelt sich nicht um eine Herabgruppierung im tarifrechtlichen Sinn, bei der die Eingruppierung in die niedrigere Entgeltgruppe deshalb erfolgt, weil eine tariflich niedriger zu bewertende Tätigkeit übertragen wurde.⁹⁵⁰ Vielmehr bleibt die Tätigkeit gleich, und es stellt sich im Nachhinein heraus, dass die bisherige Vergütungsgruppe zu hoch angesetzt war und dem Besserstellungsverbot nicht entspricht. Anders als bei der Herabgruppierung handelt es sich mithin um einen rein arbeitsvertraglichen, konstitutiven Anspruch, der abgeändert werden soll. Deshalb kann sich die Arbeitgeber*in nur mit den allgemeinen arbeitsrechtlichen Instrumentarien von der falschen Eingruppierung lösen.⁹⁵¹ Die Korrektur durch Änderungsvertrag oder -kündigung ist entsprechend für den Fall einschlägig, dass es um andere Arbeitsbedingungen im Individualvertrag als die Eingruppierung geht, die die Obergrenze des TVöD überschreiten, während der TVöD weder durch Tarifbindung noch vertragliche Bezugnahmeklausel gilt. Zur Einhaltung des Besserstellungsverbots ist bei übertariflichen Arbeitsbedingungen eine Korrektur des Arbeitsvertrags „nach unten“ erforderlich. Es ist für die Arbeitnehmer*in naturgemäß wenig verlockend, wenn ihr die Zuwendungsempfänger*in die entsprechende Änderung der Arbeitsbedingungen anbietet. Als Anreiz zur Annahme der schlechteren Arbeitsbedingungen kann eine einmalige Ausgleichszahlung mit dem Änderungsvertrag verbunden werden,⁹⁵² wobei auch in dem Fall die Ausgleichszahlung selbst einen weiteren, eigenständigen Verstoß gegen das Besserstellungsverbot bedeuten könnte. Anders ist es bei der Änderungskündigung, die nicht die Zustimmung der Arbeitnehmer*in verlangt. Sie kann im Übrigen auch bei der korrigierenden Rückgruppierung vorsorglich ausgesprochen werden und deshalb selbst bei deklaratorisch wirkenden Entgeltklauseln Relevanz entfalten.⁹⁵³ Für den Fall, dass die Arbeitgeber*in in der Vergangenheit auf eine korrigierende Rückgruppierung verzichtete, obwohl sie von der fehlerhaften Eingruppierung wusste, verzichtet sie dadurch nicht zwangsläufig zugleich auf die Möglichkeit, später eine Änderungskündigung zum Zweck der Rückgruppierung auszusprechen – gerade wenn sie beispielsweise später durch einen Rechnungshof dazu angewiesen wird.⁹⁵⁴

⁹⁵⁰ Vgl. zur Definition Conze/Karb/Wölk/Reidel, 7. Aufl. 2021, Rn. 1817.

⁹⁵¹ Steffan, in: Henssler/Moll/Bepler (Hrsg.), Der Tarifvertrag, 2. Aufl. 2016, Teil 5 (11) Rn. 10.

⁹⁵² Kleinebrink, NZA-RR 2014, 113, 115.

⁹⁵³ Vgl. Kleinebrink, NZA-RR 2014, 113, 118.

⁹⁵⁴ Vgl. BAG, Urt. v. 24.9.2015 – 2 AZR 680/14, NJOZ 2016, 540, 543. S. dazu weiterführend die Ausführungen zum Vertrauens- und Bestandsschutz unter Teil 3 B. II 4. d) (2).

Mithin kann die Änderungskündigung sowohl in Fällen ohne als auch mit Geltung der Tarifautomatik eine Rolle spielen. Da ein Änderungsvertrag naturgemäß die wie erwähnt unwahrscheinliche Zustimmung der Arbeitnehmer*in erfordert, ist schwerpunktmäßig die Änderungskündigung zu betrachten.

Die Änderungskündigung ist eine Sonderform der Kündigung, die nicht unmittelbar die dauerhafte Beendigung des Arbeitsverhältnisses herbeiführen soll, sondern vordergründig auf die Änderung von – aus Sicht der Arbeitgeber*in – nicht mehr haltbaren Arbeitsbedingungen abzielt. Dazu wird die Kündigung des bestehenden Arbeitsverhältnisses gleichzeitig mit einem Angebot, welches auf den Abschluss eines neuen Arbeitsvertrags gerichtet ist, verknüpft.⁹⁵⁵ Die Arbeitnehmer*in kann das Änderungsangebot annehmen, mit der Option, die Annahme unter den Vorbehalt zu stellen, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen nicht sozial ungerechtfertigt ist – oder sie lehnt das Angebot ab und erhebt gegen die daraus resultierende Kündigung eine Kündigungsschutzklage. Hat sie damit Erfolg, bleibt der Arbeitgeber*in keine andere Wahl, als das Arbeitsverhältnis zu den bisherigen Bedingungen fortzusetzen; der Verstoß gegen das Besserstellungsverbot wird dann möglicherweise zuwendungsrechtlich geahndet. Aufgrund der Vorgaben des Besserstellungsverbots und der sich daraus ergebenden unternehmerischen Zwänge für die Zuwendungsempfänger*in ist die betriebsbedingte Änderungskündigung ein geeignetes Mittel, um die Arbeitsbedingungen an die Obergrenze des TVöD anzupassen. Die betriebsbedingte Änderungskündigung setzt zu ihrer sozialen Rechtfertigung grob umrissen voraus, dass ein dringendes betriebliches Erfordernis vorliegt, das die Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmer*in zu den bisherigen Arbeitsbedingungen ausschließt.⁹⁵⁶ Grundsätzlich ist die Prüfung dem Gesetz entsprechend dreigeteilt:⁹⁵⁷ Zunächst muss die Arbeitgeber*in die inner- oder außerbetrieblichen Umstände darlegen, die sie zu einem unternehmerischen Handeln zwingen, das den Beschäftigungsbedarf verringert.⁹⁵⁸ Für die Zuwendungsempfänger*in bedingt das Zuwendungsrecht, namentlich das

⁹⁵⁵ Vgl. § 2 S. 1 Kündigungsschutzgesetz (KSchG).

⁹⁵⁶ St. Rspr., BAG, Urt. v. 29.9.2011 – 2 AZR 532/10, NZA 2012, 628, 631; BAG, Urt. v. 24.9.2015 – 2 AZR 680/14, NJOZ 2016, 540, 542; BAG, Urt. v. 2.3.2017 – 2 AZR 546/16, NZA 2017, 905, 907.

⁹⁵⁷ *Kiel*, in: Backhaus/Preis/Schmidt u.a. (Hrsg.), Kündigungsrecht, 5. Aufl. 2017, § 1 KSchG Rn. 441.

⁹⁵⁸ Vgl. § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG sowie BAG, Urt. v. 12.8.2010 – 2 AZR 945/08, NZA 2011, 460, 463 f. Rn. 31; BAG, Urt. v. 24.5.2012 – 2 AZR 124/11, NZA 2012, 1223, 1225 Rn. 21.

Besserstellungsverbot, einen Umstand, der ihr unternehmerisches Handeln als Arbeitgeber*in bei der Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen maßgeblich mitbestimmt. Schon die bloße Beschäftigungsmöglichkeit der Zuwendungsempfänger*in hängt aus finanzieller Sicht möglicherweise gänzlich vom Erhalt der staatlichen Zuwendungen ab; das muss sie also auf der ersten Ebene darlegen. Außerdem müssen die betrieblichen Erfordernisse „dringend“ sein und die Kündigung bedingen; § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG. Schließlich muss die Kündigungsentscheidung den Anforderungen an die Sozialauswahl im Sinne von § 1 Abs. 3 KSchG genügen. Hinzuweisen ist außerdem auf das doppelte Beteiligungsrecht des Betriebsrats, der gemäß §§ 99 Abs. 1 S. 1, 102 BetrVG sowohl der Umgruppierung durch die Änderung der Arbeitsbedingungen als auch der drohenden Kündigung zustimmen muss.⁹⁵⁹ Die Hürden für den Erfolg einer betriebsbedingten (Änderungs-)Kündigung sind damit besonders hoch. Das liegt daran, dass die meisten betriebsnahen Umstände zum Wirtschaftsrisiko der Arbeitgeber*in gehören und deshalb gerade nicht auf die Arbeitnehmer*in abgewälzt werden sollen.⁹⁶⁰ Fraglich ist, ob der Druck der staatlichen Zuwendungsgeber*in ausreicht, um für die privatwirtschaftliche Zuwendungsempfänger*in ein dringendes betriebliches Erfordernis, beispielsweise zur Entgeltverringerung, zu legitimieren. Für den öffentlichen Dienst wurde das in der Vergangenheit bejaht: Aufgrund des Haushaltsgrundsatzes der Sparsamkeit erzeuge eine fehlerhaft zu hohe Eingruppierung ein dringendes betriebliches Erfordernis für die Änderungskündigung.⁹⁶¹ Doch auch privatwirtschaftlich organisierte Zuwendungsempfänger*innen können sich unter Umständen auf den Sparsamkeitsgrundsatz berufen; jedenfalls, wenn die Finanzierung des Betriebs zum überwiegenden Teil von Zuwendungen der öffentlichen Hand abhängt und ein erheblicher Teil der Beschäftigten übertarifliche Gehälter erhält.⁹⁶² Dabei spielt es eine Rolle, ob bei der Einstellung der betroffenen Arbeitnehmer*in vorhersehbar war, dass die Personalkosten zukünftig nur noch bis zum Tarifniveau des öffentlichen Dienstes

⁹⁵⁹ BAG, Urt. v. 30.9.1993 – 2 AZR 283/93, NZA 1994, 615, 616; *Künzl*, in: Backhaus/Preis/Schmidt u.a. (Hrsg.), *Kündigungsrecht*, 5. Aufl. 2017, § 2 KSchG Rn. 139 ff.; BeckOK ArbR/Rolfs, 60. Ed. 2021, § 2 KSchG Rn. 104.

⁹⁶⁰ Vgl. BAG, Urt. v. 28.9.1972 – 2 AZR 506/71, NJW 1973, 342, 343; BAG, Urt. v. 9.7.1981 – 2 AZR 788/78, NJW 1982, 788, 789

⁹⁶¹ BAG, Urt. v. 15.3.1991 – 2 AZR 582/90, NZA 1992, 120, 121; vgl. *Seel*, öAT 2011, 97, 100.

⁹⁶² Vgl. BAG, Urt. v. 1.7.1999 – 2 AZR 826/98, NJW 2000, 756, 757.

zuwendungsrechtlich erstattungsfähig sein würden.⁹⁶³ Zugleich ist der Umstand, dass die Verwaltung nachdrücklich auf die Einhaltung des Besserstellungsverbots besteht, noch nicht ein an und für sich dringender betrieblicher Grund zur Änderungskündigung, solange dies nicht substantiiert vorgetragen wird.⁹⁶⁴ Allerdings erzeugt die potentielle Einstellung oder gar der Widerruf der Zuwendung wie geschildert erhebliche faktische Zwänge für die Zuwendungsempfänger*in, sodass im Einzelfall mit entsprechender Darlegung und Begründung ein dringendes betriebliches Erfordernis zur Entgeltkürzung mittels Änderungskündigung gegeben sein kann. Das bejahte das BAG in einem obiter dictum auch für den hinreichend starken Druck einer öffentlichen Auftraggeber*in, die Arbeitsbedingungen der Beschäftigten anzupassen.⁹⁶⁵ Die allgemeinen Anforderungen an Verhältnismäßigkeit und Mitbestimmung sind zu beachten; gerade Änderungskündigungen zur Entgeltabsenkung unterliegen darüber hinaus einem besonders strengen Maßstab, weil sie einen schwerwiegenden Eingriff in das Leistungs-/Lohngefüge und damit die Hauptleistungspflichten des Arbeitsverhältnisses bedeuten.⁹⁶⁶

Grundsätzlich ist die Änderungskündigung ein taugliches Mittel, um den Anforderungen des Besserstellungsverbots bei einem Verstoß gerecht zu werden. Alles in allem sind ihre Anforderungen jedoch hoch, insbesondere im Vergleich zur korrigierenden Rückgruppierung. Über den Horizont der betriebsbedingten Änderungskündigung hinaus sind die Wertungen hinsichtlich der Risikoverteilung bei Einflüssen aus der wirtschaftlichen Sphäre der Arbeitgeber*in beachtenswert. Im Vergleich dazu scheint es unbillig, dass aufgrund des Besserstellungsverbots die Beschäftigten der Zuwendungsempfänger*in an deren Stelle mit erheblichen wirtschaftlichen Risiken belastet werden, die sich aus der Inanspruchnahme von Zuwendungen allein durch die Arbeitgeber*in ergeben. „Der Arbeitgeber muß grundsätzl. das Risiko der weiteren wirtschaftl. und rechtl. Entwicklung tragen, soweit die Ungewißheit von ihm zu steuern ist“⁹⁶⁷, so einst das BAG, und so die grundlegende Risikoverteilung im Arbeitsverhältnis. Die Arbeitnehmer*in einer

⁹⁶³ Vgl. BAG, Urt. v. 1.7.1999 – 2 AZR 826/98, NJW 2000, 756, 757.

⁹⁶⁴ Vgl. BAG, Urt. v. 1.7.1999 – 2 AZR 826/98, NJW 2000, 756, 758.

⁹⁶⁵ BAG, Urt. v. 1.7.1999 – 2 AZR 826/98, NJW 2000, 756, 758.

⁹⁶⁶ Vgl. BAG, Urt. v. 1.7.1999 – 2 AZR 826/98, NJW 2000, 756, 757; BAG, Urt. v. 23.6.2005 – 2 AZR 642/04, NZA 2006, 92, 96.

⁹⁶⁷ BAG, Urt. v. 9.7.1981 – 2 AZR 788/78, NJW 1982, 788, 789.

Zuwendungsempfänger*in hat keinerlei Einfluss auf die Zuwendungsbewilligung und Einhaltung der Voraussetzungen wie das Besserstellungsverbot, muss aber erhebliche Risiken für ihr Individualarbeitsverhältnis tragen, die sich aus dem Besserstellungsverbot ergeben. Dann muss das entsprechend bei der betriebsbedingten Änderungskündigung auf Grundlage des Besserstellungsverbots zugunsten der Arbeitnehmer*in berücksichtigt werden, beispielsweise im Rahmen der sozialen Rechtfertigung auf der Ebene der Verhältnismäßigkeit.

c) Irrtumsanfechtung

Eine weitere Handlungsoption aus dem allgemeinen Privatrecht, um sich einseitig von getroffenen Vertragsabsprachen zu lösen, stellt die Irrtumsanfechtung dar. Als Irrtum bezeichnet man das Auseinanderfallen von Wirklichkeit und der Vorstellung der sich irrenden Person. Wurde der Arbeitnehmer*in der Zuwendungsempfänger*in irrtümlich konstitutiv ein übertarifliches Gehalt zugesagt, muss sich die Zuwendungsempfänger*in grundsätzlich daran festhalten lassen, selbst, wenn es von ihrer Seite aus irrtümlich geschah.⁹⁶⁸ Nur, wenn sie bei der Vereinbarung einem zur Anfechtung berechtigten Irrtum unterlag, kann sie sich davon lösen. In Betracht kommt das insbesondere bei einem Erklärungsirrtum im Sinne von § 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB, wenn sich die Arbeitgeber*in verschrieb, als sie die Entgeltgruppe oder die konkrete Vergütung vereinbarte.⁹⁶⁹ Lägen diese Voraussetzungen vor, würde der Vergütungsanspruch gemäß § 142 Abs. 1 BGB ex tunc entfallen und dann wiederum ein Rückforderungsanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB entstehen. Gleiches gilt auch für einen Inhaltsirrtum, der bezogen auf die Rechtsfolgen nur dann beachtlich ist, wenn die Rechtsfolgen selbst Inhalt der rechtsgeschäftlichen Erklärung sind.⁹⁷⁰ Ein zur Anfechtung berechtigender Erklärungs- oder Inhaltsirrtum wird eher die Ausnahme sein. In der Regel wird die konstitutive Absprache einer übertariflichen Vergütung auf anderweitigen, nicht anfechtungsrelevanten Irrtümern beruhen. So sind gerade Fehler in der internen Willensbildung und Erklärungsvorbereitung, beispielsweise bei der Überlegung, welche Wirkung die Wiedergabe der Entgeltgruppe im Vertrag auf zuwendungsrechtlicher Seite hat, als unbeachtlicher Motivirrtum einzuordnen.⁹⁷¹

⁹⁶⁸ Greiner, in: Preis (Hrsg.), Der Arbeitsvertrag, 6. Aufl. 2020, Teil II A70 Rn. 54.

⁹⁶⁹ Mehlich, DB 1999, 1319, 1321.

⁹⁷⁰ BAG, Urt. v. 16.2.1983 – 7 AZR 134/81, NJW 1983, 2958; BAG, Urt. v. 30.10.1987 – 7 AZR 115/87, NZA 1988, 734, 735; BAG, Urt. v. 10.2.2004 – 9 AZR 401/02, NZA 2004, 606, 608.

⁹⁷¹ LAG Nürnberg, Urt. v. 22.3.2017 – 4 Sa 438/16, BeckRS 2017, 112798, Rn. 53 ff.

entgegenstehen, aber zumindest bewirken, dass trotz der niedrigeren Entgeltgruppe das bisherige Gehalt möglicherweise zunächst erhalten bliebe. Damit wären beispielsweise über die Rückgruppierung hinaus weitere Lösungsschritte der Zuwendungsempfänger*in erforderlich, um den Anspruch aus der betrieblichen Übung zu beseitigen und dem Besserstellungsverbot Folge zu leisten.

aa) Voraussetzungen

Ob eine betriebliche Übung entsteht, hängt unter anderem davon ab, welche Gestalt die für das Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen annehmen: Wenn bereits im Arbeitsvertrag oder anderweitig ein expliziter Anspruch formuliert wird, braucht es nicht das Institut der betrieblichen Übung; sie ist demgegenüber subsidiär.⁹⁷⁴ Erneut kommen die Auslegungsgrundsätze zum Tragen, um zu ermitteln, welche konkreten Ansprüche sich bereits aus dem Arbeitsvertrag ergeben. Für die Vergütungshöhe entscheidend ist deshalb wie schon oben bei der korrigierenden Rückgruppierung, inwiefern die Zuwendungsempfänger*in den TVöD explizit oder konkludent in Bezug nimmt. Es geht also für die Frage der betrieblichen Übung allein um die Fälle, in denen sich nicht bereits aus dem Arbeitsvertrag ein Anspruch auf die übertarifliche Zulage erschließt, dort also gerade kein selbstständiger übertariflicher Entgeltbestandteil vereinbart wurde. Bezogen auf derartige übertarifliche Leistungen kann grundsätzlich eine betriebliche Übung entstehen.⁹⁷⁵ Dazu ist weiterhin ein kollektiver Bezug erforderlich;⁹⁷⁶ es reicht nicht aus, wenn die übertarifliche Leistung nur gegenüber einer Arbeitnehmer*in wiederholt gewährt wurde. In dem Szenario, dass einer ausreichenden Zahl Arbeitnehmer*innen die gleiche übertarifliche Zulage gezahlt wurde, ist also eine betriebliche Übung denkbar. Das wäre beispielsweise in dem Fall möglich, dass die Zuwendungsempfänger*in für alle Beschäftigten mit der gleichen oder jedenfalls einer vergleichbaren Tätigkeit, die in die gleiche Entgeltgruppe eingruppiert sind, irrtümlich von einer zu hohen Entgeltgruppe ausgeht und sie dementsprechend übertariflich vergütet. Alternativ könnte einer übertariflichen Zulage

⁹⁷⁴ Vgl. BAG, Urt. v. 27.6.1985 – 6 AZR 392/81, NZA 1986, 401, 403; BAG, Urt. v. 24.11.2004 – 10 AZR 202/04, NZA 2005, 349, 352; BAG, Urt. v. 20.6.2007 – 10 AZR 410/06, NZA 2007, 1293, 1295.

⁹⁷⁵ BAG, Urt. v. 24.3.2010 – 10 AZR 43/09, NZA 2010, 759, 760 Rn. 17; BAG, Urt. v. 29.8.2012 – 10 AZR 571/11, NZA 2013, 40, 41 Rn. 20; BAG, Urt. v. 19.9.2018 – 5 AZR 439/17, NZA 2019, 106, 107 Rn. 16.

⁹⁷⁶ BAG, Urt. v. 11.4.2006 – 9 AZR 500/05, NZA 2006, 1089, 1090 f.; BAG, Urt. v. 18.7.2017 – 9 AZR 850/16, BeckRS 2017, 123673, Rn. 22; BAG, Urt. v. 19.9.2018 – 5 AZR 439/17, NZA 2019, 106, 107.

dann ein kollektiver Bezug zukommen, wenn allen Arbeitnehmer*innen oder einer abgrenzbaren Gruppe von Beschäftigten im Unternehmen eine übertarifliche Zulage in gleicher Höhe gezahlt wird, ohne dass eine anderweitige vertragliche Anspruchsgrundlage dafür besteht.⁹⁷⁷ In Betracht kommt dann, dass sich aus dem tatsächlichen Verhalten der Arbeitgeber*in gegenüber einer individuellen Arbeitnehmer*in ein Angebot erschließt, das sie durch schlüssiges Verhalten im Sinne von § 151 BGB annehmen kann.⁹⁷⁸ Diese dogmatische Herleitung durch die Rechtsprechung, auch als Vertragstheorie bekannt, ist jedoch nicht unumstritten.⁹⁷⁹

Geht man von dem geschilderten Szenario mit kollektivem Bezug aus: Einer betrieblichen Übung könnte weiterhin entgegenstehen, wenn die Zulage nicht mit Verpflichtungswillen gezahlt wurde, sondern rein aus Versehen, beispielsweise weil die Zuwendungsempfänger*in irrtümlich davon ausging, zu einer Gehaltszahlung in der Höhe verpflichtet zu sein. Zunächst ist festzustellen: Wenn der Grundsatz der Tarifautomatik greift und man wie oben vertreten davon ausgeht, dass die korrigierende Rückgruppierung deshalb zulässig ist, wäre es schon denklogisch widersprüchlich, zugleich von einer betrieblichen Übung auszugehen, wenn das *irrtümlich* übertarifliche Gehalt wiederholt gewährt wird. Dies würde die korrigierende Wirkung der Rückgruppierung in der Mehrheit der Fälle vereiteln. Gesetzt den Fall, dass sich aus dem Arbeitsvertrag kein Anspruch auf die übertarifliche Vergütung ergibt: Ging die Arbeitgeber*in irrtümlich davon aus, tarifgerecht zu entlohnen, ist zweifelhaft, ob auf den irrtümlichen Vergütungsbestandteil qua betrieblicher Übung ein Anspruch besteht. In anderen Worten: Es ist fraglich, ob die irrtümliche Gewährung eines Vorteils in dem Glauben, dazu anderweitig rechtlich verpflichtet zu sein, eine betriebliche Übung auslösen kann. Versteht man die betriebliche Übung nach der Rechtsprechung im Sinne der Vertragstheorie als (konkludenten) Vertragsschluss,⁹⁸⁰ steht der Irrtum dem Zustandekommen einer betrieblichen Übung entgegen: Wenn die

⁹⁷⁷ Vgl. BAG, Urt. v. 11.4.2006 – 9 AZR 500/05, NZA 2006, 1089, 1090 f.

⁹⁷⁸ BAG, Urt. v. 29.9.2004 – 5 AZR 528/03, NZA-RR 2005, 501, 502; BAG, Urt. v. 8.12.2010 – 10 AZR 671/09, NZA 2011, 628, 629; BAG, Urt. v. 14.9.2011 – 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81, 81 f.; BAG, Urt. v. 13.5.2015 – 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992.

⁹⁷⁹ Ihr steht auf der anderen Seite das Verständnis von der betrieblichen Übung als Vertrauenshaftung entgegen, s. bspw. *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 387 ff.; *Hromadka*, NZA 1984, 241 ff. Auf Vertrauensschutzgesichtspunkte wird sogleich unter Teil 3 B. II. 4. d) (2) eingegangen.

⁹⁸⁰ S. nur BAG, Urt. v. 14.8.1996 – 10 AZR 69/96, NZA 1996, 1323; BAG, Urt. v. 21.1.1997 – 1 AZR 572/96, NZA 1997, 1009, 1012; *ErfK/Preis*, 21. Aufl. 2021, § 611a BGB Rn. 220 m.w.N.

Arbeitgeber*in sich ersichtlich tarifgerecht verhalten will und „Leistungen in der irrigen Annahme erbringt, zu diesen bereits aus anderen Gründen verpflichtet zu sein“⁹⁸¹, handelt sie nicht mit dem erforderlichen Rechtsbindungswillen, einen Anspruch für die Zukunft zu begründen.⁹⁸² Das Argument kann jedoch nur greifen, wenn sich die vermeintliche Verpflichtung zum Beispiel aufgrund einer expliziten Bezugnahme Klausel ergibt. Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG ist der Verpflichtungswille der Arbeitgeber*in hingegen für das Entstehen einer betrieblichen Übung unerheblich.⁹⁸³ Es komme vielmehr darauf an, wie die Erklärungsempfänger*in die Erklärung oder das Verhalten der Arbeitgeber*in nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Begleitumstände (§§ 133, 157 BGB) verstehen durfte.⁹⁸⁴ Die Rechtswirkung entstände also bereits dann, wenn aus Sicht der Erklärungsempfänger*in dem tatsächlichen Verhalten der Arbeitgeber*in der Wille zugrunde liegt, eine bestimmte übertarifliche Leistung zu gewähren.⁹⁸⁵ Ebendiese Perspektive ist für das Zustandekommen einer betrieblichen Übung entscheidend: Geht die betroffene Arbeitnehmer*in ebenfalls davon aus, dass die Arbeitgeber*in die Regelungen des in Bezug genommenen Tarifvertrags vollzieht und damit einer bereits gesetzlich, kollektiv- oder individualvertraglich bestehenden Rechtspflicht nachkommt, kann die irrtümliche Zahlung des übertariflichen Gehaltsbestandteils nicht als stillschweigendes Angebot zur Begründung einer betrieblichen Übung mit dem Inhalt verstanden werden.⁹⁸⁶ Es fehlt „bei objektiver Betrachtung bereits an einer konkludenten Willenserklärung, die Grundlage für eine betriebliche Übung sein könnte.“⁹⁸⁷ Kann die Arbeitnehmer*in die Zahlung nach Auslegung anhand des objektiven Empfängerhorizonts jedoch nicht als Irrtum verstehen, sondern vielmehr

⁹⁸¹ BAG, Urt. v. 24.9.2015 – 2 AZR 680/14, NJOZ 2016, 540, 543 Rn. 32. Das Urteil verweist auf BAG, Urt. v. 29.8.2012 – 10 AZR 571/11, NZA 2013, 40, 41 Rn. 20.

⁹⁸² *Waltermann*, RdA 2006, 257, 266. Im Ergebnis gleichermaßen die betriebliche Übung bei Irrtum der Arbeitgeber*in ablehnend BAG, Urt. v. 29.8.2012 – 10 AZR 571/11, NZA 2013, 40 ff.; BAG, Urt. v. 24.9.2015 – 2 AZR 680/14, NJOZ 2016, 540, 543.

⁹⁸³ Vgl. nur BAG, Urt. v. 23.8.2017 – 10 AZR 136/17, NZA 2018, 44, 46 Rn. 18; BAG, Urt. v. 11.7.2018 – 4 AZR 443/17, NJW 2018, 3666, 3668 Rn. 29; BAG, Urt. v. 19.9.2018 – 5 AZR 439/17, NZA 2019, 106, 107 Rn. 16. Aufgrund des Widerspruchs zu der Annahme eines Angebots für das Zustandekommen der betrieblichen Übung zeigt das freilich die Schwächen der Vertragstheorie auf.

⁹⁸⁴ BAG, Urt. v. 24.3.2010 – 10 AZR 43/09, NZA 2010, 759, 760 Rn. 16; BAG, Urt. v. 11.7.2018 – 4 AZR 443/17, NJW 2018, 3666, 3668.

⁹⁸⁵ BAG, Urt. v. 29.8.2012 – 10 AZR 571/11, NZA 2013, 40, 41 Rn. 20; MüKoBGB/*Spinner*, 8. Aufl. 2020, § 611a BGB Rn. 333.

⁹⁸⁶ BAG, Urt. v. 15.12.2009 – 9 AZR 887/08, NJOZ 2011, 178, 182 Rn. 40; vgl. *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 1 Rn. 2440; MüKoBGB/*Spinner*, 8. Aufl. 2020, § 611a BGB Rn. 333.

⁹⁸⁷ BAG, Urt. v. 15.12.2009 – 9 AZR 887/08, NJOZ 2011, 178, 182 Rn. 40 mit Verweis auf BAG, Urt. v. 30.1.2002 – 10 AZR 359/01, NJOZ 2002, 1761, 1766 f.

davon ausgehen, dass die Arbeitgeber*in damit eine übertarifliche Zulage leisten wollte, kann dadurch eine betriebliche Übung zustande gekommen sein.

bb) Besonderheiten im öffentlichen Dienst

Für den öffentlichen Dienst gilt nach der Rechtsprechung darüber hinaus die Besonderheit, dass regelmäßig davon auszugehen ist, die Arbeitgeber*in wolle allein den tariflichen Normvollzug sicherstellen,⁹⁸⁸ sodass die Anforderungen an das Entstehen einer betrieblichen Übung in dem Bereich strenger sind. Der Auslegungsgrundsatz ist darauf zurückzuführen, dass öffentliche Arbeitgeber*innen Haushaltsvorgaben wie den Sparsamkeitsgrundsatz einzuhalten haben.⁹⁸⁹ Deshalb haben individuell zugesicherte Zusatzleistungen im öffentlichen Dienst nach der Rechtsprechung Ausnahmecharakter.⁹⁹⁰ Das kann zwar nicht unmittelbar auf die privatwirtschaftliche Zuwendungsempfänger*in übertragen werden, aber für sie ist einerseits auf ähnliche Weise das Besserstellungsverbot Ausfluss haushaltsrechtlicher Vorgaben, die verwaltungsrechtlich für die Zuwendungsempfänger*in Bindungswirkung entfalten. Andererseits ist ihren Beschäftigten der Zuwendungsempfänger*in möglicherweise die Bindung und Interessenlage der Arbeitgeber*in weniger allgemein bekannt als denjenigen einer öffentlichen Arbeitgeber*in, sodass die Schutzwürdigkeit faktisch weniger stark gemindert und die betriebliche Übung nicht auf einer identischen Argumentationsgrundlage abgelehnt werden kann. Zudem gelten die besonderen Maßstäbe für die betriebliche Übung im öffentlichen Dienst nicht schrankenlos für ähnlich gelagerte Konstellationen, was sich daran zeigt, dass sie nicht für Kirchen und freie Wohlfahrtsträger angewandt werden.⁹⁹¹ In einem Rechtsstreit vor dem LAG Baden-Württemberg, in dem es am Rande darum ging, ob die Maßstäbe auf die Zuwendungsempfänger*in übertragen werden können, argumentierte die Kläger*in, eine Beschäftigte eines Zuwendungen empfangenden Vereins, dagegen. Die zuwendungsrechtlichen Vorgaben würden nicht die eigenen Gestaltungsspielräume der Arbeitgeber*in beseitigen, weil sie letztlich

⁹⁸⁸ BAG, Urt. v. 23.6.1988 – 6 AZR 137/86, NZA 1989, 55, 56; BAG, Urt. v. 29.9.2004 – 5 AZR 528/03, NZA-RR 2005, 501, 503.

⁹⁸⁹ MüKoBGB/*Spinner*, 8. Aufl. 2018, § 611a BGB Rn. 334.

⁹⁹⁰ So das Fazit von *Bieder*, RdA 2019, 377, 378 in seiner Besprechung von BAG, Urt. v. 19.9.2018 – 5 AZR 439/17, NZA 2019, 106 ff. *Bieder* kritisiert zurecht, dass diese Handhabung die Wirkung des Günstigkeitsprinzips im öffentlichen Dienst dadurch erheblich einschränkt. S. dazu schon oben Teil 2 C. I. 2. a).

⁹⁹¹ Vgl. BAG, Urt. v. 26.5.1993 – 4 AZR 130/93, NZA 1994, 88, 89 f.; Staudinger/*Richardi/Fischinger*, Neubearb. 2020, § 611a Rn. 995.

selbstbestimmt die öffentlichen Mittel beantragt hatte, und die „Eigenschaft des öffentlichen Dienstes [...] nicht über vertragliche Bindungen aus Zuwendungsbescheiden auf beliebige Dritte übertragen werden“⁹⁹² könne. Das erinnert ein wenig an die Diskussion zur privatautonomen Entscheidung der Betriebserwerber*in im Rahmen von § 613a BGB.⁹⁹³ Das LAG enthub sich der Beantwortung der Frage ob die Grundsätze zur betrieblichen Übung im öffentlichen Dienst auf Zuwendungsempfänger*innen übertragen werden könnten, erklärte aber am Rande, dass die Zuwendungsempfänger*in durchaus über den Zuwendungsbescheid an den Grundsatz des Normvollzugs und damit jedenfalls über die Nebenbestimmungen an das Besserstellungsverbot gebunden sei. Es sei im Fall der Mischfinanzierung dennoch „nicht zu verkennen, dass der Beklagte nicht ausschließlich von Mitteln der öffentlichen Hand, die er im Übrigen selbst beantragt, lebt, sondern eben auch Drittmittel von privater Seite anwirbt, für die irgendwelche Haushaltsvorgaben keine Rolle spielen.“⁹⁹⁴ Die Parteien einigten sich vor dem BAG in der nächsten Instanz auf einen Vergleich, sodass es zu keiner dahingehenden höchstrichterlichen Entscheidung kam. Wie bereits im Zusammenhang mit dem Günstigkeitsprinzip geschildert, sind Auslegungsgrundsätze, die für den öffentlichen Dienst entwickelt wurden, tatsächlich nicht ohne Weiteres auf Zuwendungsempfänger*innen übertragbar. Trotzdem bildet die (mittelbare) Bindung an die Haushaltsgrundsätze eine Parallele. Regelmäßig wird man deshalb für die angesprochenen Konstellationen im Anwendungsbereich des Besserstellungsverbots zu dem Ergebnis kommen, dass der Arbeitnehmer*in keine Ansprüche aus betrieblicher Übung auf ein höheres Gehalt als im TVöD bei richtiger Eingruppierung vorgesehen zustehen, selbst wenn die Zuwendungsempfänger*in irrtümlich von einer höheren Vergütung ausging. Anders ist es nur dann zu bewerten, wenn die übertarifliche Vergütung nicht auf einem Irrtum der Arbeitgeber*in beruhte.

cc) Inbezugnahme eines Tarifvertrags qua betrieblicher Übung

Doch auch wenn die betriebliche Übung, sei es mangels kollektiver Bindung oder aufgrund der für die Arbeitnehmer*in erkennbar irrtümliche Zahlung, im Regelfall nicht der Anpassung des Arbeitsvertrags an das Besserstellungsverbot entgegensteht,

⁹⁹² LAG Baden-Württemberg, Urf. v. 7.10.2013 – 10 Sa 10/13, BeckRS 2014, 67099.

⁹⁹³ S. dazu oben Teil 2 B. II. 1. d).

⁹⁹⁴ LAG Baden-Württemberg, Urf. v. 7.10.2013 – 10 Sa 10/13, BeckRS 2014, 67099.

kann sie im Verhältnis zwischen Arbeitnehmer*in und Zuwendungsempfänger*in anderweitig entscheidende Bedeutung erlangen. Wie erläutert enthält das Besserstellungsverbot keine Vorgaben dazu, inwiefern es individualvertraglich umgesetzt werden soll. Ob die Zuwendungsempfänger*in den TVöD vertraglich in Bezug nimmt oder sich allein inhaltlich an den tariflichen Arbeitsbedingungen zum Zeitpunkt der Zuwendungsvergabe orientiert, ist ihr also offengelassen. Entscheidet sich die Zuwendungsempfänger*in gegen eine explizite schuldrechtliche Inbezugnahme des Tarifvertrags, verbleibt die Möglichkeit, dass die Inbezugnahme des TVöD durch betriebliche Übung erfolgt, also dadurch, dass die Arbeitgeber*in der Belegschaft wiederholt dem TVöD entsprechende Leistungen gewährt. Naturgemäß kann durch eine betriebliche Übung keine Tarifbindung im Sinne von § 4 Abs. 1 TVG entstehen, wohl aber ein schuldrechtlicher Anspruch auf die Einhaltung des Tarifvertrags. Unabhängig vom Besserstellungsverbot wurde die tarifliche Bezugnahme auf einen Tarifvertrag durch betriebliche Übung bereits in Literatur und Rechtsprechung diskutiert.⁹⁹⁵ Es handelt sich bei der Bezugnahme durch betriebliche Übung zwar nicht um eine Rechtsfolge, die sich aus einem Verstoß gegen das Besserstellungsverbot ergibt. Allerdings hätte es bedeutende Konsequenzen für die an das Besserstellungsverbot gebundene Zuwendungsempfänger*in und ihre Beschäftigten, wenn auch ohne explizite Vertragsabsprache eine vertragliche Bezugnahme entstünde. Parallel zur Rechtsprechungsentwicklung hinsichtlich Bezugnahme Klauseln und ihrer Auslegung hat sich verändert, inwieweit zur alten Rechtsprechung getätigte Erwägungen für die Bezugnahme durch betriebliche Übung noch gelten können. Aufgrund der Abkehr von der Auslegung von Bezugnahme Klauseln als Gleichstellungsabrede sollte die Tarifbindung der Arbeitgeber*in ein weniger ausschlaggebendes Kriterium sein als bis vor einigen Jahren noch angenommen. Für die Inbezugnahme eines Tarifvertrags kraft betrieblicher Übung spricht aber grundsätzlich nach wie vor, dass sich die Arbeitgeber*in, wenn sie sich im Arbeitsvertrag inhaltlich an einem bestimmten Tarifvertrag orientiert, „ersichtlich die Vorteile nutzen [will], die ein Tarifwerk in puncto

⁹⁹⁵ Im Überblick Staudinger/*Richardi/Fischinger*, Neubearb. 2020, § 611a Rn. 997; s. außerdem *Betz*, BB 2010, 2045 ff.; *Henssler*, FS 50 Jahre BAG 2004, 683 ff.; *Sutschet*, NZA 2008, 679 ff. Die grds. Möglichkeit der vertragl. Bezugnahme durch betr. Übung ist auch in der Rspr. anerkannt; s. z.B. BAG, Urt. v. 19.1.1999 – 1 AZR 606/98, NZA 1999, 879, 881. S. zur Entwicklung der Rspr. *Henssler*, FS 50 Jahre BAG 2004, 683, 693 f.

Rechtssicherheit und Transaktionskostensparnis aufweist.⁹⁹⁶ Für das Zustandekommen kommt es wiederum auf die Sicht der Arbeitnehmer*in nach §§ 133, 157 BGB an. Die betriebliche Übung wird deshalb in vielen Fällen daran scheitern, dass die Arbeitgeber*innen bereits „aufgrund tatsächlich oder vermeintlich bestehenden anderweitigen Pflichten von der Anwendung eines bestimmten Tarifvertragswerks ausgehen und dies auch hinreichend erkennbar für die Arbeitnehmer ist“.⁹⁹⁷ Wenn das aber ausnahmsweise nicht der Fall ist und man die betriebliche Übung bejaht, kommt es für die Abgrenzung zwischen umfassender und nur partieller Bezugnahme, also beispielsweise nur des Tariflohns, darauf an, ob die Arbeitgeber*in wesentliche Tarifbedingungen anwendete, oder nur punktuell dem Tarifvertrag entsprechende Leistungen gewährte: „Erst wenn hier Regelungen aus unterschiedlichen Komplexen aufgegriffen werden, kann eine generelle Bezugnahme unterstellt werden.“⁹⁹⁸ Ein weiteres Auslegungskriterium ist wie erwähnt die Tarifbindung der Arbeitgeber*in. Bei einer nicht tarifgebundenen Arbeitgeber*in ist in der Regel von der nur punktuellen Bezugnahme auszugehen.⁹⁹⁹ Zudem spreche die mangelnde Tarifbindung regelmäßig dafür, nur von einer statischen Bezugnahme auszugehen.¹⁰⁰⁰ Wie angesprochen ist fraglich, inwiefern das seit der Abkehr vom Regelfall der Gleichstellungsabrede noch gelten kann.¹⁰⁰¹ Jedenfalls bei außer- und übertariflichen Zulagen ist es sinnvoll, nicht tarifgebundene und tarifgebundene Arbeitgeber*innen parallel zu betrachten, weil die Situation dann mangels tarifvertraglicher Vorgaben sowieso vergleichbar ist.¹⁰⁰²

In Konstellationen des Besserstellungsverbots bleibt zu berücksichtigen, dass die Zuwendungsempfänger*in der hinter dem TVöD stehenden Arbeitgeber*innenvereinigung in der Regel nicht beitreten kann. Deshalb kann die mangelnde Tarifbindung ohnehin nicht gleichermaßen wie bei Unternehmen, die keine Zuwendungen erhalten, als Auslegungskriterium herangezogen werden. Gegen die Möglichkeit, dass durch betriebliche Übung eine vertragliche Bezugnahme auch der

⁹⁹⁶ *Henssler*, FS 50 Jahre BAG 2004, 683, 695.

⁹⁹⁷ *Arnold*, FD-ArbR 2018, 412742.

⁹⁹⁸ *Henssler*, FS 50 Jahre BAG 2004, 683, 700.

⁹⁹⁹ *Henssler*, FS 50 Jahre BAG 2004, 683, 695; s. zum Kriterium der Tarifbindung auch sogleich.

¹⁰⁰⁰ *Betz*, BB 2010, 2045; *Henssler*, FS 50 Jahre BAG 2004, 683, 696; *Staudinger/Richardi/Fischinger*, Neubearb. 2020, § 611a Rn. 997; *Sutschet*, NZA 2008, 679, 682 f.

¹⁰⁰¹ S. dazu *Betz*, BB 2010, 2045, 2046 ff.

¹⁰⁰² *Bieder*, RdA 2019, 377, 379.

nicht tarifgebundenen Arbeitgeber*in konstruiert werden kann, spreche, dass sie ihre Entscheidungsfreiheit hinsichtlich der zukünftigen Lohnentwicklung regelmäßig bewahren und sich grundsätzlich nicht der Regelungsmacht der Verbände unterwerfen wolle: Nur, wenn deutliche Anhaltspunkte dafür bestünden, dass die Arbeitgeber*in auf Dauer die von den Tarifvertragsparteien ausgehandelten Arbeitsbedingungen übernehmen will, könne eine dahingehende betriebliche Übung angenommen werden.¹⁰⁰³ Selbst, wenn die nicht tarifgebundene Arbeitgeber*in tarifliche Löhne zahle, bedeute das aber in erster Linie nur, dass sie dem Arbeitsverhältnis angelehnt an § 612 Abs. 2 BGB eine übliche Vergütung zugrunde legen möchte.¹⁰⁰⁴ Diese Argumentation greift beim Besserstellungsverbot nicht: Sie kann sich zwar nicht im tarifrechtlichen Sinn der Regelungsmacht der Tarifparteien des TVöD unterwerfen; aber sie ist aufgrund der zuwendungsrechtlichen Vorgabe, sich mittelbar an dessen Maßstäben zu orientieren, in ihrer Entscheidungsfreiheit hinsichtlich der Arbeitsbedingungen erheblich eingeschränkt. Ob die Bezugnahme kraft betrieblicher Übung trotz mangelnder Tarifbindung der Zuwendungsempfänger*in möglich bleibt, ist mithin offen. Naheliegender ist in vielen Fällen die spezifische Konstruktion, dass sich aus dem bisherigen Mitgehen bei Tariflohnerhöhungen ein Anspruch aus betrieblicher Übung ergeben kann; wie beispielsweise kürzlich vom BAG thematisiert.¹⁰⁰⁵ Zwar ging es dort um ein Arbeitsverhältnis, für das der entsprechende Tarifvertrag dynamisch in Bezug genommen wurde; das Gericht entschied, dass sich die Tariflohnerhöhung aufgrund einer betrieblichen Übung anhand des der Arbeitnehmer*in zustehenden, tatsächlichen übertariflichen Gehalts berechnet und nicht nur auf der Basis eines – gedachten – „tariflichen Anteils“ daran. Vom Sachverhalt her passender ist ein vorangehendes BAG-Urteil:¹⁰⁰⁶ Eine Arbeitgeber*in hatte ihren Arbeitnehmer*innen wiederholt eine Erhöhung der Löhne und Gehälter entsprechend der Tarifentwicklung in einem bestimmten Tarifgebiet weitergegeben. Das Szenario ist übertragen auf das Besserstellungsverbot vom Sachverhalt her grundsätzlich denkbar für den Fall, dass

¹⁰⁰³ Vgl. so zum Anspruch auf Tariflohnerhöhung qua betr. Übung BAG, Urt. v. 16.1.2002 – 5 AZR 715/00, NZA 2002, 632, 633; BAG, Urt. v. 26.8.2009 – 5 AZR 969/08, NZA 2010, 173, 175 Rn. 26; BAG, Urt. v. 19.10.2011 – 5 AZR 359/10, NZA-RR 2012, 344, 345; BAG, Urt. v. 24.2.2016 – 4 AZR 990/13, NZA 2016, 557, 558 Rn. 21.

¹⁰⁰⁴ *Henssler*, FS 50 Jahre BAG 2004, 683, 695.

¹⁰⁰⁵ BAG, Urt. v. 19.9.2018 – 5 AZR 439/17, NZA 2019, 106 ff.; zuvor unter anderem BAG, Urt. v. 24.2.2016 – 4 AZR 990/13, NZA 2016, 557 ff.; BAG, Urt. v. 16.1.2002 – 5 AZR 715/00, NZA 2002, 632 ff.

¹⁰⁰⁶ BAG, Urt. v. 24.2.2016 – 4 AZR 990/13, NZA 2016, 557 ff.

die Zuwendungsempfänger*in ihren Beschäftigten, ohne eine vertragliche Inbezugnahme des TVöD vereinbart zu haben, Lohnerhöhungen des TVöD mittelbar und wiederholt weitergibt. Die Rechtsprechung betonte in den Konstellationen besonders, dass die mangelnde Tarifbindung der Arbeitgeber*in grundsätzlich ein Ausschlusskriterium für die Annahme einer solchen betrieblichen Übung sei. Wenn die Arbeitgeber*in aber wie geschildert gar keine Tarifbindung erzeugen kann, kann man nicht per se auf einen fehlenden Bindungswillen im Kontext der betrieblichen Übung schließen. Die „primär am (mutmaßlichen) Arbeitgeberwillen“¹⁰⁰⁷ ausgerichtete Auslegung schlägt in den Fällen fehl. Insofern müssen für Konstellationen des Besserstellungsverbots andere Auslegungsgrundsätze greifen. Die mangelnde Tarifbindung kann keine Rolle spielen; statt um die Tarifbindung der Zuwendungsempfänger*in geht es vielmehr darum, ob ihre Beschäftigten nach §§ 133, 157 davon ausgehen durften, die Arbeitgeber*in werde sich auch zukünftig an den tariflichen Lohnstrukturen orientieren und die Tariflohnerhöhungen entsprechend weitergeben. Gerade weil aufgrund der Bindungen des Besserstellungsverbots kein separater Spielraum für Gehaltserhöhungen besteht, spräche das im Regelfall für einen solchen Willen der Zuwendungsempfänger*in. Legt man das an das Besserstellungsverbot angepasste Verständnis zugrunde und bejaht den Bindungswillen, würde sogar eine dynamische Wirkung der Bezugnahme qua betrieblicher Übung erzeugt. Sie würde sich jedoch allein auf das Entgelt beziehungsweise den Tariflohn beziehen, mithin punktuell wirken. Gerade weil das Besserstellungsverbot den TVöD nur als Obergrenze heranzieht und die Umsetzung nachfolgender Tariflohnerhöhungen der Zuwendungsempfänger*in überlässt, wäre eine derartige abgeänderte Auslegung angemessen.

Die Zuwendungsempfänger*in sollte sich den Risiken der potentiellen betrieblichen Übung bewusst sein. Zwar schränkt die Voraussetzung des kollektiven Bezugs den Anwendungsbereich für die Zuwendungsempfänger*in regelmäßig ein. Scheitert die betriebliche Übung allein am kollektiven Bezug, kann auch unabhängig davon auf der Grundlage des § 151 BGB, also wie bei der Konstruktion der betrieblichen Übung nach der Vertragstheorie, eine konkludente vertragliche Vereinbarung und damit ein

¹⁰⁰⁷ Betz, BB 2010, 2045, 2046.

Anspruch der Arbeitnehmer*in zustande kommen.¹⁰⁰⁸ Dennoch kann sich durch betriebliche Übung ein Anspruch auf eine wiederholt gewährte betriebliche Übung ergeben, wobei die strengeren Voraussetzungen im öffentlichen Dienst nur begrenzt auf die Zuwendungsempfänger*in übertragbar sind. Besonders heikel ist die tarifliche Inbezugnahme eines Tarifvertrags durch betriebliche Übung oder ein punktueller Anspruch auf Tariflohnerhöhung qua betrieblicher Übung. Eine umsichtige Vertragsgestaltung kann solche bestehenden Restrisiken weitgehend beseitigen, indem sie durch die Formulierung der Klauseln wichtige Hinweise zur Auslegung mitliefert.¹⁰⁰⁹

(2) Vertrauensschutz

Zudem können der einseitigen Entgeltveränderung Aspekte des Vertrauens- und Bestandsschutzes entgegenstehen. Es handelt sich dabei um allgemeine Rechtsgedanken des Zivilrechts, die auch und gerade im Arbeitsrecht zum Tragen kommen. Als einfachgesetzliches Einfallstor dient die zivilrechtliche Generalklausel in § 242 BGB. Wenn die Arbeitgeber*in sich widersprüchlich verhält und das als missbräuchlich angesehen wird, kann zum Beispiel die korrigierende Rückgruppierung als unzulässige Rechtsausübung einzuordnen sein. Dazu muss zum einen objektiv das Gesamtbild widersprüchlichen Verhaltens vorliegen, also das frühere Verhalten mit dem jetzigen unvereinbar sein, sowie zum anderen die darauf bezogenen Interessen der anderen Partei vorrangig schutzwürdig sein.¹⁰¹⁰ Das ist insbesondere dann der Fall, wenn sie im Hinblick darauf Dispositionen getroffen hat; sie kann aber auch ohne solche schutzwürdig sein.¹⁰¹¹

Wie bei der korrigierenden Rückgruppierung bereits angedeutet, kann ein schutzwürdiges Vertrauen der Arbeitnehmer*in auf die konkrete Vergütungsgruppe durch verschiedene Umstände begründet worden sein. Dabei können auch solche Tatsachen ein schutzwürdiges Vertrauen begründen oder verstärken, die nicht

¹⁰⁰⁸ BAG, Urt. v. 14.9.2011 – 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81, 82 Rn. 13; MüKoBGB/*Spinner*, 8. Aufl. 2020, § 611a BGB Rn. 352; um den entstandenen Anspruch zu beseitigen ist dann eine Vertragsänderung oder mglw. eine Änderungskündigung erforderlich.

¹⁰⁰⁹ S. dazu unter Teil 3 C. III. die Gedanken zur Arbeitsvertragsgestaltung der Zuwendungsempfänger*in.

¹⁰¹⁰ BGH, Urt. v. 12.7.2016 – XI ZR 501/15, NJW 2016, 3518, 3520 Rn. 20; BGH, Urt. v. 16.3.2017 – I ZR 39/15, GRUR 2017, 702, 713 Rn. 96.

¹⁰¹¹ Palandt/*Grüneberg*, 80. Aufl. 2021, § 242 Rn. 56.

ausreichen, um als schlüssige Vereinbarung oder Zusage gewertet zu werden.¹⁰¹² Schützenswertes Vertrauen kann sich auch aus der Gesamtschau einzelner Umstände ergeben, von denen jeder für sich allein keinen hinreichenden Vertrauenstatbestand begründen kann.¹⁰¹³ Die Korrektur der Eingruppierung selbst kann schon aufgrund des Grundsatzes der Tarifautomatik nicht gegen Treu und Glauben verstoßen. Allein durch die (erstmalige) Eingruppierung setzt die Arbeitgeber*in keinen Rechtsschein, der hinsichtlich des Gehalts Vertrauensschutz auslöst: Es wäre widersprüchlich, „der Eingruppierungsentscheidung einerseits – mit Blick auf die zu niedrige Eingruppierung – jede Rechtsfolge abzusprechen und ihr andererseits Rechtsscheincharakter beizumessen. Der Arbeitgeber setzt keinen Rechtsschein einer übertariflichen Entlohnung, sondern allenfalls den Rechtsschein höheren Tarifentgelts.“¹⁰¹⁴ Mithin kann die Reichweite sowohl der Tarifautomatik als auch des Vertrauensschutzes bestritten werden. Für den Vertrauensschutz entscheidend ist die Wechselwirkung zwischen den vertrauensbegründenden Umständen und dem Zeitraum, in dem die fehlerhafte Eingruppierung bestand.¹⁰¹⁵ Wenn die Eingruppierung wiederholt durch die Arbeitgeber*in bestätigt wurde, beispielsweise durch die wiederholte Nennung der Entgeltgruppe bei einem vertragsergänzenden Schreiben¹⁰¹⁶ oder einem zwischenzeitlich erfolgten Bewährungsaufstieg,¹⁰¹⁷ kann das ein Anhaltspunkt für einen vertrauensbegründenden Umstandsmoment sein. Auch die wiederholte korrigierende Rückgruppierung ist regelmäßig treuwidrig, wenn die Tätigkeit der Arbeitnehmer*in und das Tarifrecht unverändert geblieben sind.¹⁰¹⁸ Eine Arbeitnehmer*in kann sich jedenfalls im öffentlichen Dienst nur selten auf Vertrauensschutz berufen; die spezifische Darlegungs- und Beweislast der korrigierenden Rückgruppierung¹⁰¹⁹ gewährleistet bereits einen nur „begrenzten Vertrauensschutz“ der betroffenen

¹⁰¹² BAG, Urt. v. 14.9.2005 – 4 AZR 348/04, NJOZ 2006, 1855, 1859; LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 22.2.2006 – 13 Sa 42/05, BeckRS 2011, 65810, Rn. 146.

¹⁰¹³ BAG, Urt. v. 14.9.2005 – 4 AZR 348/04, NJOZ 2006, 1855, 1857 Rn. 18; BAG, Urt. v. 23.8.2006 – 4 AZR 417/05, NZA 2007, 516, 517 Rn. 13; BAG, Urt. v. 23.9.2009 – 4 AZR 220/08, NJOZ 2010, 1188, 1189 Rn. 16.

¹⁰¹⁴ *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 1 Rn. 2440; s. dazu auch *Schwarze*, RdA 1997, 343 ff.

¹⁰¹⁵ BeckOK TVöD/*Steuernagel*, 53. Aufl. 2020, § 12 TVöD (VKA) Rn. 5a.

¹⁰¹⁶ LAG Köln, Urt. v. 12.7.2002 – 11 Sa 202/02, BeckRS 2002, 30463186.

¹⁰¹⁷ BAG, Urt. v. 14.9.2005 – 4 AZR 348/04, juris, Rn. 21.

¹⁰¹⁸ BAG, Urt. v. 23.8.2006 – 4 AZR 417/05, NZA 2007, 516, 517 Rn. 17; BAG, Urt. v. 23.9.2009 – 4 AZR 220/08, NJOZ 2010, 1188, 1189 Rn. 17; vgl. BAG, Urt. v. 13.12.2017 – 4 AZR 576/16, NZA 2018, 601, 603 Rn. 27.

¹⁰¹⁹ S. dazu oben Teil 3 B. II. 4. a).

Arbeitnehmer*in.¹⁰²⁰ Ähnlich den Erwägungen zur betrieblichen Übung darf eine Arbeitnehmer*in im öffentlichen Dienst ohne besondere Anhaltspunkte nicht darauf vertrauen, Leistungen, die tariflich nicht vorgesehen sind, weiterhin zu erhalten. Wenn Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes schon nicht der korrigierenden Rückgruppierung per se entgegenstehen, können sie immerhin übergangsweise verhindern, dass die Arbeitnehmer*in das Gehalt der niedrigeren Vergütungsgruppe erhält, wenn sie beispielsweise mangels Kenntnis von internen Zuständigkeitsregelungen nicht wusste, dass die Vorgesetzte nicht zur Zuweisung höherer Tätigkeiten, die einer höheren Entgeltgruppe entsprechen, befugt war.¹⁰²¹

Steht der korrigierenden Rückgruppierung ein schutzwürdiges Vertrauen der Arbeitnehmer*in entgegen, bleibt der Arbeitgeber*in nur das Mittel der Änderungskündigung, um das Entgelt zu reduzieren.¹⁰²² Greift der Grundsatz der Tarifautomatik nicht, ist wie festgestellt ohnehin nur die Änderungskündigung einschlägig. Fraglich ist dann, ob auch der Änderungskündigung möglicherweise Erwägungen des Vertrauensschutzes der Arbeitnehmer*in entgegenstehen können. Im Prüfungsschema der Änderungskündigung spielt das keine gesonderte Rolle, solange der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt wird und die übrigen Voraussetzungen vorliegen, die wie festgestellt eine deutlich höhere Hürde sind als diejenigen der korrigierenden Rückgruppierung. Jedenfalls wird das Vertrauen der Arbeitnehmer*in, dass keine korrigierende Rückgruppierung erfolgen werde, nicht bei der Änderungskündigung über § 242 BGB geschützt, weshalb es nicht treuwidrig ist, im Sinne eines „Selbstwiderspruchs“ später doch die Änderungskündigung auszusprechen.¹⁰²³

Die Hürden für die Gewährung von Vertrauensschutz sind mithin sehr hoch, gerade wenn es um die Eingruppierung einer Arbeitnehmer*in geht. Insbesondere der korrigierenden Rückgruppierung kann nur in Ausnahmefällen ein schutzwürdiges

¹⁰²⁰ BAG, Urt. v. 16.2.2000 – 4 AZR 62/99, NZA-RR 2001, 216, 220; BAG, Urt. v. 20.3.2013 – 4 AZR 521/11, NJOZ 2013, 1837, 1830 Rn. 20.

¹⁰²¹ Vgl. so zu einer irrtümlichen Höhergruppierung LAG Köln, Urt. v. 6.8.2014 – 5 Sa 877/13, NZA-RR 2014, 650, 651 f.

¹⁰²² Vgl. Däubler/Deinert, 4. Aufl. 2016, § 4 TVG Rn. 405, 408; so bspw. für den Fall, dass sich die der Entlohnung zugrundeliegende Tätigkeit verändert hat; außerdem BAG, Urt. v. 28.11.1990 – 4 AZR 289/90, BeckRS 1990, 30735622.

¹⁰²³ BAG, Urt. v. 24.9.2015 – 2 AZR 680/14, NJOZ 2016, 540, 543 Rn. 33.

Vertrauen der Arbeitnehmer*in entgegenstehen. Festhalten lässt sich aber jedenfalls, dass aus Gründen des Vertrauensschutzes erhöhte Transparenz gegenüber den Beschäftigten der Zuwendungsempfänger*in angebracht ist. Wüssten sie um die Auflagen des Besserstellungsverbots und dessen Wirkung für das Arbeitsverhältnis, würde ihr Vertrauen auf eine konkrete Entgelthöhe oder jedenfalls einen darauf bezogenen Verhandlungsspielraum von vornherein eingeschränkt.

5. Abfederungsmöglichkeiten

In Anbetracht der weitreichenden zuwendungs- und arbeitsrechtlichen Konsequenzen des Besserstellungsverbots sowohl für die Zuwendungsempfänger*in als auch ihre Arbeitnehmer*innen stellt sich die Frage, ob seine Rechtsfolgen anderweitig umgangen werden können. Das hätte insbesondere den Vorteil, die Arbeitnehmer*innen vor Gehaltseinbußen zu schützen. Es geht nicht darum, inwiefern im Vorhinein von den Vorgaben des Besserstellungsverbots abgewichen werden kann; dazu kann beispielsweise eine Ausnahme von § 8 Abs. 2 HG Bund, VV-BHO § 44 Nr. 15.1 beantragt werden. Vielmehr geht es konkret darum, bei einem Verstoß gegen das Besserstellungsverbot den Konsequenzen auf Arbeitgeber*innen- und Arbeitnehmer*innenseite zu entkommen. Am Beispiel des Entgelts sind also Möglichkeiten anzudenken, mit denen das durch korrigierende Rückgruppierung oder anders reduzierte Gehalt ausgeglichen werden kann. Dazu kommen einerseits Möglichkeiten im Rahmen des TVöD in Betracht, die deshalb vorzugswürdig sind, weil sie definitionsgemäß nicht gegen das Besserstellungsverbot verstoßen können. Andererseits können im Individualverhältnis zwischen Zuwendungsempfänger*in und betroffener Arbeitnehmer*in Ausgleichsmöglichkeiten gesucht und einzelvertraglich vereinbart werden. Dann muss jedoch gesondert untersucht werden, ob dadurch nicht erneut gegen das Besserstellungsverbot verstoßen wird.

Der TVöD bietet schon im Voraus der korrigierenden Rückgruppierung verschiedene Möglichkeiten, über die Eingruppierungsentscheidung hinaus Einfluss auf die Vergütung der einzelnen Arbeitnehmer*in zu nehmen. Die Eingruppierung selbst ist jedoch der Dreh- und Angelpunkt. In Betracht kommt deshalb, die vom Verstoß gegen das Besserstellungsverbot betroffenen Stellen durch die Zuordnung höherwertiger Aufgaben anzureichern, um die Eingruppierung in die höhere Vergütungsgruppe auszulösen. Dazu müssten dann jedoch auch entsprechend höhere Haushalts-

beziehungsweise Zuwendungsmittel zur Verfügung stehen. Alternativ kann das Gehalt der zu hoch eingruppierten Beschäftigten abgeschmolzen werden, das heißt, es erfolgt so lange keine Gehaltserhöhung mehr, bis das Gehalt an das TVöD-Niveau angeglichen ist. Die Möglichkeit besteht vermutlich eher für geringe Differenzen, zumal die Laufzeit des Zuwendungserhalts sonst nicht ausreicht. Weiterhin besteht nach § 16 Abs. 6 S. 1 TVöD die Möglichkeit, zur Gewinnung und Bindung hochqualifizierten Personals Sonderzahlungen an dieses zu leisten. Dem zufolge kann Beschäftigten zur „Deckung des Personalbedarfs oder zur Bindung von qualifizierten Fachkräften [...] abweichend von der tarifvertraglichen Einstufung ein bis zu zwei Stufen höheres Entgelt ganz oder teilweise vorweg gewährt werden.“ Dafür sind die Schwellen jedoch hoch: Für das Merkmal der „Deckung des Personalbedarfs“ muss es sich beispielsweise um eine Stelle aus dem MINT-Bereich handeln oder ein ortsbezogener Bewerbermangel dargelegt werden; zudem ist die Zulagenzahlung auf bestimmte Entgeltgruppen beschränkt.¹⁰²⁴ Dass die Zuwendungsempfänger*in gegenüber der Zuwendungsgeber*in also die Zulagenzahlung im Sinne des § 16 Abs. 6 TVöD durchsetzen oder begründen kann, ist mithin alles andere als selbstverständlich.

Doch auch wenn bereits eine korrigierende Rückgruppierung oder Rückgruppierung durch Änderungsvertrag/-kündigung erfolgt ist, bestehen Möglichkeiten, die Folgen für die betroffene Arbeitnehmer*in abzufedern. Das infolge der korrigierenden Rückgruppierung bereits reduzierte Gehalt kann durch Maßnahmen zur Entgeltsicherung der betroffenen Beschäftigten zumindest übergangsweise auf dem vorigen Stand gehalten werden: Dazu besteht die Möglichkeit, der Arbeitnehmer*in eine auf künftige Entgelterhöhungen anrechenbare persönliche Zulage in Höhe des Unterschiedsbetrags zum bisher ausgezahlten Gehalt zu gewähren.¹⁰²⁵ Auch diese Zulage kann dann stufenweise mit den nächsten Tariflohnerhöhungen abgeschmolzen werden.¹⁰²⁶ Grundproblem des Ausgleichs durch Zulagen ist, dass es insofern hinsichtlich des Besserstellungsverbots keine Abhilfe schafft, wenn im Ergebnis die gleichen Personalausgaben veranschlagt werden müssen wie vor der korrigierenden Rückgruppierung oder anderweitigen Anpassung der Arbeitsbedingungen. Wenn

¹⁰²⁴ Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat, Rundschreiben vom 7. Mai 2019, D5-31002/55#7, 7.5.2019, S. 19 ff.

¹⁰²⁵ Bundesministerium des Innern, Einführungs Rundschreiben D 5 - 31003/2#4, 24.3.2014, S. 17. So bspw. geschehen in BAG, Urt. v. 18.10.2018 – 6 AZR 246/17, NZA-RR 2019, 102.

¹⁰²⁶ So bspw. geschehen in LAG Köln, Urt. v. 20.3.2006 – 2 Sa 1501/05, BeckRS 2006, 41998.

solche Zusatzleistungen aus eigenen Einnahmen der Zuwendungsempfänger*in gezahlt werden, wird dadurch das Besserstellungsverbot auf unzulässige Weise umgangen.¹⁰²⁷ Nach Ansicht von *Dittrich* können Zulagen für Führungspositionen aber mit zweckgebundenen Spenden von Privaten finanziert werden, ohne dass das dem Besserstellungsverbot entgegenstünde.¹⁰²⁸ Fraglich ist, ob das tatsächlich mit dem zuwendungsrechtlichen Subsidiaritätsgebot aus § 23 BHO vereinbar ist, dem der Einsatz von Eigenmitteln häufig zuwiderläuft. Alles in allem sind die Möglichkeiten der Zuwendungsempfänger*in, die nachteiligen Folgen eines (drohenden) Regressanspruchs für die betroffenen Beschäftigten abzufedern, gering.

III. Zwischenfazit

Ein Verstoß gegen das Besserstellungsverbot hat unmittelbare verwaltungsrechtliche Folgen, namentlich die mögliche Rückforderung der erhaltenen Finanzmittel durch die Behörde. Ihr Ermessensspielraum ist dabei stark eingeschränkt, wodurch die Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit auch im Außenverhältnis zur Zuwendungsempfänger*in eine erhebliche Bindungswirkung entfalten. Die allein mittelbare Zugrundelegung des TVöD ist jedoch kein Allheilmittel zur Absicherung von Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit auf Seiten der Zuwendungsempfänger*in; bei Verstößen gegen das Besserstellungsverbot muss sie um die Rückforderung der Fördermittel bangen. Um die tatsächliche Rückforderung zu finanzieren oder eine bislang nur angedrohte Rückforderung abzuwenden, kommen Regressansprüche der Zuwendungsempfänger*in gegenüber ihren Beschäftigten ins Spiel. Das bedeutet: Das Arbeitsverhältnis, in dem gegen die Vorgaben des Besserstellungsverbots verstoßen wird, wird aufgrund des erheblichen Handlungsdrucks der Zuwendungsempfänger*in also beeinträchtigt. Das ergibt sich allerdings nicht bereits aus der gesetzlichen Formulierung und auch nicht aus den Verwaltungsvorschriften; zudem gibt es keine speziell auf diese Schnittstelle bezogene Literatur, was erhebliche Rechtsunsicherheit erzeugt, zumal die Vereinbarkeit mit arbeitsrechtlichen Grundsätzen wie geschildert ebenfalls alles andere als zweifelsfrei ist. Zur Umsetzung etwaiger Regressansprüche gegenüber der Arbeitnehmer*in kommen verschiedene arbeitsrechtliche Instrumente in Betracht. Die für die Arbeitgeber*in vorzugswürdige

¹⁰²⁷ *Präsident des Bundesrechnungshofes*, Prüfung der Vergabe und Bewirtschaftung von Zuwendungen, 2. Aufl. 2016, S. 166.

¹⁰²⁸ *Dittrich*, BHO, 60. Aktual. 2021, § 44 Erl. 31.6.

korrigierende Rückgruppierung ist nur möglich, wenn die Tarifautomatik greift. Unter Umständen kann sich die Tarifautomatik auch aus der Bezugnahme auf einen Tarifvertrag qua betrieblicher Übung ergeben. Ansonsten ist die Entgeltreduzierung nur durch Änderungsvertrag oder Änderungskündigung möglich. Die Mittel, um die für die Arbeitnehmer*in nachteilige Entgeltreduzierung auszugleichen, sind begrenzt: Sie sind ihrerseits vor dem Hintergrund des Besserstellungsverbots zu bewerten und damit nur in Einzelfällen oder in Absprache mit der Zuwendungsgeber*in möglich. Insgesamt erzeugt das Besserstellungsverbot im einzelnen Arbeitsverhältnis im (zuwendungsrechtlichen) Konfliktfall eine unbillige Risikoverteilung: Üblicherweise trägt die Arbeitgeber*in die Verantwortung für derartige wirtschaftliche Konsequenzen; die Finanzierung durch Zuwendungen ist im Kern eine wirtschaftliche Entscheidung. Die Last des Verstoßes gegen das Besserstellungsverbot trägt aber letztlich die Arbeitnehmer*in.

C. Gedanken zur zuwendungsrechtlichen Neuformulierung und Arbeitsvertragsgestaltung bei bestehender Gesetzeslage

Um im Rahmen der bestehenden Gesetzeslage für alle Beteiligten größere Rechtssicherheit und Transparenz zu gewährleisten, sollten sowohl die mit der Zuwendungsvergabe zusammenhängenden Unterlagen sowie die Arbeitsverträge der Zuwendungsempfänger*in besonders sorgfältig formuliert werden. Durch geschickte Ausgestaltung könnten bezogen auf das Besserstellungsverbot einige Konflikte verhindert werden. Zunächst wird deshalb ein konkreter Vorschlag unterbreitet, inwiefern bestimmte Formalia unter Geltung der aktuellen Rechtslage rechtlich überarbeitet werden könnten. Im Anschluss werden einige Leitlinien aufgestellt, worauf individualarbeitsrechtlich geachtet und was zwingend vertraglich erwähnt werden sollte.

I. Vertragliche „Tariftreueerklärung“ gegenüber Verwaltung

Zunächst weniger ein Formulierungsvorschlag, als vielmehr eine Anregung, die formelle Zuwendungsbewilligung zu überarbeiten: Es wäre durchaus von Vorteil, wenn die Zuwendungsempfänger*in, vergleichbar zum Vergaberecht, in einer Art Tariftreueerklärung die Einhaltung des Besserstellungsverbots gegenüber der Verwaltung zusichern würde. Die Verpflichtung könnte im Haushaltsgesetz oder, naheliegender, in den entsprechenden Allgemeinen Nebenbestimmungen geregelt

werden. Konkret könnte sich jede Zuwendungsempfänger*in also im Rahmen der Zuwendungsbewilligung vertraglich dazu verpflichten, die Vorgaben des Besserstellungsverbots aus § 8 Abs. 2 HG Bund einzuhalten. Zudem könnte die Zuwendungsempfänger*in mit einer solchen vertraglichen „Tariftreueerklärung“ noch weitergehend erklären, den TVöD in den Arbeitsverträgen mit ihren Beschäftigten einzelvertraglich in Bezug zu nehmen. Um die Verweisung auf den TVöD im Ausmaß zu beschränken, könnte beispielsweise nur auf das Tarifentgelt verwiesen werden – wie festgestellt greift das Besserstellungsverbot aber an und für sich auch für die übrigen Arbeitsbedingungen. Durch eine solche Tariftreueerklärung würde gewährleistet, dass die bislang oft bloß mittelbare Einflussnahme auf die Arbeitsverhältnisse in diesen unmittelbar und vertraglich festgehalten wird. Entsprechend der bisherigen Ausgestaltung des Besserstellungsverbots würden günstigere Individualabreden weiterhin einen Verstoß gegen das Besserstellungsverbot bedeuten. Das könnte im Rahmen der Tariftreueerklärung Erwähnung finden, genauso wie bestenfalls die Rückabwicklung eines Verstoßes kurz angesprochen würde. Gegenüber der jetzigen Rechtslage hätte das den Vorteil, dass sich die Zuwendungsempfänger*in wegen der zusätzlichen Selbstverpflichtung zwingend mit den Vorgaben des Besserstellungsverbots auseinandersetzen müsste. Zwar wird die Zuwendungsempfänger*in bereits über die Auflage zum Zuwendungsbescheid zur Einhaltung des Besserstellungsverbots verpflichtet. Über die zusätzliche vertragliche Verpflichtung, die Regelungen des TVöD einzuhalten, würde die ohnehin bestehende verwaltungsrechtliche Verpflichtung zur Orientierung am TVöD konkretisiert. Schon das Besserstellungsverbot allein beeinflusst mittelbar die arbeitsvertraglichen Beziehungen der Zuwendungsempfänger*in; die zusätzliche Tariftreueerklärung würde den Vorgang nur wesentlich transparenter gestalten.

Mangels Tarifbindung der Zuwendungsempfänger*in würde die Tariftreueerklärung zwangsläufig konstitutiv wirken, was freilich keine Tarifbindung im Sinne von § 4 Abs. 1 TVG erzeugt, aber die Bindungswirkung der tariflichen Vorgaben des TVöD für das Individualarbeitsverhältnis explizit untermauert. Das erleichtert zudem im Nachhinein, bei einem Verstoß gegen das Besserstellungsverbot Sanktionen zu begründen und durchzusetzen. Bei der Tariftreue im Vergaberecht geht es auf Rechtsfolgenseite gerade um spezifisch vergaberechtliche Sanktionen, die bei einem Verstoß möglich

sind, insbesondere aus § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB,¹⁰²⁹ in dem der Ausschluss von Unternehmen aus dem Vergabeverfahren unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes geregelt wird. Der Verstoß gegen arbeitsrechtliche Verpflichtungen stellt einen Ausschlussgrund dar, der sich „auf eine wesentliche Komponente der Beziehung zwischen dem Zuschlagsempfänger und dem öffentlichen Auftraggeber [bezieht], nämlich die Zuverlässigkeit des Zuschlagsempfängers, auf die sich das Vertrauen stützt, das der öffentliche Auftraggeber in ihn legt.“¹⁰³⁰ Die zuwendungsrechtlichen Sanktionen beschränken sich – vorbehaltlich spezialgesetzlicher Regelungen – auf Instrumente des allgemeinen Verwaltungsrechts; nichtsdestotrotz greifen die vergaberechtlichen Erwägungen entsprechend: Auch für die Zuwendungsvergabe sollte es dem Staat auf die Zuverlässigkeit der Empfänger*innen, insbesondere auch ihrem Verhalten gegenüber den eigenen Beschäftigten, ankommen.

Aus Sicht der Arbeitnehmer*innen hätte die vertragliche Tariftreueerklärung den Vorteil, dass sie zwingend an Tariferhöhungen teilhaben müssten, statt nach der bisherigen Rechtslage möglicherweise bloß unter dem Tarifniveau des TVöD vergütet zu werden. Das gilt jedenfalls dann, wenn man die Tariftreueerklärung als Vertrag zugunsten Dritter im Sinne von § 328 BGB einordnen würde, und deshalb die einzelne Arbeitnehmer*in daraus einen Anspruch auf tarifgerechte Vergütung geltend machen kann. Denkbar wäre in diesem Zusammenhang auch die Ausübung des Zurückweisungsrechts aus § 333 BGB, um die gestalterische Freiheit der einzelnen Arbeitnehmer*in zu wahren.¹⁰³¹ Um die am Tarifvertrag orientierten Ansprüche der Beschäftigten auch unabhängig davon sicherzustellen, ist die vertragliche Inbezugnahme des TVöD unumgänglich. Auf der Seite der Zuwendungsempfänger*in könnte durch eine Tariftreueerklärung möglicherweise ein höheres Bewusstsein um die Vorgaben des Besserstellungsverbots geschaffen werden; gerade weil der Zuwendungsbescheid immer mit umfangreichen Nebenbestimmungen über das

¹⁰²⁹ Vgl. MHB ArbR/*Klumpp*, 4. Aufl. 2019, § 250 Rn. 12.

¹⁰³⁰ Das ergebe sich aus Art. 57 Absatz IV Buchst. g) der RL 2014/24 in Verbindung mit deren 101. Erwägungsgrund; EuGH, Urt. v. 3.10.2019 – C-267/18, NZBau 2020, 106, 107 Rn. 26; EuGH, Urt. v. 30.1.2020 – C-395/18, NZBau 2020, 308, 311 Rn. 37.

¹⁰³¹ Vgl. in dem Zusammenhang *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 1 Rn. 2158 f. zu „Außenseiter(gleichstellungs-)klauseln“ als Gegenstück zur Spannungsicherungsklausel.

Besserstellungsverbot hinaus verbunden ist, könnte eine gesonderte vertragliche Erklärung dieses besonders hervorheben.

Die entsprechende formularmäßige Tariftreueerklärung könnte beispielsweise wie folgt aussehen:

„Erklärung zu § 8 Abs. 2 HG Bund/ Nr. 1.3 ANBest-I

*Hiermit verpflichte ich mich/verpflichten wir uns, im Fall der Zuwendungsbewilligung meinen/unseren Arbeitnehmer*innen im Sinne des Besserstellungsverbots nach § 8 Abs. 2 HG Bund entsprechend der Arbeitsbedingungen [/dem Entgelttarif] des Tarifvertrags des öffentlichen Dienstes zu beschäftigen.*

[Zu dem Zweck wird der TVöD [/werden die Entgeltregelungen des TvöD und des TVEntgO] in den Arbeitsverträgen sämtlicher Beschäftigten in Bezug genommen.]

Aufgrund der Vorgaben des Besserstellungsverbots ist eine Abweichung von den tariflichen Arbeitsbedingungen zugunsten der Beschäftigten unzulässig. Bei einem Verstoß kommen Rückforderungsansprüche in Betracht.

Ort, Datum, Unterschrift“

Wie ausgeführt, bestehen Parallelen zwischen der Wirkung der Tariftreuegesetze und den Vorgaben des Besserstellungsverbots; zudem ist das Instrument der Tariftreue aufgrund eines aktuellen EU-Richtlinienentwurfs weiterhin politisch relevant. Die Tariftreue wird in Bereichen der Vergabe öffentlicher Aufträge bereits an vielen Stellen in unterschiedlicher Form praktiziert und soll jedenfalls dem Willen des EU-Gesetzgebers nach eine Erweiterung ihres Anwendungsbereichs erfahren. Bis heute wurde die Legalität von Tariftreueerklärungen auf national- und europarechtlicher Ebene allerdings nicht abschließend abgesteckt; teilweise wird nach wie vor beklagt, dass damit gegen Art. 9 Abs. 3, 12 Abs. 1 GG verstoßen würde. Deshalb könnten sich durch die vorgeschlagene Verknüpfung mit dem Besserstellungsverbot aufgrund der uneinheitlichen Rechtslage zur Tariftreue und auch der Kritik an weitergehenden Tariftreuregelungen entsprechend des EU-Richtlinienentwurfs zunächst weitere rechtliche Unsicherheiten ergeben. Wie geschildert greifen jedenfalls die europarechtlichen Erwägungen bei der innerdeutschen Zuwendungsvergabe nicht. Auf lange Sicht wäre die Tariftreueerklärung im Rahmen der Zuwendungsvergabe aus rechtspolitischer Perspektive trotzdem sinnvoll, zumal auch hinsichtlich des

zuwendungsrechtlichen Besserstellungsverbots keine klare Rechtsprechungslinie oder anderweitige Rechtssicherheit besteht und die Bündelung der rechtspraktischen Erkenntnisse zur Tariftreue mit dem Besserstellungsverbot möglicherweise langfristig größere Rechtssicherheit verspricht. Die Tariftreueerklärung würde nur den bereits bestehenden rechtlichen Rahmen der Zuwendungsvergabe ergänzen, die anderen Vorgaben aber nicht ersetzen. Gegenüber dem bisherigen Vorgehen bei der Zuwendungsbewilligung hätte die „Tariftreueerklärung“ gerichtet auf die Einhaltung des Besserstellungsverbots den entscheidenden Vorteil, dass die Bestimmtheit der daraus hergeleiteten Vorgaben für die Zuwendungsempfänger*in erhöht würde, wodurch letztlich auch die Rechtssicherheit für die Verwaltung erhöht und ihr Aufwand verringert würde. „Dort, wo der Staat Aufträge vergibt, trägt er in der Tat eine besondere Verantwortung dafür, dass die von ihm veranlasste Arbeitsleistung unter angemessenen Arbeitsbedingungen erbracht wird“,¹⁰³² sagen *Thüsing/Hütter-Brungs* zum Mehrwert der Legalisierung von Tariftreueklärungen bei der öffentlichen Auftragsvergabe anlässlich des Richtlinienentwurfs. Das gilt entsprechend auch für die Zuwendungsvergabe und die damit mittelbar veranlasste Arbeitsleistung der Beschäftigten. Über die Tariftreueerklärung bei der Zuwendungsvergabe könnte das besser gewährleistet werden als momentan der Fall. Es bliebe nach wie vor dabei, dass das Günstigkeitsprinzip zugleich ausgeschaltet würde. Auch deshalb blieben die Bedenken hinsichtlich der negativen Koalitionsfreiheit oder einem anderweitigen Schutz der tariflichen Außenseiter*innen nach wie vor bestehen; allerdings nicht mehr, als nach der jetzigen Rechtslage. Folgt man der Rechtsprechungslinie des BVerfG, liegt mangels Beitrittszwangs für die Zuwendungsempfänger*in kein Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit vor. Anders liegt es hinsichtlich der Arbeitsvertragsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG. Je nachdem, wie die Tariftreuevorgaben gesetzlich geregelt und an wen sie adressiert sind, würden sie jedenfalls einen mittelbarer Eingriff in die Arbeitsvertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien bedeuten, weil sie auf den Inhalt deren Verträge abzielen. Weil wegen des Besserstellungsverbots ohnehin keine Abweichung von den TVöD-Normen „nach oben“ möglich ist, würde mittels der Tariftreueerklärung zusätzlich die Abweichung „nach unten“ verhindert. Die daraus resultierende, äußerst weitreichende Einschränkung der Arbeitsvertragsfreiheit müsste verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Wie bei allen Lohnuntergrenzen

¹⁰³² *Thüsing/Hütter-Brungs*, NZA 2021, 170, 174.

sprechen sozialpolitische Zwecke für die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs; die Arbeitsvertragsfreiheit „nach unten“ kann kaum schutzwürdig sein. Die Tariftreuevorgaben dienen der Erhaltung angemessener sozialer Standards im Rahmen der Zuwendungsvergabe. „Durch die Festlegung auf die zwischen den Tarifvertragsparteien ausgehandelten Entgelte wird zugleich das Tarifvertragssystem als Mittel zur Sicherung sozialer Standards unterstützt“,¹⁰³³ was ein Gemeinwohlbelang von hoher Bedeutung ist. Aufgrund der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers ist bei der Geeignetheit und Erforderlichkeit ein großzügiger Maßstab anzulegen. In dem Sinne ist nach Ansicht des BVerfG entsprechend bereits die eingriffsgleiche Beeinträchtigung von Art. 12 Abs. 1 GG durch vergaberechtliche Tariftreueerklärungen aufgrund von Gemeinwohlbelangen verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Das Besserstellungsverbot erzeugt so oder so eine mittelbare Selbstunterwerfung unter die Arbeitsbedingungen des TVöD; durch eine an die Tariftreue angelehnte, konstitutive Erklärung würden nur die letztlich ohnehin bestehende Zwänge offengelegt und die Beschäftigten zusätzlich vor untertariflichen Arbeitsbedingungen geschützt. Eine wie auch immer formulierte Tariftreueerklärung würde das Bewusstsein über die Vorgaben des Besserstellungsverbots erhöhen und eine stärkere Bindungswirkung an den TVöD nicht nur als Ober-, sondern auch als Untergrenze erzeugen.

II. Auflage und Beilage zum Zuwendungsbescheid

Alternativ würde mindestens eine überarbeitete Auflage zum Zuwendungsbescheid die Situation der Zuwendungsempfänger*in verbessern. Je nachdem, wie man die Besserstellung bewertet, müsste der Satz freilich angepasst werden; es geht aber vor allem darum, die Gewährungsbedingungen, namentlich das Besserstellungsverbot, zu konkretisieren.¹⁰³⁴ Nr. 1.3 ANBest-I könnte wie folgt um einen weiteren Satz ergänzt werden, um das Besserstellungsverbot bestimmter zu formulieren:

„Die Zuwendungsempfänger*in darf ihre Beschäftigten nicht besser stellen als vergleichbare Bundesbedienstete. Höhere Entgelte als nach dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) sowie sonstige über- oder außertarifliche Leistungen dürfen nicht gewährt werden. *Ob es sich bei den*

¹⁰³³ So die Argumentation zur Bürgenhaftung des Hauptunternehmers für Mindestlohnansprüche in BVerfG, Beschl. v. 20.3.2007 – 1 BvR 1047/05, NZA 2007, 609, 611.

¹⁰³⁴ Vgl. Vogel, öAT 2015, 92, 95.

*Arbeitsbedingungen der Zuwendungsempfänger*innen um eine Besserstellung handelt, ergibt sich vergleichbar zum tarifrechtlichen Günstigkeitsprinzip im Sinne von § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG aus einem Sachgruppenvergleich mit den entsprechenden Arbeitsbedingungen des TVöD. Dabei werden jeweils die monetären und nicht monetären Arbeitsbedingungen innerhalb der Sachgruppen gegenübergestellt. “*

Zudem könnte vonseiten der Verwaltung in Erwägung gezogen werden, dem Verwaltungsakt zusätzlich zu den Nebenbestimmungen zu Informationszwecken weitere Unterlagen beizulegen, die weitere Hinweise zur Einhaltung des Besserstellungsverbots umfassen. In Betracht kommt außerdem, schon bei der Beantragung der Zuwendung, beispielsweise zeitgleich mit der Unterzeichnung der Tariftreueerklärung, einen Fragebogen zum Besserstellungsverbot mitzureichen. Die Dokumente sollten erkennbar machen, dass sie für die Rechts- oder Personalabteilung bestimmt sind. Es würde der Zuwendungsempfänger*in helfen, grobe schematische Anhaltspunkte an die Hand zu bekommen, anhand derer sie prüfen kann, ob die Beschäftigungsverhältnisse den Anforderungen des Besserstellungsverbots genügen. Die entsprechenden Unterlagen sollten sowohl die Voraussetzungen und Bezugspunkte nennen, anhand derer ein Verstoß gegen das Besserstellungsverbot geprüft wird, als auch dessen mögliche Konsequenzen auf verwaltungs- und arbeitsrechtlicher Ebene näher erläutern. Dazu zählen insbesondere die möglichen Regressansprüche gegenüber den Arbeitnehmer*innen, sollte gegen das Besserstellungsverbot verstoßen werden. Die schematische Darstellung könnte sich am Aufbau des dritten Teils dieser Abhandlung orientieren, folglich zunächst auf die Feststellung eines Verstoßes gegen das Besserstellungsverbot und danach auf dessen Rechtsfolgen eingehen. So wäre es für die Feststellung eines Verstoßes sinnvoll, die sachgruppenbezogenen Arbeitsbedingungen zusammenhängend in einer Tabelle oder Checkliste wiederzugeben und dabei weitere Angaben zum Besserstellungsverbot zu machen. Gerade in Anbetracht der beachtlichen Unbestimmtheit des Besserstellungsverbots selbst wäre das sicherlich nicht nur hilfreich, sondern gar erforderlich. Einziger Kritikpunkt: Nicht ausgeschlossen werden kann, dass zusätzliche Merkblätter oder Checklisten den ohnehin schon beträchtlichen bürokratischen Aufwand, der mit vielen Zuwendungsbewilligungen verbunden ist, noch erhöhen. Umso wichtiger wäre es, diese Checklisten in einer Form übersichtlich und

operativ zu gestalten, dass sich aus dem Besserstellungsverbot ergebende arbeitsrechtliche Probleme möglichen Lösungen gegenübergestellt werden.

III. Arbeitsvertrag, für den das Besserstellungsverbot mittelbar gilt

Unabhängig davon, ob man die bisherigen Vorschläge mit dem Argument des bürokratischen Aufwands als unverhältnismäßig ablehnt, sollte die Zuwendungsempfänger*in sicherstellen, dass ihre Arbeitsverträge Hinweise darauf enthalten, dass für das Beschäftigungsverhältnis mittelbar das zuwendungsrechtliche Besserstellungsverbot gilt. Zum einen geht es darum, dass sich die Beschäftigten der zuwendungsrechtlichen Vorgaben und Konsequenzen für ihr Arbeitsverhältnis bewusst sind. Zum anderen geht es für die Zuwendungsempfänger*in als Arbeitgeber*in darum, sich rechtlich bestmöglich abzusichern. Schwerpunktmäßig soll es dabei um die Ausgestaltung der Vergütungsabrede gehen. Im Folgenden sollen beide Perspektiven, mögliche Überschneidungspunkte und Konsequenzen beleuchtet werden, bevor anschließend daraus resultierende Vorgehensweisen für die Vertragsgestaltung empfohlen werden.

Entscheidend ist in erster Linie, ob der TVöD schuldrechtlich in Bezug genommen wird oder ob sich der Arbeitsvertrag nur inhaltlich daran orientiert. Selbst wenn keine explizite tarifvertragliche Bezugnahme auf den TVöD vereinbart ist, kann sich eine solche dennoch aus der Auslegung des Arbeitsvertrags ergeben. Entscheidend ist die Formulierung der Entgeltklausel, in der die Eingruppierung mindestens mittelbar anhand der Entgeltgruppen des TVöD erfolgt. Je nach Wortlaut kann sie wie angedeutet unabhängig von einer separaten Bezugnahmeklausel möglicherweise selbst als kleine dynamische Bezugnahmeklausel ausgelegt, oder in Abgrenzung davon, als konstitutive Vergütungsvereinbarung verstanden werden. Enthält der Arbeitsvertrag eine explizite oder konkludente Bezugnahme auf den TVöD, kann diese außerdem so ausgelegt werden, dass damit die Geltung der Tarifautomatik vereinbart wurde, was sich wiederum auf die Möglichkeit der korrigierenden Rückgruppierung auswirkt.¹⁰³⁵ Die tarifliche Bezugnahme auf den Tarifvertrag kann dennoch durch eine (konstitutive) Vergütungsvereinbarung begrenzt werden,¹⁰³⁶ sodass auch bei explizit

¹⁰³⁵ S. dazu oben Teil 3 B. II. 4. a).

¹⁰³⁶ Vgl. BAG, Urt. v. 26.9.2012 – 4 AZR 345/10, BeckRS 2013, 66667; Umkehrschluss aus BAG, Urt. v. 27.9.2017 – 4 AZR 76/15, NJOZ 2019, 308, 312 Rn. 30 f.

vereinbarter vertraglicher Inbezugnahme des TVöD bei der Eingruppierungsabrede Vorsicht geboten ist. Wird die Vergütungsabrede aufgrund ihrer Formulierung bezogen auf die Eingruppierung als Hinweis auf eine (implizite) Inbezugnahme des TVöD verstanden, hat das weitreichende praktische Konsequenzen. Die Arbeitgeber*in ist dann gehalten, mindestens die tariflichen Arbeitsbedingungen zu gewähren. Ob abseits einer expliziten vertraglichen Bezugnahme Klausel von einer Bezugnahme auf einen Tarifvertrag auszugehen ist, hängt davon ab, ob der Arbeitsvertrag eine „eigenständige konstitutive und von der tarifvertraglich geregelten Rechtslage abweichende, diese ausschließende Vergütungsvereinbarung“¹⁰³⁷ enthält.

Welche Bedeutung den verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten beigemessen werden kann, liegt mithin entscheidend daran, wie man den Arbeitsvertrag auslegt. Die Zuwendungsempfänger*in ist wie festgestellt keine Tarifpartei des TVöD, sodass sich die Vergütung grundsätzlich allein nach der Vertragsabrede richtet. Erster Ausgangspunkt der Auslegung ist der Vertragswortlaut; zusätzlich sind der von den Vertragsparteien verfolgte Regelungszweck sowie die der jeweils anderen Seite erkennbare Interessenlage der Beteiligten zu berücksichtigen.¹⁰³⁸ Maßgebliches Auslegungskriterium ist die Nennung der tariflichen Entgeltgruppe im Vertrag, oder gegenteilig die bloße Angabe der konkret einschlägigen Vergütungshöhe.¹⁰³⁹ Die Arbeitgeber*in kann beispielsweise ausdrücklich auf den fehlenden rechtsgestaltenden Charakter der vertraglichen Eingruppierungsklausel hinweisen,¹⁰⁴⁰ um klarzustellen, dass Tarifautomatik gewollt ist. Das ist wie beschrieben dann hinfällig, wenn der Tarifvertrag samt Eingruppierungsvorgaben ohnehin vertraglich in Bezug genommen wird. Hinsichtlich der Interessenlage der Parteien ist im Rahmen der Auslegung insbesondere fraglich, ob aufgrund des Besserstellungsverbots ähnliche Auslegungsgrundsätze wie für den öffentlichen Dienst gelten: Man könnte vertreten, dass die Zuwendungsempfänger*in durch ihre Bindung an das Besserstellungsverbot einer öffentlichen Arbeitgeber*in ähnelt und deshalb in

¹⁰³⁷ BAG, Urt. v. 1.7.2009 – 4 AZR 234/08, NZA-RR 2010, 80, 81.

¹⁰³⁸ St. Rspr., vgl. BAG, Urt. v. 26.9.2001 – 4 AZR 544/00, NZA 2002, 634, 635; BAG, Urt. v. 18.4.2007 – 4 AZR 652/05, NZA 2007, 965, 967; BAG, Urt. v. 1.7.2009 – 4 AZR 234/08, NZA-RR 2010, 80, 81.

¹⁰³⁹ Vgl. dazu in unterschiedlichen Szenarien in der Privatwirtschaft LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 27.9.2017 – 7 Sa 190/17, BeckRS 2017, 144191, Rn. 47; LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 15.7.2017 – 7 Sa 327/16, BeckRS 2017, 109180, Rn. 31; *Kleinebrink*, NZA-RR 2014, 113, 116.

¹⁰⁴⁰ *Greiner*, in: Preis (Hrsg.), *Der Arbeitsvertrag*, 6. Aufl. 2020, Teil II A 70 Rn. 52.

höherem Maße als privatwirtschaftliche Unternehmen an die Mindestbedingungen des Tarifrechts gebunden sei.¹⁰⁴¹ Deshalb sei wie im öffentlichen Dienst bei der Angabe der Vergütungsgruppe im Arbeitsvertrag lediglich davon auszugehen, dass die Arbeitgeber*in im Zweifel nur die tariflichen Normen vollziehen wolle.¹⁰⁴² Parallel zur obigen Debatte hinsichtlich des Günstigkeitsprinzips sowie der betrieblichen Übung im öffentlichen Dienst kann angezweifelt werden, ob die Argumente entsprechend auf Sachverhalte mit Bindung an das Besserstellungsverbot übertragbar sind. Maßgeblich war dort, dass den Beschäftigten des öffentlichen Dienstes weitgehend ihre Schutzwürdigkeit im Hinblick auf das Vertrauen in die Entgeltabrede und Entgelthöhe abgesprochen wurde. Das kann aber gerade mangels transparenter Vorgaben für die Beschäftigten der Zuwendungsempfänger*in nicht gleichermaßen für das Besserstellungsverbot gelten; allein die Finanzierung durch öffentliche Gelder führt nicht zu einer Gleichstellung mit den öffentlichen Arbeitgeber*innen. Die Formulierung einer konstitutiven Vergütungsabrede ist mithin nicht ausgeschlossen. Für die Auslegung entscheidend sind deshalb nach wie vor die genannten Kriterien im Rahmen der Entgeltabrede.

Zusammengefasst kann, je nach Auslegung, aufgrund der konkreten Formulierung der Vergütungsabrede unter Umständen auch ohne explizite Bezugnahmeklausel von einer konkludenten Inbezugnahme des TVöD ausgegangen werden, mit der Folge, dass die Vergütungsabrede selbst nur deklaratorisch wirkt. In Konstellationen ohne explizite oder konkludente Bezugnahme wirkt die Eingruppierungsklausel aber regelmäßig konstitutiv.

Doch selbst wenn die Entgeltabrede konstitutiv wirkt und nicht rein deklaratorisch auf einen Tarifvertrag verweist, kann sie nach anderer Ansicht als Bezugnahme auf den jeweiligen Tarifvertrag ausgelegt werden, mindestens in dem Fall, dass die Arbeitgeber*in tarifgebunden ist.¹⁰⁴³ Wie schon im Rahmen der Tarifbindung durch betriebliche Übung beleuchtet, ist die Tarifbindung der Arbeitgeber*in im Rahmen des Besserstellungsverbots kein geeigneter Auslegungsmaßstab. Unabhängig davon

¹⁰⁴¹ So LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 22.2.2006 – 13 Sa 42/05, BeckRS 2011, 65810, Rn. 119. Es ging dabei um einen Beschäftigten bei einer als GmbH strukturierten, gemeinnützigen Forschungseinrichtung. Die Einrichtung war jedoch Mitglied des Arbeitgeber*innenverbands des öffentlichen Dienstes, weil ihre Gesellschaftsanteile vollständig durch Bund und Land gehalten wurden.

¹⁰⁴² LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 22.2.2006 – 13 Sa 42/05, BeckRS 2011, 65810, Rn. 119.

¹⁰⁴³ So *Greiner*, in: Preis (Hrsg.), *Der Arbeitsvertrag*, 6. Aufl. 2020, Teil II A 70 Rn. 50 f.

sollte aus der Perspektive der Arbeitgeber*innen vorsichtshalber selbst in nicht tarifgebundenen Unternehmen auf die Verwendung vorformulierter Eingruppierungsklauseln verzichtet werden,¹⁰⁴⁴ um eine konkludente Bezugnahme auf einen Tarifvertrag zu verhindern. Formulierungen wie „ist kraft dieses Arbeitsvertrags eingruppiert“ allein reichen nicht aus, um die konkludente Inbezugnahme des TVöD auszuschließen: Wenn die Zuwendungsempfänger*in nicht tarifgebunden ist, gelten sämtliche Arbeitsbedingungen ohnehin kraft der individualvertraglichen Vereinbarung, sodass die Benennung der Tatsache keinen inhaltlichen Mehrwert bedeutet. Schließlich kommt noch in Betracht, dass sich die (konkludente) vertragliche Inbezugnahme des Tarifvertrags qua betrieblicher Übung ergibt.¹⁰⁴⁵ Bei allen Varianten, in denen die Bezugnahme konkludent zustande kommt, stellt sich die Folgefrage, ob sie statisch oder dynamisch wirkt. Dazu das BAG für den Fall, dass das Arbeitsverhältnis in den tariflich einschlägigen Anwendungsbereich des in Bezug genommenen Tarifvertrags fällt: „Die pauschale Bezugnahme im Arbeitsvertrag auf tarifliche Vergütungsbestimmungen ohne Angabe einer konkret nach Datum festgelegten Fassung des in Bezug genommenen Tarifvertrags ist regelmäßig dynamisch zu verstehen. Nur wenn es eindeutige Hinweise für eine statische Bezugnahme gibt, kann von dieser Auslegungsregel abgewichen werden.“¹⁰⁴⁶ Ohne Tarifbindung und bei Bezugnahme qua betrieblicher Übung könne regelmäßig eine nur statische Wirkung der Bezugnahme Klausel angenommen werden.¹⁰⁴⁷ Wie festgestellt greift die Tarifbindung für das Besserstellungsverbot jedoch nicht als maßgebliches Auslegungskriterium; die zuwendungsrechtlichen Vorgaben sprechen vielmehr jedenfalls dann für eine dynamische Wirkung, wenn Tariflohnerhöhungen bereits mehrfach an die Beschäftigten weitergegeben wurden. Anhaltspunkte dafür, dass es sich tatsächlich um eine einzelvertragliche, konstitutive Vergütungsvereinbarung handelt, die keine schuldrechtliche Inbezugnahme des Tarifvertrags auslöst und deshalb nicht nur deklaratorisch wirkt, ergeben sich wiederum aus der Klauselformulierung und dem vertraglichen Gesamtzusammenhang. So ist beispielsweise die Vereinbarung einer deutlich übertariflichen Vergütung Indiz für eine konstitutive Vergütungsvereinbarung;¹⁰⁴⁸ die Beweislast dafür liegt bei der

¹⁰⁴⁴ Greiner, in: Preis (Hrsg.), Der Arbeitsvertrag, 6. Aufl. 2020, Teil II A 70 Rn. 51.

¹⁰⁴⁵ Dazu schon oben Teil 3 B. II. 4. d) (1).

¹⁰⁴⁶ BAG, Urt. v. 11.4.2018 – 4 AZR 265/17, BeckRS 2018, 22972, Rn. 17.

¹⁰⁴⁷ S. dazu oben Teil 3 B. II. 4. d) (1).

¹⁰⁴⁸ LAG Köln, Urt. v. 26.9.2001 – 3 Sa 538/01, juris, Rn. 25 ff.

Arbeitnehmer*in, die sich darauf beruft.¹⁰⁴⁹ Die Formulierung „ist eingruppiert“ deutet wie zuvor geschildert auf eine rein deklaratorisch wirkende Klausel hin; für eine konstitutive Vergütungsabrede sprechen Ausdrücke wie „wird in Entgeltgruppe eingruppiert“ oder „erhält eine Vergütung nach Entgeltgruppe ...“, durch die die Eingruppierung festgeschrieben wird und die Tarifautomatik unter Umständen als bewusst nicht mehr vereinbart verstanden wird.¹⁰⁵⁰ Es müssten nach Ansicht des BAG hinreichend deutliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Erwähnung der Entgeltgruppe nur eine deklaratorische Bedeutung haben solle.¹⁰⁵¹ Das sei beispielsweise dann der Fall, wenn nicht nur die Entgeltgruppe im Vertrag genannt werde, sondern die einschlägigen tariflichen Regelungen vertraglich in Bezug genommen wurden.¹⁰⁵² Bedeutsam ist das dann vor allem hinsichtlich der Anwendbarkeit der korrigierenden Rückgruppierung. Kann sie bejaht werden, ist es wie oben gezeigt weitaus einfacher, einen Verstoß gegen das Besserstellungsverbot aus der Welt zu schaffen.

Aus den geschilderten Erkenntnissen lassen sich einige Empfehlungen hinsichtlich der Gestaltung der Arbeitsverträge der Zuwendungsempfänger*in ableiten. Zwar kann die Zuwendungsempfänger*in verhindern wollen, den TVöD explizit oder auch konkludent in Bezug zu nehmen; dabei muss sie jedoch die genannten Besonderheiten beachten. Die explizite vertragliche Bezugnahme auf einen Tarifvertrag ist der Weg, der die größte Rechtssicherheit für alle Beteiligten verspricht: Es bestehen weniger Auslegungsunsicherheiten, das Besserstellungsverbot wird zwangsläufig gewahrt und es ist für die Arbeitnehmer*innen von Vorteil, weil sie automatisch an Tariflohnerhöhungen teilhaben. Der TVöD stellt als tarifliches Regelwerk außerdem einen gewissen Interessenausgleich her, von dessen Aushandlung die Arbeitsvertragsparteien profitieren können, wenn sie ihn in weiten Teilen in Bezug nehmen. Für Bereiche, in denen die Regelungen des TVöD inhaltlich nicht auf das Zuwendungsverhältnis passen, müssen eigenständige Vertragsabreden formuliert werden. Eine explizite Bezugnahme Klausel sorgt für größtmögliche Transparenz;

¹⁰⁴⁹ BAG, Urt. v. 16.2.2000 – 4 AZR 62/99, NZA-RR 2001, 216, Ls. Nr. 3.

¹⁰⁵⁰ So BeckOK TVöD/*Steuernagel*, 53. Aufl. 2020, § 12 TVöD (VKA) Rn. 6 zur konstitutiven Zusage einer übertariflichen Vergütung im öffentlichen Dienst. Der Gedanke ist auf die nicht tarifgebundene Zuwendungsempfänger*in übertragbar.

¹⁰⁵¹ BAG, Urt. v. 21.8.2013 – 4 AZR 656/11, NZA 2014, 561, 562 f. Rn. 12; BAG, Urt. v. 27.3.2018 – 4 AZR 151/15, NZA 2018, 1204, 1207 Rn. 32.

¹⁰⁵² Vgl. BAG, Urt. v. 14.9.1994 – 4 AZR 793/93, juris, Rn. 25.

bestenfalls sollte zusätzlich das Risiko der korrigierenden Rückgruppierung verdeutlicht werden. Als Formulierung empfiehlt sich, entsprechend der Empfehlung von Greiner¹⁰⁵³ für Eingruppierungsklauseln im Allgemeinen, beispielsweise folgendes:

„In Anwendung des TVöD behandeln die Vertragsparteien das Vertragsverhältnis entsprechend den dort für Vergütungsgruppe ..., Ziffer ... statuierten Regeln. Sollte sich erweisen, dass die Eingruppierung unrichtig erfolgt ist, richten sich die Arbeitsbedingungen [ggf.: auch für die Vergangenheit] ausschließlich nach den einschlägigen tarifvertraglichen Bestimmungen, [ggf.: soweit und solange diese auf das Arbeitsverhältnis unmittelbar und zwingend anzuwenden sind].“

Besondere Vorsicht ist jedoch wie erwähnt geboten, wenn es im TVöD keine für die Tätigkeit der Beschäftigten passende Entgeltgruppe gibt. Dann ist die im Arbeitsvertrag genannte Entgeltgruppe als ausdrückliches Angebot einer entsprechenden Vergütung zu verstehen.¹⁰⁵⁴ Auch die Tarifautomatik ermöglicht nicht die vorschnelle Annahme einer feststehenden tariflichen Eingruppierung; in Anbetracht des Aufwands der korrigierenden Rückgruppierung und der Risiken für die Arbeitnehmer*in sollte der Eingruppierungsvorgang im Vorhinein sorgfältig vorgenommen werden. Vor allem bleibt für die Arbeitnehmer*in unabhängig von der konkreten Eingruppierungsabrede das „Problem“ bestehen, dass günstigere Arbeitsbedingungen nicht möglich sind. Das ergibt sich aber ohnehin unabhängig von der vertraglichen Konstruktion unmittelbar aus dem Besserstellungsverbot. Allein der Zuwendungsempfänger*in könnte die vertragliche Bezugnahme auf den TVöD deshalb widerstreben, weil ihr die Möglichkeit, die tariflichen Arbeitsbedingungen vertraglich zu unterschreiten, damit verschlossen bleibt. Das Besserstellungsverbot würde die Unterschreitung an und für sich nicht verbieten. Will sie deshalb um jeden Preis die (konkludente) vertragliche Inbezugnahme des TVöD verhindern, sollte sie die voranstehenden Auslegungskriterien berücksichtigen. Um sich zusätzlich abzusichern, könnte die Arbeitgeber*in vertraglich feststellen, dass bei irrtümlich zu hoher Eingruppierung kein Anspruch der Arbeitnehmer*in auf die sich ergebende

¹⁰⁵³ Greiner, in: Preis (Hrsg.), Der Arbeitsvertrag, 6. Aufl. 2020, Teil II A 70 Rn. 49.

¹⁰⁵⁴ S. BAG, Urt. v. 18.10.2018 – 6 AZR 246/17, NZA-RR 2019, 102 ff.; dazu schon oben Teil 3 A. II. 2. b).

Differenzvergütung besteht.¹⁰⁵⁵ Schließlich sind bei sämtlichen Vertragsgestaltungen die Anforderungen aus dem Gesetz über den Nachweis der für ein Arbeitsverhältnis geltenden wesentlichen Bedingungen (NachwG) zu beachten. Dessen § 2 Abs. 1 Nr. 6 sieht vor, dass „die Zusammensetzung und die Höhe des Arbeitsentgelts einschließlich der Zuschläge, der Zulagen, Prämien und Sonderzahlungen sowie anderer Bestandteile des Arbeitsentgelts und deren Fälligkeit“ vertraglich genannt werden müssen, sowie nach § 2 Abs. 1 Nr. 10 NachwG „ein in allgemeiner Form gehaltener Hinweis auf die Tarifverträge, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen, die auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden sind“, erforderlich ist. Das umfasst sogar den Hinweis auf einen kraft betrieblicher Übung geltenden Tarifvertrag.¹⁰⁵⁶ Außerdem muss die Zuwendungsempfänger*in die Vorgaben des AGB-Rechts beachten, sollte sie Formulararbeitsverträge verwenden, beispielsweise bei etwaigen Widerrufsvorbehalten hinsichtlich Eingruppierung oder Entgelthöhe. Die entsprechenden Klauseln müssen insbesondere hinreichend transparent im Sinne von § 308 Abs. 1 Nr. 4 BGB sein.

Zusätzlich könnte die Zuwendungsempfänger*in in Erwägung ziehen, dem Arbeitsvertrag eine Zusatzbelehrung hinzuzufügen, in der über die Geltung des Besserstellungsverbots aufgeklärt wird. Zumindest ist empfehlenswert, im Arbeitsvertrag auf die Geltung des Besserstellungsverbots hinzuweisen, beispielsweise folgendermaßen:

*„Die Arbeitnehmer*in wird darauf hingewiesen, dass die Arbeitgeber*in Zuwendungen vom Bund erhält und deshalb dem Besserstellungsverbot aus § 8 Abs. 2 HG unterliegt. Das bedeutet, dass die Personalausgaben durch staatliche Fördermittel finanziert werden und diejenigen einer vergleichbaren Beschäftigten im öffentlichen Dienst, für die die Arbeitsbedingungen des TVöD gelten, nicht übersteigen dürfen. Bei einem Verstoß gegen das Besserstellungsverbot drohen Regressansprüche gegenüber der Arbeitnehmer*in, beispielsweise durch eine korrigierende Rückgruppierung und die Rückforderung der Differenzvergütung.“*

¹⁰⁵⁵ In Anlehnung an *Kleinebrink*, NZA-RR 2014, 113, 115 f.

¹⁰⁵⁶ So jedenfalls *Henssler*, FS 50 Jahre BAG 2004, 683, 695, 702.

In jedem Fall sollte die Zuwendungsempfänger*in die Musterverträge und/oder Musterbedingungen der Arbeitsverhältnisse der Bewilligungsbehörde schon vorab zur Prüfung vorlegen.¹⁰⁵⁷

D. Fazit der arbeitsrechtlichen Konsequenzen eines Verstoßes gegen das Besserstellungsverbot

Wie die obigen Ausführungen zeigen, ist es kein Leichtes, einen Verstoß gegen das Besserstellungsverbot festzustellen. Die bestehenden rechtlichen Grundlagen sind unbestimmt; daraus resultiert für die Zuwendungsempfänger*innen, ihre Beschäftigten, aber auch für die Verwaltung erhebliche Rechtsunsicherheit. Das ist darauf zurückzuführen, dass sich aus den entsprechenden Normen keine Maßstäbe ergeben, die für die Feststellung einer Besserstellung anwendbar sind, weshalb auf allgemeine Maßstäbe zurückgegriffen werden muss. Entscheidend ist die Eingruppierung als Grundlage des vertraglich vereinbarten Entgelts und, über die Entgeltgruppe des TVEntgO Bund, die Ermittlung der hypothetischen vergleichbaren Beschäftigten des öffentlichen Dienstes. Um das konkrete Bezugsobjekt der Besserstellung herauszuarbeiten, bietet es sich an, die arbeitsvertraglichen Bedingungen der Beschäftigten der Zuwendungsempfänger*in in monetäre und nicht monetäre Komponenten aufzugliedern. In beiden Kategorien werden jeweils Sachgruppen gebildet, die als Bezugspunkt für den Vergleich mit der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes dienen. Jede Arbeitsbedingung der Zuwendungsempfänger*in, die ein „Mehr“ an Kosten gegenüber dem öffentlichen Dienst verursacht, verstößt gegen das Besserstellungsverbot.

Jeder Verstoß gegen das Besserstellungsverbot hat zur Folge, dass die Zuwendungsgeber*in den bewilligenden Verwaltungsakt gemäß § 49 Abs. 3 Nr. 1 VwVfG widerrufen und in der Folge die Fördermittel zurückverlangen kann. Sie kann auch für den Fall die Rückforderung androhen, dass der Verstoß nicht zumindest für die Zukunft behoben wird. Im Regelfall ist das der Zuwendungsempfänger*in nicht ohne Weiteres möglich, sodass sie insbesondere bei einem Verstoß gegen das Besserstellungsverbot auf Regressansprüche gegenüber der entsprechenden Beschäftigten zurückgreifen muss. Spätestens dann verlagern sich die

¹⁰⁵⁷ So schon *Vogel*, öAT 2015, 92, 95.

zuwendungsrechtlichen Bindungen mittelbar auf das Individualarbeitsverhältnis mit der Zuwendungsempfänger*in. Dessen Wirksamkeit wird zwar nicht berührt; weitere Rechtsfolgen hängen jedoch von der konkreten Ausgestaltung des Arbeitsvertrags ab. Möglicherweise kann die zu hoch eingruppierte Beschäftigte durch korrigierende Rückgruppierung quasi automatisch in eine niedrigere Entgeltgruppe „eingruppiert“ werden. Ist das ausgeschlossen, kommen allein ein Änderungsvertrag oder eine Änderungskündigung in Betracht. Es ist zwar eher unwahrscheinlich, dass dem Vertrauensschutzgesichtspunkte entgegenstehen, doch sind die Hürden für eine Änderungskündigung recht hoch.

Es kommen verschiedene Ansatzpunkte in Betracht, um ausgehend von der geltenden Rechtslage die Handhabbarkeit des Besserstellungsverbots für die Zuwendungsempfänger*in zu verbessern. Ziel ist, damit mittelbar die Rechtssicherheit für ihre Beschäftigten zu erhöhen. Die weitestgehende Änderung unter den vorgeschlagenen Reformideen würde durch die „Tariftreueerklärung“ für die Zuwendungsvergabe erzeugt. Insbesondere in Verbindung mit der vertraglichen Inbezugnahme des TVöD würde das die Rechtssicherheit erheblich erhöhen. Problematisch bleibt der Eingriff in die Arbeitsvertragsfreiheit; diese wird durch das Besserstellungsverbot allerdings auch in der jetzigen Ausgestaltung beschnitten und ist allein in der Gestaltungsfreiheit, die tariflichen Arbeitsbedingungen zu unterschreiten, nicht schutzwürdig. Abgemildert würde es Abhilfe schaffen, wenn die Auflage zum Zuwendungsbescheid, in der das Besserstellungsverbot für die Zuwendungsempfänger*in normiert wird, für sie zumindest weiter konkretisiert würde. Schließlich sollte aus den beschriebenen Transparenzgesichtspunkten auch gegenüber der Beschäftigten der Zuwendungsempfänger*in die Rechtssicherheit erhöht werden, indem in ihren Arbeitsvertrag ein Passus aufgenommen wird, dem sie die (mittelbare) Geltung und Wirkung des Besserstellungsverbots für ihr Arbeitsverhältnis und die möglichen Konsequenzen entnehmen kann.

Teil 4: Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

1. Zuwendungen sind finanzielle Mittel, mit denen der Staat Maßnahmen von Institutionen außerhalb der öffentlichen Verwaltung unterstützt, um damit bestimmte Ziele zu fördern, die er nicht selbst verwirklichen kann oder will. Zuwendungen kommen in verschiedensten Bereichen zum Einsatz und haben bei einem Volumen in zweistelliger Milliardenhöhe nicht nur erhebliche Bedeutung als politisches Gestaltungsinstrument: Auf der Seite der Zuwendungsempfangenden hängt mit ihnen eine entsprechend umfangreiche Wirtschaftskraft in Form von Personal zusammen. Deren Arbeitnehmer*innen werden mittelbar von der Staatskasse finanziert, ohne staatliche Bedienstete zu sein. Das zuwendungsrechtliche Besserstellungsverbot, das in § 8 Abs. 2 HG Bund normiert ist, soll die Zuwendungsempfänger*in beim Einsatz der staatlichen Fördermittel an die Haushaltsgrundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit binden. Dazu setzt es an den Ausgaben für das Personal der Zuwendungsempfänger*in an und normiert, dass sie ihre Arbeitnehmer*in nicht besserstellen dürfe, als die vergleichbare Beschäftigte des öffentlichen Dienstes behandelt wird. Konkretisiert wird das nur in Nr. 1.3 ANBest-I, der zufolge der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst Maßstab der Arbeitsbedingungen der vergleichbaren Bundesbeschäftigten ist. Die Zuwendungsempfänger*in ist über eine Auflage zum zuwendungsbewilligenden Verwaltungsakt an die Vorgaben des Besserstellungsverbots gebunden.
2. Gleichzeitig hat das Besserstellungsverbot, trotz seiner haushaltsgesetzlichen Normierung, neben den potentiellen verwaltungsrechtlichen Rückforderungsansprüchen im Kern arbeitsrechtliche Konsequenzen. Adressat*in der normativen Grundlagen ist allein die Zuwendungsempfänger*in im verwaltungsrechtlichen Verhältnis zum Staat oder die Bewilligungsbehörde selbst; für die Umsetzung und Einhaltung des Besserstellungsverbots geht es aber maßgeblich um das individualrechtlich ausgestaltete Arbeitsverhältnis der Zuwendungsempfänger*in zu ihrer Beschäftigten. Auf diese Arbeitsverhältnisse bezieht sich das Besserstellungsverbot seinem Inhalt nach und wirkt sich mittelbar auf sie aus. Der TVöD dient deren Arbeitsbedingungen als Obergrenze, während es der Zuwendungsempfänger*in verwehrt bleibt, dem Verband der

Arbeitgeber*innen beizutreten und darüber Einfluss auf die Tarifverhandlungen zu nehmen. Dadurch ist auch ein Gewerkschaftsbeitritt der Arbeitnehmer*in insofern wirkungslos, als es faktisch unmöglich ist, die zwingende Wirkung der Tarifnormen des TVöD im Sinne von § 4 Abs. 1 TVG herbeizuführen. Damit wird die tarifliche Selbstbestimmung der Zuwendungsempfänger*in und ihrer Beschäftigten erheblich beschnitten: Sie können sich nicht wirksam tariflich betätigen, sondern bleiben zwangsläufig tariflich fremdbestimmt, wenn auch nur faktisch. Das steht im Widerspruch zum grundsätzlichen arbeitsmarktpolitischen Ziel, die Tarifbindung in Deutschland zu stärken.

3. Deshalb ist zu untersuchen, inwiefern das Besserstellungsverbot mit arbeitsrechtlichen Grundsätzen, insbesondere jenen des kollektiven Arbeitsrechts, vereinbar ist. Ausgangspunkt ist die Tarifautonomie, die über die Koalitionsfreiheit verfassungsrechtlich in Art. 9 Abs. 3 GG verankert ist. Sie ist insofern eine unzureichende Beurteilungsgrundlage, als dass sie in ihrer dogmatischen Begründung und Herleitung umstritten ist, insbesondere im Hinblick auf die Frage, auf welche Weise tarifliche Außenseiter*innen als davon umfasst gelten. Versteht man den Kern der Tarifautonomie mit der wohl herrschenden Meinung als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, stellt sich die Frage, inwiefern dadurch nicht nur die Koalitionen, sondern auch die individuelle Arbeitgeber*in und Arbeitnehmer*in in ihrer tariflichen Selbstbestimmung geschützt sind. Das Konzept der Tarifautonomie bewegt sich intermediär zwischen der Selbstbestimmung des Individuums auf der einen und der Regelungsmacht des Staates auf der anderen Seite. Die Tarifautonomie soll die kollektive Autonomieausübung im Arbeitsverhältnis durch Koalitionen absichern, indem sie ein strukturelles Mächtegleichgewicht erzeugt. Es ist fraglich, inwiefern die Einbeziehung tariflicher Außenseiter*innen in die Normsetzung durch Koalitionen dogmatisch zu konstruieren ist: Sie sind nie privatautonom der Koalition beigetreten und haben dementsprechend dort kein Stimmrecht, mit dem sie Einfluss nehmen können. Insofern ist es vielmehr als Kehrseite der Tarifautonomie einzuordnen, den Nicht-Mitgliedern einen Raum zur Selbstregelung der Arbeitsbeziehungen zu überlassen. Wird ebendiese eigenständige Regelungsmacht, in anderen Worten die Drittwirkung der Tarifnormen, nicht beachtet, muss das in jedem einzelnen Fall gerechtfertigt sein.

Nur anhand einer ganzheitlichen Gesamtschau der Erklärungsansätze, bei der sowohl verfassungsrechtliche als auch privatrechtliche Beobachtungen hinsichtlich der Tarifautonomie und des Außenseiter*innenschutzes nebeneinander Bestand haben und den Umständen entsprechend gewichtet werden, kann die tarifliche Selbstbestimmung sowie ihre Einschränkung sinnvoll beurteilt werden.

4. Zunächst bietet sich die Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG als Ausgangspunkt für den Schutz tariflicher Außenseiter*innen an. In ihr ist nicht nur (positiv) die Tarifautonomie verankert, sondern sie hat auch eine negative Schutzdimension inne. Jedenfalls in den Fällen, in denen ein Beitritt zur Koalition faktisch nicht möglich ist, ist die negative Koalitionsfreiheit mit ihrem Kriterium des hinreichenden Beitrittsdrucks ungeeignet, um die individuellen Schutzbedürfnisse zu gewährleisten. Entsprechend wurde das ergänzende Konstrukt der privatrechtlich fundierten negativen Tarifvertragsfreiheit entwickelt, das jedoch in seiner unklaren dogmatischen Konstruktion und dem mangelnden Abbild in der gesetzlichen Realität nicht zu überzeugen vermag. Es verdeutlicht nichtsdestotrotz, dass die Geltungserstreckung von Tarifnormen nicht ohne die individuelle Perspektive der Außenseiter-Arbeitnehmer*in und Arbeitgeber*in beleuchtet werden kann. Konzeptionell überzeugend ist vielmehr, den Schutz der tariflichen Außenseiter*innen in der Arbeitsvertragsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG zu verankern, in deren Schutzbereichsbestimmung weiterhin Nachholbedarf besteht. Es ist ein Versäumnis von Literatur und Rechtsprechung, dass sich bislang keine widerspruchsfreien, einheitlichen Maßstäbe für den Schutz tariflicher Außenseiter*innen etabliert haben. Das gilt umso mehr, weil die Intention, die Tarifbindung zu stärken, insbesondere dadurch umgesetzt wird, dass die tariflichen Außenseiter*innen in den tariflichen Regelungsbereich mit einbezogen werden. Die Ordnungsfunktion von Tarifverträgen und die darüber vermittelten Arbeitsbedingungen können auch ohne Tarifbindung im Sinne von § 4 Abs. 1 TVG fraglos von Vorteil sein; doch spätestens dann, wenn jede anderweitige tarifliche Betätigung der tariflichen Außenseiter*innen dadurch gesperrt wird, ist die (verfassungsrechtliche) Rechtfertigung der Geltungserstreckung näher zu untersuchen.

5. Aus diesem Grund ist es sinnvoll, spezifische methodische Maßstäbe für jede Einbeziehung tariflicher Außenseiter*innen heranzuziehen, die sich aus dem Zusammenspiel der genannten tarif- und verfassungsrechtlichen Grundsätze ergeben und sich insbesondere aus den anerkannten gesetzlichen Fallgruppen entwickeln lassen. Inwieweit die Einbeziehung der tariflichen Außenseiter*innen zulässig ist, hängt vom Tatbestand der jeweiligen geltungserstreckenden Norm ab. Zunächst kommt es darauf an, wer inhaltliche Urheber*in der Norm ist, welche Instanz die Norm erlässt und wodurch sie zur Normsetzung befugt ist. Schon in dem Zuge lässt sich weiterhin die Qualität der staatlichen Mitwirkung am Normerlass beurteilen. Damit zusammenhängend steht die inhaltliche Ausgewogenheit der entsprechenden Normen in Frage, inwiefern also verschiedene Interessen bei der Normsetzung berücksichtigt wurden. Außerdem stellt sich die Frage, ob die Tarifnormen unmittelbar gelten oder sich über einen normativen Umweg im Arbeitsverhältnis niederschlagen. Schließlich unterscheidet sich die Einbeziehung tariflicher Außenseiter*innen danach, ob und inwieweit sie sich der fremden Tarifwirkung entziehen können. Anhand dieser Kriterien ist jegliche Beschränkung der tariflichen Selbstbestimmung zu messen, mithin auch das Besserstellungsverbot aus § 8 Abs. 2 HG. Es verbietet sich, sämtliche Drittwirkungen von Tarifverträgen zu pauschalisieren. Im Sinne einer einzelfallbezogenen Perspektive bietet es sich wegen der unbestreitbaren Verwurzelung in der verfassungsrechtlichen Koalitionsfreiheit sowie Berufsbeziehungsweise Arbeitsvertragsfreiheit an, besonderes Augenmerk auf die Ermächtigungsgrundlage und Verhältnismäßigkeit der Außenseiter*innenwirkung zu legen.
6. Im kollektiven Arbeitsrecht finden sich an verschiedenen Stellen gesetzlich geregelte Instrumente, die die Begrenzung der tariflichen Selbstbestimmung ermöglichen. Der weitreichendste und historisch älteste Anwendungsfall ist die Allgemeinverbindlicherklärung im Sinne von § 5 TVG. Demnach besteht die normative Wirkung eines vom Tarifausschuss für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags unabhängig von der Tarifbindung und unabhängig vom Willen oder Kenntnis der Betroffenen von der Allgemeinverbindlichkeit. Die Allgemeinverbindlicherklärung ist aus der Perspektive der Außenseiter*innen ein

Rechtsetzungsakt eigener Art, der zwischen autonomer und staatlicher Normsetzung liegt. Er soll als sozialstaatliche Maßnahme eine Mindestsicherung der Arbeitsbedingungen gewährleisten. Durch die staatliche Mitwirkung ist die Allgemeinverbindlicherklärung demokratisch legitimiert; zudem gibt es Transparenzvorgaben und Rechtsschutzmöglichkeiten.

Der TVöD gilt über das Besserstellungsverbot anders als ein allgemeinverbindlicher Tarifvertrag nicht unmittelbar und normativ, sondern dient allein verwaltungsrechtlich vermittelt als Obergrenze für sämtliche Arbeitsbedingungen. Aus Sicht der den nach oben begrenzten Arbeitsbedingungen unterliegenden Arbeitnehmer*innen wirkt das Besserstellungsverbot also höchst mittelbar. Schon die Wirkweise von § 5 TVG ist davon mithin grundverschieden. Zudem unterscheidet sich die Zwecksetzung beider Instrumente. Die Allgemeinverbindlicherklärung dient vordergründig sozialen Schutzzwecken, indem sie sicherstellt, dass auch für nicht tarifgebundene Arbeitnehmer*innen angemessene Arbeitsbedingungen herrschen, also insbesondere untertarifliche Bezahlung verhindert wird. Das bewirkt das Besserstellungsverbot gerade nicht, weil es den TVöD als Obergrenze festlegt; eine untertarifliche Zahlung ist ohne Weiteres möglich. Es geht also bei der zuwendungsrechtlichen Verpflichtung nicht darum, den Beschäftigten von Zuwendungsempfänger*innen angemessene Arbeitsbedingungen zu gewährleisten. Vielmehr soll durch das Besserstellungsverbot der Staatshaushalt geschützt werden. Mithin unterscheidet sich die Schutzrichtung der beiden Instrumente.

7. § 3 Abs. 2 TVG regelt, dass betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Normen in Tarifverträgen in Betrieben, in denen die Arbeitgeber*in tarifgebunden ist, unmittelbar und zwingend für sämtliche Beschäftigte des Betriebs gelten, unabhängig von deren Gewerkschaftszugehörigkeit. Anders als bei der Allgemeinverbindlicherklärung wird die inhaltliche Ausgewogenheit der erstreckten Tarifnormen nicht von staatlicher Seite überprüft. Das kommt einer umfänglichen Delegation der Rechtsetzungsmacht auf die Koalitionen im Bereich betrieblicher und betriebsverfassungsrechtlicher Normen nahe. Spezielle Transparenz- oder Rechtsschutzmechanismen bestehen nicht.

Auch die Regelungswirkung des Besserstellungsverbots erfasst sämtliche Beschäftigte im Betrieb der Zuwendungsempfänger*in. Dabei ist jedoch weitergehend nicht nur die Tarifbindung der Beschäftigten an den TVöD, sondern auch die der Zuwendungsempfänger*in als Arbeitgeber*in selbst unerheblich. Die Normen des TVöD wirken jedoch anders als die betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Normen nicht normativ und gelten für sämtliche Arbeitsbedingungen als Obergrenze. Die betriebsverfassungsrechtlich orientierte Zwecksetzung unterscheidet sich zudem diametral vom zuwendungsrechtlichen Zweck des Besserstellungsverbots. Gemein haben beide Instrumente nach gängiger Rechtspraxis mithin nur, dass sie letztlich bewirken, dass tarifliche Normen auch für die Arbeitsverhältnisse von Tariffreien und Tariffremden relevant sind.

8. Weiterhin kann man erwägen, die vertragliche Bezugnahme auf einen Tarifvertrag als eine Art Geltungserstreckung von Tarifnormen auf Außenseiter*innen einzuordnen. Dagegen spricht jedoch maßgeblich, dass es sich dabei um eine privatautonome, vertragliche Einigung zwischen den Arbeitsvertragsparteien handelt, die darauf gerichtet ist, sich tariflich ausgehandelte Normen für das Arbeitsverhältnis auf schuldrechtlicher Ebene zu eigen zu machen. Eine solche Abrede schließt es jedoch nicht aus, sich gleichzeitig tariflich zu betätigen. Deshalb beeinträchtigt sie die tarifliche Selbstbestimmung im Sinne der Tarifautonomie nicht auf unzulässige Weise – sie kann vielmehr parallel dazu existieren.

Das Besserstellungsverbot bewirkt letztlich eine staatlich erzwungene, faktische Bezugnahme auf den TVöD. Während die vertragliche Bezugnahme zur schuldrechtlichen Anwendung der Tarifnormen führt, bewirkt das Besserstellungsverbot jedoch nicht zwangsläufig eine schuldrechtliche Geltung des TVöD. Im Geltungsbereich des Besserstellungsverbots besteht anders als bei der vertraglichen Bezugnahme zum einen nicht die Möglichkeit, tariflich aktiv zu werden und zum anderen eine dadurch entstehende Regelungskonkurrenz über das Günstigkeitsprinzip aus § 4 Abs. 3 TVG zugunsten der Arbeitnehmer*in aufzulösen. Zudem ist die Anwendung des Besserstellungsverbots anders als eine (explizite) Bezugnahmeklausel nicht unmittelbar aus dem Arbeitsvertrag oder dessen Auslegung ersichtlich.

9. Eine weitere Fallgruppe ist die Wirkung dynamischer Bezugnahme Klauseln nach einem Betriebsübergang. § 613a Abs. 1 S. 1 BGB sieht vor, dass die Betriebserwerber*in in die bestehenden Arbeitsverhältnisse eintritt, weshalb die dort vereinbarten Regelungen, damit auch die dynamisch wirkenden Bezugnahme Klauseln, unverändert weitergelten. Anders als bei den vorherigen Durchbrechungen der tariflichen Selbstbestimmung liegt der Schwerpunkt nicht auf der inhaltlichen Angemessenheit bestimmter Normen, sondern dem schutzwürdigen Vertrauen der Beschäftigten auf den Inhalt ihres Arbeitsvertrags. Die mögliche Einschränkung der Tarifautonomie ist durch die gesetzliche Vorgabe des § 613a Abs.1 S. 1 BGB legitimiert; außerdem entfalten die entsprechenden Tarifnormen nur schuldrechtliche und keine kollektivrechtliche Wirkung.

Weder die Betriebserwerber*in noch die Zuwendungsempfänger*in sind an der Entscheidung beteiligt, welcher Tarifvertrag für ihre Beschäftigungsverhältnisse ausschlaggebend sein soll; vielmehr werden sie mit den Folgen einer bereits getroffenen Entscheidung konfrontiert. Die rechtstechnische Geltungsanordnung in § 613a Abs. 1 S. 1 BGB weist dennoch deutliche Unterschiede zum Besserstellungsverbot auf: Die Fortgeltung dynamischer Bezugnahme Klauseln beruht für die Arbeitgeber*in unmittelbar auf der gesetzlichen Anordnung und ist direkt mit einem entsprechenden Anspruch der Arbeitnehmer*in verknüpft, während das Besserstellungsverbot gegenüber der Arbeitgeber*in keine gesetzliche Grundlage hat, sondern ihr gegenüber allein verwaltungsrechtlich im Zuwendungsbescheid normiert ist. Offen bleibt dabei anders als bei § 613a BGB, welche konkreten Auswirkungen aus dieser Anordnung für die Beschäftigten entstehen. Außerdem gibt es für die Zuwendungsempfänger*in anders als für die Betriebserwerber*in nur beschränkte individualrechtliche Vorgehensweisen, um sich der Verweisung auf den Tarifvertrag zu entziehen, ohne zuwendungsrechtliche Sanktionen befürchten zu müssen.

10. Tarifliche Außenseiter*innen sind zudem im Anwendungsbereich der Arbeitnehmer*innenentsendung und -überlassung von Tarifnormen betroffen, wenn Rechtsverordnungen erlassen werden, die auf bestehende Tarifverträge Bezug nehmen und von den Arbeitgeber*innen verlangen, die entsprechenden Tarifbedingungen für sämtliche entsandten und überlassenen Arbeitnehmer*innen

anzuwenden. Auch dabei stehen Gemeinwohlbelange wie die Stabilität der sozialen Sicherungssysteme im Vordergrund. Die Normurheberschaft liegt inhaltlich betrachtet bei den Tarifparteien; die normerlassende Instanz ist jedoch die Exekutive.

Der Erlass von Rechtsverordnungen nach dem AEntG und dem AÜG hat mit dem im Verwaltungsakt festgelegten Besserstellungsverbot gemeinsam, dass sie jeweils Akte der Exekutive sind. Der Erlass der Rechtsverordnungen sieht verfahrenstechnisch jedoch weitergehende Mitwirkungsmöglichkeiten und Transparenzgewährleistungen vor, als es beim Besserstellungsverbot der Fall ist, insbesondere durch die Mitwirkung des Tarifausschusses und die Bekanntmachung im Bundesanzeiger. Während die Rechtsverordnungen auf Grundlage des AEntG oder AÜG lediglich einen Mindeststandard an Arbeitsbedingungen, insbesondere dem Entgelt, garantieren sollen, legt das Besserstellungsverbot gegensätzlich dazu Höchsttarbeitsbedingungen fest.

11. Schließlich bilden die vergaberechtlichen Tariftreuegesetze eine weitere Durchbrechung der tariflichen Selbstbestimmung. In sogenannten Tariftreueerklärungen verpflichten sich die Bietenden bei öffentlichen Aufträgen, ihren Beschäftigten den ortsüblichen Tariflohn zu zahlen. Dadurch wird mittelbar auf die Arbeitsbeziehungen der Auftragnehmer*innen eingewirkt: Es besteht keine Tarifbindung, die Tarifnormen wirken zudem weder normativ noch unmittelbar schuldrechtlich im Arbeitsverhältnis. Der Anstoß für die gewissermaßen selbstverschuldete Außenseiter*innenwirkung kommt nicht wie bei der vertraglichen Bezugnahme „von innen“, sondern kraft staatlicher Anordnung durch Verwaltungsakt „von außen“, was wiederum gesetzlich vorgegeben ist. Teilweise wurde deshalb ein Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit und die Berufsfreiheit bejaht. Ersteres wurde vom BVerfG mangels Beitrittszwangs abgelehnt. Der Eingriff in die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG soll dadurch gerechtfertigt sein, dass ihm Gemeinwohlbelange von hoher Bedeutung zugrunde liegen. Zudem werden die Tarifnormen als dynamischer Maßstab herangezogen, sodass Bezüge zum Bergmannversorgungsbeschluss des BVerfG bestehen. Insbesondere bestanden gegenüber den nationalrechtlichen Tariftreueerklärungen europarechtliche Bedenken, die in zahlreichen Urteilen des EuGH thematisiert

wurden und in erster Linie darauf zurückgingen, dass sich die vergaberechtlichen Vorgaben nicht auf innerdeutsche Sachverhalte beschränkten.

Sowohl bei der Tariftreue als auch beim Besserstellungsverbot verpflichten sich Unternehmen, verallgemeinert gesagt, im Austausch für finanzielle Vorteile zur Einhaltung tarifvertraglicher Regelungen. Keines der Instrumente erzeugt dabei, dass die entsprechenden Tarifnormen normativ wirken. Die rechtstechnische Wirkweise unterscheidet sich aber insofern, als die Tariftreue regelmäßig vertraglich erklärt wird, das Besserstellungsverbot hingegen verwaltungsrechtlich einseitig auferlegt wird, ohne dass es eines expliziten Einverständnisses der Zuwendungsempfänger*in bedarf. Wie auch bei den vorangestellten Durchbrechungen der tariflichen Selbstbestimmung ist die Zwecksetzung des Besserstellungsverbots eine grundlegend andere als im Rahmen der vergaberechtlichen Tariftreue. Durch Tariftreueerklärungen sollen bestimmte Mindeststandards sichergestellt und gerade keine Höchstgrenze festgelegt werden, was hingegen durch das Besserstellungsverbot geschieht. Für beide Instrumente ist diskutabel, welche rechtlichen Konsequenzen sie für die betroffenen Arbeitnehmer*innen haben. Alles in allem ähnelt die Tariftreue dem Besserstellungsverbot in ihrer Wirkweise mehr, als die vorangehenden Fallgruppen.

12. Differenzierungsklauseln unterscheiden sich von den übrigen Fallgruppen, weil sie sich nicht unmittelbar auf tarifliche Außenseiter*innen beziehen, sondern nur faktisch deren Arbeitsbedingungen beeinflussen. Das geschieht dadurch, dass sie einzelne Arbeitsbedingungen oder Sondervorteile allein den organisierten Beschäftigten vorbehalten und dadurch mittelbar gegenüber den tariflichen Außenseiter*innen absichern. Insofern wirken sie – ähnlich wie das Besserstellungsverbot – begrenzend auf die Arbeitsbedingungen der tariflichen Außenseiter*innen ein. Insbesondere Tarifausschlussklauseln, die sicherstellen sollen, dass Außenseiter*innen nicht an tarifvertraglichen Vergünstigungen partizipieren, indem sie der Arbeitgeber*in verbieten, die nicht oder anders organisierten Beschäftigten zu den gleichen Bedingungen zu beschäftigen, ähneln dem Besserstellungsverbot jedenfalls in ihrer Konzeption als Verbot. Das Argument zugunsten der Zulässigkeit einfacher Differenzierungsklauseln, dass

Außenseiter*innen einzelvertraglich ohne Weiteres mit der Arbeitgeber*in die gleichen Arbeitsbedingungen aushandeln können, greift für das Besserstellungsverbot allerdings gerade nicht: Die Zuwendungsempfänger*innen sollen unabhängig von einer etwaigen Gewerkschaftszugehörigkeit ihrer Beschäftigten maximal die tariflichen Arbeitsbedingungen gewähren; alles darüber hinaus ist zuwendungsrechtlich verboten. Umgekehrt betrachtet sind Differenzierungsklauseln also geradezu ein „Besserstellungsgebot“ bezogen auf die Gewerkschaftsmitglieder. Im Anwendungsbereich des Besserstellungsverbots ist eine solche Ersatzleistung an die Beschäftigten schon per definitionem verboten, was also den Exklusivitätsanspruch, dort bezogen auf den TVöD als exklusive Obergrenze, untermauert. Zudem ist es im Anwendungsbereich des Besserstellungsverbots nicht möglich, doppelte Tarifbindung und damit die originäre Anwendung der Tarifnormen herzustellen.

13. Dass die Geltung von Tarifnormen auf tarifliche Außenseiter*innen erstreckt wird, ist in Anbetracht der geschilderten Fallgruppen keinesfalls eine Ausnahme, sondern inzwischen vielmehr ein eigenständiger Bestandteil des Tarifrechts im weiteren Sinne. Trotz der Richtigkeitsgewähr, die dem Handeln der Tarifvertragsparteien innewohnt, muss jede Durchbrechung oder, in anderen Worten, Überschreitung der Tarifautonomie sorgfältig dahingehend geprüft werden, ob sie zulässig ist. Fest steht: Es gibt kein singuläres oder einheitliches Verfahren, wie Tarifnormen auf Nichtmitglieder erstreckt werden können. Umso wichtiger ist die fallgruppenbezogene Beurteilung, ob die Gestaltungsmacht für Fälle, in denen die Koalitionen drittwirkende Regelungen schaffen, hinreichend rechtsstaatlich abgesichert ist. Wie die geschilderten Konstellationen zeigen, kann das beispielsweise durch zwischengeschaltete staatliche oder privatautonome Kontrolle der Normanwendung geschehen. Doch schon die bloß abstrakte, nicht einzelfallbezogene gesetzliche Anordnung der Dritterstreckung genügt mitunter, wie beispielsweise bei der Tariftreue. Der „Trend“ zur Geltungserstreckung von Tarifnormen unabhängig von der Tarifbindung ist in den letzten Jahrzehnten stetig angestiegen. Bei dem Bestreben, einen Ausgleich zwischen staatlichen Interessen und den Kerngedanken der Tarifautonomie herzustellen, tendiert die Waage immer mehr in Richtung der zulässigen Einbeziehung von tariflichen Außenseiter*innen.

Das lässt sich sicherlich mit dem stark rückläufigen Organisationsgrad erklären, der dazu führt, dass die originär tarifautonome Gestaltungsmacht der Koalitionen in ihrer Reichweite stark geschrumpft ist. Fraglich ist jedoch, ob in Reaktion hierauf ein anderer Weg sinnvoller wäre, als die Bedeutung der originären Tarifbindung im Sinne von § 4 Abs. 1 TVG weiter in den Hintergrund zu rücken. Denn dieses Vorgehen spricht dem Tarifsystem zu einem gewissen Grad gerade gegensätzlich die Funktionsfähigkeit ab.

14. Gleichzeitig bewirkt das Besserstellungsverbot, dass günstigere Arbeitsbedingungen als diejenigen, die der TVöD vorsieht, nicht möglich sind, ohne dass die Zuwendungsempfänger*in gegen die zuwendungsrechtlichen Vorgaben verstößt. Das steht im Widerstreit zu den Grundgedanken des tarifrechtlichen Günstigkeitsprinzips aus § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG. Zwar ist zunächst fraglich, ob das tarifrechtliche Günstigkeitsprinzip überhaupt einschlägig ist, wenn keine Tarifbindung besteht, wie eben auch in Fällen des Besserstellungsverbots. § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG stellt jedoch eindrücklich die Bedeutung der arbeitsvertraglichen Gestaltungsfreiheit auch im Zusammenspiel mit dem kollektiven Arbeitsrecht unter Beweis und ist deshalb ein Rechtsgedanke, der der einfachgesetzlichen Normierung eine extensive Auslegung abverlangt. Aus § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG kann man über den Wortlaut und Regelungszusammenhang hinaus die gesetzgeberische Intention erkennen, dass die zwingende Wirkung von (Tarif-)Normen nur so weit reichen soll, wie die Arbeitnehmer*in dadurch geschützt wird, also insbesondere im untertariflichen Bereich. Das Günstigkeitsprinzip ist deshalb weitergehend als Verbot von Höchsttarifbedingungen zu verstehen. Wenn durch Weisung, Verwaltungsvorschrift oder Gesetz die Tarifnormen mittelbar zu Höchsttarifbedingungen erklärt werden, entsteht faktisch die gleiche einschränkende Wirkung, als würde eine solche Festlegung durch Tarifnorm erfolgen. Aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten ist entscheidend, durch wen das Günstigkeitsprinzip und damit die Privatautonomie in Gestalt der Arbeitsvertragsfreiheit eingeschränkt wird: Während staatliche Eingriffe eine konkrete verfassungsrechtliche Rechtfertigung erfordern, kann das Günstigkeitsprinzip auch bei rein privatrechtlichen Sachverhalten im Wege der mittelbaren Drittwirkung der Arbeitsvertragsfreiheit verfassungsrechtliche Konturen

erlangen. Gerade im Rahmen des Eingriffs und der Rechtfertigungsvoraussetzungen wird durch die Verknüpfung mit der Berufsfreiheit in Gestalt der Arbeitsvertragsfreiheit eine strengere und detailliertere Prüfung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit erforderlich. Die Grundgedanken des Günstigkeitsprinzips greifen mithin auch für das gesetzlich normierte Besserstellungsverbot aus § 8 Abs. 2 HG Bund.

15. Im Rahmen der geschilderten Durchbrechungen der tariflichen Selbstbestimmung durch die Tarifnormerstreckung auf Außenseiter*innen ist gerade das Günstigkeitsprinzip oft die einzige Möglichkeit für Arbeitnehmer*in und Arbeitgeber*in, vom erstreckten Tarifvertrag abweichende Regelungen (zugunsten der Arbeitnehmer*in) zu vereinbaren. Zu den Selbstbestimmungsfragen kommt wiederum für die Arbeitnehmer*innen maßgeblich der Schutzaspekt hinzu. Die tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen des TVöD dürften unter Geltung des Besserstellungsverbots nicht nur nicht überschritten werden, sondern dürfen zugleich gar unterschritten werden, sodass bei gleichzeitiger Beeinträchtigung der Selbstbestimmung der Außenseiter*innen ferner die Schutzfunktion der Tarifnormen ausgehebelt wird. Dadurch, dass die Vereinbarung günstigerer Arbeitsbedingungen beim außenseiter*innenerfassenden Besserstellungsverbot ausgeschlossen ist, belastet es einseitig die Arbeitnehmer*innen. Die Sonderregel, der zufolge das Günstigkeitsprinzip im öffentlichen Dienst nicht greift, kann nicht auf die Auslegung des Besserstellungsverbots übertragen werden. Das würde den Schutz der Beschäftigten erheblich beschränken, was für das Besserstellungsverbot wegen der zusätzlichen Intransparenz höchst unbillig wäre. Unter Geltung des Besserstellungsverbots besteht außerdem anders als im öffentlichen Dienst gerade keine Möglichkeit zur Mitwirkung im Rahmen des TVöD, weil jedenfalls der entsprechende öffentliche Arbeitgeber*innenverband für die meist privatwirtschaftlichen Unternehmen nicht tarifzuständig ist. Die Konstellation des Besserstellungsverbots unterscheidet sich weiterhin vom Sonderfall des Höchstnormenbeschlusses: Die Höchstarbeitsbedingungen werden staatlich und nicht verbandsrechtlich festgesetzt, sodass eine erhöhte verfassungsrechtliche Rechtfertigungslast besteht. Allerdings sind die Rechtfertigungsgründe, die für die Einschränkung des Günstigkeitsprinzips sowie zugrundeliegend der

Vertragsfreiheit im öffentlichen Dienst herangezogen werden, nicht auf das Besserstellungsverbot übertragbar. Die Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung ist nicht vom Besserstellungsverbot abhängig; auch die Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit könnten durch weniger stark die Vertragsfreiheit beschneidende Vorgaben gewährleistet werden. Mithin kann die verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeit des Besserstellungsverbots in seiner jetzigen Ausformung in § 8 Abs. 2 HG Bund zumindest angezweifelt werden.

16. Das Besserstellungsverbot aus § 8 Abs. 2 HG Bund tangiert trotz seiner haushaltsrechtlichen Normierung für die Zuwendungsempfänger*in sowie ihre Beschäftigten originär arbeitsrechtliche Fragestellungen. Gerade im Kontext des Tarifrechts ergeben sich einige Widersprüche zwischen den inhaltlichen Auswirkungen des Besserstellungsverbots und der tariflichen Selbstbestimmung sowie dem Günstigkeitsprinzip. Die Selbstbestimmung der Koalitionen ist in Gestalt der Tarifautonomie verfassungsrechtlich gewährleistet; ihre dogmatische Herleitung und konkreten Erscheinungsformen sind jedoch umstritten. Das gilt umso mehr für ihre Kehrseite, die Selbstbestimmung der tariflichen Außenseiter*innen. Im Vergleich zu den herangezogenen Fallgruppen lässt sich festhalten, dass das Besserstellungsverbot in seiner jetzigen Ausgestaltung als Fremdkörper innerhalb des Tarifsystems einzuordnen ist, weil es zugleich das Günstigkeitsprinzip aus § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG ausschaltet. Der Schutz tariflicher Außenseiter*innen vor untertariflichen Arbeitsbedingungen war bislang Haupterwägung für die Tariferstreckung; für das Besserstellungsverbot gilt diese Erwägung nicht. Das spielt spätestens auf der Ebene der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des mittelbaren Eingriffs von § 8 Abs. 2 HG Bund in die Arbeitsvertragsfreiheit von Zuwendungsempfänger*in und ihren Beschäftigten eine Rolle. Entlastend ist allein, dass die Verwirklichung der Haushaltsgrundsätze auch im Kontext der Zuwendungsvergabe mittelbar zur Funktionsfähigkeit des Staates beiträgt. Festzuhalten bleibt dennoch, dass Zuwendungen letztlich öffentliche Steuergelder sind, weshalb natürlich sparsam gehandelt werden muss, aber der Staat dabei genauso öffentliche Verantwortung für gute Arbeitsbedingungen trägt.

Das steht im diametralen Widerspruch zur beim Besserstellungsverbot bestehenden Möglichkeit der Schlechterstellung der Beschäftigten.

17. Wie genau stellt man nun einen Verstoß gegen das Besserstellungsverbot überhaupt fest? Die Schwierigkeit besteht darin, dass selbst das BAG das Besserstellungsverbot in einem Beschluss als zu unbestimmt empfand, um dessen Auswirkungen als feststellungsfähiges Rechtsverhältnis gelten zu lassen. Mangels konkreter Hinweise im Gesetzestext kommen verschiedene Interpretationsmöglichkeiten in Betracht. Bezugsobjekt der Besserstellung sind an sich sämtliche Arbeitsbedingungen. Sie können isoliert, also leistungsbezogen, betrachtet werden; naheliegender ist jedoch eine breitere Abwägungsgrundlage, wie sie auch das BMF befürwortet. Dabei kann auf die Maßstäbe des tarifrechtlichen Günstigkeitsprinzips, konkreter dessen Sachgruppenvergleich, zurückgegriffen werden: Orientiert an der darauf bezogenen Rechtsprechung sollten alle monetären und sachgruppenbezogen alle nicht monetären Arbeitsbedingungen mit denjenigen der entsprechenden Bundesbeschäftigten verglichen werden. Die entsprechende Bundesbeschäftigte wird wiederum ausschlaggebend anhand der Eingruppierung nach dem TVEntgO Bund ermittelt, die auf einem ausdifferenzierten Beurteilungsvorgang beruht. Mithin hat die „Eingruppierung“ der Beschäftigten der Zuwendungsempfänger*in maßgebliche Bedeutung für die Einhaltung des Besserstellungsverbots. Schließlich muss für das entsprechend herausgearbeitete Bezugsobjekt mit Blick auf die ermittelte Vergleichsperson festgestellt werden, was „besser“ im Sinne des § 8 Abs. 2 HG Bund ist. Weil es letztlich um die Personalkosten geht, gilt: Jedes „Mehr“ an Kosten gegenüber dem öffentlichen Dienst verstößt gegen das Besserstellungsverbot. Auch für die nicht monetären Arbeitsbedingungen wird der Maßstab der Besserstellung soweit möglich ebenfalls quantitativ objektiviert.

18. Während ein Verstoß gegen die Vorgaben des Besserstellungsverbots naturgemäß zuwendungsrechtliche Konsequenzen hat und der Zuwendungsempfänger*in die Rückforderung der Fördermittel droht, sind die mittelbaren, individualrechtlichen Folgen für die betroffenen Beschäftigten der Zuwendungsempfänger*in besonders heikel. Um die tatsächliche Rückforderung

zu finanzieren oder eine bislang nur angedrohte Rückforderung abzuwenden, kommt ein Rückgriff der Zuwendungsempfänger*in gegenüber ihren Beschäftigten, insbesondere durch Entgeltreduzierung, ins Spiel. Zur Umsetzung kommen verschiedene arbeitsrechtliche Instrumente in Betracht. Die für die Arbeitgeber*in vorzugswürdige korrigierende Rückgruppierung ist nur möglich, wenn die Tarifautomatik greift. Unter Umständen kann sich die Tarifautomatik auch aus einer tarifvertraglichen Bezugnahme qua betrieblicher Übung ergeben. Ansonsten ist die Entgeltreduzierung nur durch Änderungsvertrag oder Änderungskündigung möglich. Bei wohlüberlegter Betriebsgestaltung sollten sich die Arbeitsbedingungen der Beschäftigten von vornherein, bestenfalls durch vertragliche Bezugnahmeklauseln, am TVöD orientieren, um den passenden rechtlichen Rahmen für eine (potentielle) Zuwendungsgewährung zu schaffen. Die faktische Anwendbarkeit des TVöD wird dadurch in zuwendungsabhängigen Branchen, wie beispielsweise dem Nonprofit-Bereich, erheblich erweitert, obwohl er inhaltlich nicht darauf ausgelegt wurde. Spätestens dann, wenn tatsächlich Zuwendungen beantragt und bewilligt werden, erhöht sich der Geltungsdruck des TVöD, der nichtsdestotrotz weitgehend faktischer Natur bleibt, weil den Arbeitgeber*innen überlassen ist, inwiefern sie ihm individualarbeitsvertraglich gerecht werden. Zugleich bleibt es der Zuwendungsempfänger*in verwehrt, dem Verband der Arbeitgeber*innen beizutreten und dadurch auf die Tarifverhandlungen Einfluss zu nehmen.

19. Hinter dem Besserstellungsverbot stehen in Gestalt der Haushaltsgrundsätze nachvollziehbare Beweggründe. Dennoch bleibt eine sehr kurzsichtige Umsetzung zu beklagen, die bei genauem Hinsehen mehr Schwierigkeiten mit sich bringt, als sie die Funktionsfähigkeit des Staates stützen könnte. Insbesondere erzeugt das Besserstellungsverbot erhebliche Rechtsunsicherheit, was schon aus ökonomischer Sicht nicht sinnvoll sein kann: Die Einhaltung des Besserstellungsverbots auf der Seite der Zuwendungsempfänger*in sowie dessen Prüfung durch die Behörde verursachen sehr hohe Verwaltungskosten, die möglicherweise eingespart werden könnten, würden die Vorgaben des § 8 Abs. 2 HG Bund gelockert. Die wirtschaftliche Sinnhaftigkeit ist mithin offen. Offen ist außerdem, ob lockerere Vorgaben die Effektivität der

Zuwendungsempfänger*innen beschneiden würden: Aus den ohnehin in der Summe begrenzten Zuwendungsmitteln ergeben sich auch hinsichtlich der Arbeitsbedingungen schon von selbst Begrenzungen, die die Bäume nicht in den Himmel wachsen lassen.

20. Aus den geschilderten Konfliktpunkten ergeben sich verschiedene Möglichkeiten, wie das zuwendungsrechtliche Besserstellungsverbot überarbeitet werden könnte. Bestenfalls würde bereits die gesetzliche Normierung oder die Konkretisierung in den Allgemeinen Nebenbestimmungen ein Mindestmaß an Transparenz für die Zuwendungsempfänger*in, insbesondere aber ihre Beschäftigten gewährleisten. Würde man beispielsweise von der Zuwendungsempfänger*in die dynamische Inbezugnahme des TVöD verlangen, wäre auch für die Arbeitnehmer*innenseite deutlich, was der Maßstab für das Arbeitsverhältnis ist. Außerdem würde sichergestellt, dass die Arbeitnehmer*innen von Tarifloohnerhöhungen profitieren würden. Bedenken hinsichtlich des Eingriffs in die Arbeitsvertragsfreiheit würde dieser Schritt zwar nicht gänzlich beseitigen, doch würde immerhin offener zutage treten, welche Einschränkungen das Besserstellungsverbot in dieser Hinsicht mit sich bringt. Abgemildert wäre eine Informationspflicht der Zuwendungsempfänger*in gegenüber ihren Beschäftigten zur Offenlegung der zuwendungsrechtlichen Bindungen und deren arbeitsrechtlichen Auswirkungen denkbar. Parallel zum Vergaberecht könnte man zu dem Zweck bei der Zuwendungsbewilligung eine Art „Tariftreueerklärung“ von der Zuwendungsempfänger*in verlangen. Darin könnte sie sich vertraglich dazu verpflichten, die Vorgaben des Besserstellungsverbots aus § 8 Abs. 2 HG Bund einzuhalten und gegebenenfalls noch weitergehend erklären, den TVöD in den Arbeitsverträgen mit ihren Beschäftigten vertraglich in Bezug zu nehmen. Gegenüber dem bisherigen Vorgehen bei der Zuwendungsbewilligung hätte die „Tariftreueerklärung“ gerichtet auf die Einhaltung des Besserstellungsverbots den entscheidenden Vorteil, dass die Bestimmtheit der daraus hergeleiteten Vorgaben für die Zuwendungsempfänger*in erhöht würde, wodurch letztlich auch die Rechtssicherheit für ihre Beschäftigten und die Verwaltung erhöht und deren Aufwand verringert würde. Problematisch bliebe bei alledem die gleichzeitige Einschränkung der Vertragsfreiheit, insbesondere in ihrer Ausgestaltung des

Günstigkeitsprinzips, dessen Rechtsgedanken auch bei der Tariftreue Anwendung finden müssen. Zugleich ist aber auch der jetzige Zustand nicht haltbar, da er ebenfalls die Arbeitsvertragsfreiheit beschränkt, ohne jedoch soziale Verantwortung für die Arbeitsbedingungen der Zuwendungsempfänger*in zu übernehmen.

21. Nicht nur im Vergaberecht, auch im Rahmen der Zuwendungsbewilligung ist es von gesamtgesellschaftlicher Bedeutung, wenn der Staat sich als Marktteilnehmer an privatwirtschaftliche Unternehmen oder Institutionen richtet. Dort muss – genauso, wie auf Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit geachtet wird – sichergestellt werden, dass für die involvierten Beschäftigten gute Arbeitsbedingungen herrschen. Das verdeutlicht die aktuelle Debatte zur Berücksichtigung weiterer sozialer Kriterien im Recht der öffentlichen Auftragsvergabe. Durch das Eigeninteresse des Staates besteht im Zuwendungsrecht ein höheres Maß an Verantwortung für die Arbeitsbedingungen als bei beliebigen Arbeitgeber*innen aus der Privatwirtschaft. In der Privatwirtschaft können die außenseiter*innenerfassenden rechtlichen Gestaltungsmittel unter dem Vorzeichen der Stärkung der Tarifautonomie in den gesetzlich vorgesehenen Fällen grundsätzlich ohne Weiteres angewendet werden. Das dient regelmäßig dem Zweck, Arbeitnehmer*innen zu schützen. Die jetzige Formulierung des Besserstellungsverbots kann das nicht gewährleisten, sondern legt gar eine gegenteilige Handhabung nahe, indem sie es den Zuwendungsempfänger*innen offenlässt, ihre Beschäftigten untertariflich zu entlohnen. Der entscheidende Unterschied zwischen dem Besserstellungsverbot und den in der Praxis anerkannten Fällen der Drittwirkung, in denen die tarifliche Selbstbestimmung der Außenseiter*innen zurücktritt, ist, dass das Besserstellungsverbot Höchst- statt Mindestarbeitsbedingungen festlegt, während zugleich das die Arbeitnehmer*innen begünstigende Günstigkeitsprinzip ausgehebelt wird. Hervorzuheben ist, dass dadurch eine gänzlich andere Schutzrichtung besteht als in den Fällen, in denen die Geltungserstreckung von Tarifnormen insbesondere dem sozialen Schutz der Arbeitnehmer*innen dient. Eine solche Begründung hängt eng mit der Annahme einer umfassenden Gestaltungsaufgabe der Tarifvertragsparteien zusammen, die nur dann sinnvoll ist, wenn sie das

Gemeinwohl im Blick behält. Eine soziale Funktion hat das Besserstellungsverbot in § 8 Abs. 2 HG aber nicht. Es dient, anders als die Zuwendungsvergabe an und für sich, weniger dem Gemeinwohl, als vielmehr allein den Interessen des Staates. Im Kern also bleibt die Vereinbarkeit des Besserstellungsverbots mit kollektivarbeitsrechtlichen Grundsätzen höchst zweifelhaft. Der zugrundeliegende Zielkonflikt lässt sich zwar nicht beseitigen, durch die oben dargestellten Maßnahmen jedoch in seinen Wirkungen so eindämmen, dass den Interessen aller Beteiligten besser Rechnung getragen werden kann.

Literaturverzeichnis

- Annuß, Georg*, Der Eingriff in den Arbeitsvertrag durch Betriebsvereinbarung, NZA 2001, S. 756–763.
- Arnold, Christian*, Betriebliche Tarifnormen und Außenseiter – Zur Legitimation der tarifvertraglichen Regelungsbefugnis, Berlin 2007.
- Arnold, Christian*, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 11.07.2018 - 4 AZR 443/17, Bezugnahme auf einen Tarifvertrag kraft betrieblicher Übung, FD-ArbR 2018, S. 412742.
- Backhaus, Ludger/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid/Ascheid, Reiner* (Hrsg.), Kündigungsrecht – Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 5. Aufl., München 2017.
- Bader, Johann/Ronellenfitsch, Michael* (Hrsg.), BeckOK VwVfG – mit VwVG und VwZG, 48. Aufl., München 2020 (zit. BeckOK VwVfG/Bearbeiter).
- Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman* (Hrsg.), BeckOK BGB, 57. Aufl., München 2020 (zit. BeckOK BGB/Bearbeiter).
- Bauer, Hartmut/Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen* (Hrsg.), Grundrechte in Deutschland - Einzelgrundrechte II, Heidelberg 2013 (zit. *Bearbeiter*, in: Bauer/Merten/Papier (Hrsg.), Grundrechte in Deutschland).
- Bauer, Jobst-Hubertus/Arnold, Christian*, Tarifliche Differenzierungsklauseln - Gewerkschaften auf Abwegen!, NZA 2005, S. 1209–1213.
- Bauer, Jobst-Hubertus/Arnold, Christian*, Differenzierungsklauseln - Entscheidung des Großen Senats auf der Kippe?, NZA 2009, S. 1169–1174.
- Bauer, Jobst-Hubertus/Arnold, Christian*, Rote Karte für qualifizierte Differenzierungsklauseln, NZA 2011, S. 945–949.
- Bauer, Jürgen/Bockholt, Michael*, Eingruppierung im öffentlichen Dienst – Leitfaden mit Bewertungsbeispielen, Definitionen, Urteilssammlung, Musterschreiben, 10. Aufl., Köln 2010.
- Bayreuther, Frank*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie – Tarifrecht im Spannungsfeld von Arbeits-, Privat- und Wirtschaftsrecht, München 2005.
- Bayreuther, Frank*, Tariftreue vor dem Aus – Konsequenzen der Ruffert-Entscheidung des EuGH für die Tariflandschaft, NZA 2008, S. 626–630.

- Bayreuther, Frank*, Vorbehaltlose dynamische Bezugnahmeklauseln nach einem Betriebsübergang - Neues vom EuGH, NJW 2017, S. 2158–2160.
- Beckmann, Roland Michael/Busche, Jan/Coster, Michael* (Hrsg.), Eckpfeiler des Zivilrechts, 6. Aufl., Berlin 2018 (zit. *Bearbeiter*, in: Beckmann/Busche/Coster (Hrsg.), Eckpfeiler des Zivilrechts).
- Belling, Detlev W.*, Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht, Berlin 1984.
- Bepler, Klaus/Böhle, Thomas/Pieper, Wolfgang/Geyer, Volker* (Hrsg.), BeckOK TVöD – Kommentar zum Tarifrecht der Beschäftigten im öffentlichen Dienst im Bereich des Bundes und der VKA, 53. Aufl., München 2020 (zit. BeckOK TVöD/*Bearbeiter*).
- Bepler, Klaus/Böhle, Thomas/Pieper, Wolfgang/Geyer, Volker* (Hrsg.), BeckOK TVöD Entgeltordnungen – Kommentar zu den Entgeltordnungen der Beschäftigten im öffentlichen Dienst im Bereich des Bundes und der VKA, 23. Aufl., München 2020 (zit. BeckOK TVöD EntgO/*Bearbeiter*).
- Bergner, Ralf*, Die Zulässigkeit kollektivvertraglicher Arbeitszeitregelungen und ihr Verhältnis zu abweichenden individualvertraglichen Vereinbarungen im Lichte des Günstigkeitsprinzips, Berlin 1995.
- Betz, Christoph*, Die Inbezugnahme tarifvertraglicher Regelungen im Wege der betrieblichen Übung, BB 2010, S. 2045–2050.
- Biedenkopf, Kurt H.*, Grenzen der Tarifautonomie, Karlsruhe 1964.
- Bieder, Marcus*, Dynamisierung außer- und übertariflicher Entgeltbestandteile durch betriebliche Übung – Zugleich Besprechung des Urteils BAG v. 19.9.2018 - 5 AZR 439/17, RdA 2019, S. 377–380.
- Bolwin, Rolf*, Der Normalvertrag Bühne, ein Künstlertarifvertrag in der öffentlichen Verwaltung nach den Regeln der Kunst, ZTR 2018, S. 695–702.
- Borchard, Axel*, Verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Grenzen tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln, Baden-Baden 2009.
- Brecht-Heitzmann, Holger/Kempfen, Otto Ernst/Schubert, Jens M./Seifert, Achim* (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz – TVG, 5. Aufl., Frankfurt am Main 2014 (zit. *Bearbeiter*, in: Brecht-Heitzmann/Kempfen/Schubert u.a. (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz).
- Breschendorf, Peter*, Zweiteilung der Belegschaft – Chancen und Risiken einer Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, Berlin 2009.

- Brüning, Christoph*, Rückforderung von Zuwendungen wegen Vergabefehlern, ZfBR 2020, S. 154–157.
- Buchner, Herbert*, Tarifliche Arbeitszeitbestimmungen und Günstigkeitsprinzip – Unter Berücksichtigung der Konsequenzen aus dem Beschluß des Großen Senats des BAG vom 7.11.1989 und der neuen Manteltarifverträge der Metallindustrie, DB 1990, S. 1715–1723.
- Bundeskanzleramt/Destatis*, Bürokratischer Aufwand im Zuwendungsrecht – Abschlussbericht, August 2010.
- Bundesministerium für Arbeit und Soziales*, Ergebnisbericht Zukunftsdialog – Neue Arbeit. Neue Sicherheit, Berlin September 2019.
- Bundesrechnungshof*, Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages nach § 88 Abs. 2 BHO über die Wirkungen des Wissenschaftsfreiheitsgesetzes auf die Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes und der Wissenschaftseinrichtungen, Bonn 19. Mai 2017.
- Bundesverwaltungsamt*, Fördergrundsätze für Zuwendungen aus dem Europäischen Sozialfonds im Bundesverwaltungsamt – Förderperiode 2014-2020, 3. Aufl., Köln September 2018.
- Burgi, Martin*, Entwicklungstendenzen und Handlungsnotwendigkeiten im Vergaberecht, NZBau 2018, S. 579–585.
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias* (Hrsg.), EUV/AEUV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta: Kommentar, 5. Aufl., München 2016 (zit. *Bearbeiter*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV).
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971.
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz – Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem, 2. Aufl., Berlin 2014.
- Conze, Peter/Karb, Svenja Kathrin/Wölk, Wolfgang/Reidel, Alexandra-Isabel* (Hrsg.), Personalbuch Arbeits- und Tarifrecht öffentlicher Dienst – TVöD, TV-L, TV-Hessen, TV-Ärzte : mit Lohnsteuerrecht, Sozialversicherungsrecht und Exkursen zum Beamtenrecht, 7. Aufl., München 2021 (zit. *Conze/Karb/Wölk/Reidel/Bearbeiter*).

- Danwerth, Christopher*, Analogie und teleologische Reduktion - zum Verhältnis zweier scheinbar ungleicher Schwestern, ZfPW 2017, S. 230–249.
- Däubler, Wolfgang*, Abschaffung der Tarifautonomie mit Hilfe des Günstigkeitsprinzips?, AuR 1996, S. 347–354.
- Däubler, Wolfgang*, Das Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte – Ein Kurswechsel im Arbeitsrecht, NJW 1999, S. 601–608.
- Däubler, Wolfgang*, Tarifliche Leistungen nur für Gewerkschaftsmitglieder?, BB 2002, S. 1643–1648.
- Däubler, Wolfgang*, Privatautonomie oder demokratische Tarifautonomie?, KJ 2014, S. 372–383.
- Däubler, Wolfgang* (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz – mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 4. Aufl., Baden-Baden 2016 (zit. *Däubler/Bearbeiter*).
- Däubler, Wolfgang/Deinert, Olaf/Walser, Manfred* (Hrsg.), AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht – Kommentar zu den §§ 305 bis 310 BGB, 5. Aufl., München 2021 (zit. *Bearbeiter*, in: *Däubler/Deinert/Walser* (Hrsg.), AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht).
- Däubler, Wolfgang/Heuschmid, Johannes*, Tarifverträge nur für Gewerkschaftsmitglieder?, RdA 2013, S. 1–9.
- Däubler, Wolfgang/Hjort, Jens Peter/Schubert, Michael/Wolmerath, Martin* (Hrsg.), Arbeitsrecht – Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen, Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2017 (zit. *Bearbeiter*, in: *Däubler/Hjort/Schubert u.a.* (Hrsg.), Arbeitsrecht).
- Deinert, Olaf*, Negative Koalitionsfreiheit – Überlegungen am Beispiel der Differenzierungsklausel, RdA 2014, S. 129–135.
- dbb Beamtenbund und Tarifunion*, Pressemitteilung vom 29.3.2021, <https://www.dbb.de/artikel/dem-staat-fehlen-fast-330-000-mitarbeitende.html>, zuletzt aufgerufen am 14.7.2021.
- Deutscher Gewerkschaftsbund*, Eckpunktepapier: Bundesregelung zur Tariftreue in der öffentlichen Auftragsvergabe, 26.5.2019.
- Deutscher Gewerkschaftsbund*, Staatshilfen nur bei Tariftreue und Beschäftigungssicherung, Klartext 24/2020 v. 3.7.2020,

<https://www.dgb.de/themen/++co++6c745078-bd0c-11ea-a455-525400e5a74a>,
3.7.2020, zuletzt aufgerufen am 30.6.2021.

Dieterich, Thomas, Zur Verfassungsmäßigkeit tariflicher Betriebsnormen, in: Klebe, Thomas/Wedde, Peter/Wolmerath, Martin (Hrsg.), Recht und soziale Arbeitswelt – Festschrift für Wolfgang Däubler zum 60. Geburtstag, Frankfurt am Main 1999, S. 451–464 (zit. *Dieterich*, FS Däubler).

Dieterich, Thomas, Flexibilisiertes Tarifrecht und Grundgesetz, RdA 2002, S. 1–17.

Dietz, Rolf, Verbot der Verabredung übertariflicher Arbeitsbedingungen durch Beschluß eines Arbeitgeberverbandes, DB 1965, S. 591–598.

Dittrich, Norbert, Bundeshaushaltsordnung mit Schwerpunkt Zuwendungsrecht, 60. Aktual. Februar 2021, Heidelberg, Neckar (zit. *Dittrich*, BHO).

Dorndorf, Eberhard, Tarifvertragliche und tarifvertragsgesetzliche Differenzierung am Beispiel der Vorruhestandstarifverträge, AuR 1988, S. 1–16.

Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band III: Artikel 83-146, 3. Aufl., Tübingen 2018 (zit. *Dreier/Bearbeiter*).

Eichenhofer, Eberhard, Statthaftigkeit eines EU-Rechtsrahmens für gesetzliche Mindestlöhne nach dem Entwurf der Kommission über eine Richtlinie für angemessene Mindestlöhne – Gutachten im Auftrag des DGB, März 2021.

Enquete-Kommission „Zukunft des Bürgerschaftlichen Engagements“, Bericht Bürgerschaftliches Engagement: auf dem Weg in eine zukunftsfähige Bürgergesellschaft, Wiesbaden 2002.

Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 47. Edition, München 2021 (zit. BeckOK GG/*Bearbeiter*).

Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über angemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union, Brüssel 28.10.2020.

Evers, Christian, Das Besserstellungsverbot im Wissenschaftsbereich, WissR 1997, S. 109–127.

Eylert, Mario/Kreutzberg-Kowalczyk, Matthias, Verfahrensrechtliche Fragen und Fallstricke des Eingruppierungsprozesses, NZA-RR 2020, S. 337–346.

Eylert, Mario/Schinz, Reinhard, Dynamische Bezugnahmeklauseln beim Betriebsübergang im Spannungsfeld zwischen nationalen und europäischen Regelungen, RdA 2017, S. 140–149.

- Folnovic, Alen/Hellriegel, Mathias*, Der Widerruf im Zuwendungsrecht - eine Systematik – Voraussetzungen, Ermessen, Rückforderung, Verjährung, Verzinsung, NVwZ 2016, S. 638–643.
- Forst, Gerrit*, Die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen nach dem sogenannten Tarifautonomiestärkungsgesetz, RdA 2015, S. 25–36.
- Franzen, Martin*, Vorteilsregelungen für Gewerkschaftsmitglieder, RdA 2006, S. 1–12.
- Franzen, Martin*, Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt, Frankfurt am Main 2018.
- Franzen, Martin/Gallner, Inken/Oetker, Hartmut* (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 3. Aufl., München 2020 (zit. *Bearbeiter*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2020).
- Gamillscheg, Franz*, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, Berlin 1966.
- Gamillscheg, Franz*, Kollektives Arbeitsrecht Bd. I, München 1997 (zit. *Gamillscheg*, Koll ArbR I).
- Gamillscheg, Franz*, Ihr naht euch wieder, schwankende Gestalten – „Tarifbonus“ für Gewerkschaftsmitglieder, NZA 2005, S. 146–150.
- Giesen, Richard*, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb – Gegenstand und Reichweite betrieblicher und betriebsverfassungsrechtlicher Tarifnormen, Tübingen 2002.
- Giesen, Richard*, Tarifbonus für Gewerkschaftsmitglieder?, NZA 2004, S. 1317–1320.
- Giesen, Richard*, Fremdbestimmung durch Tarifvertrag, ZfA 2016, S. 153–196.
- Graßhof, Karin* (Hrsg.), Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – Herausgegeben vom Bundesverfassungsgericht, 214. Aktual., Heidelberg 2021 (zit. *Graßhof*, in: Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts).
- Greiner, Stefan*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfpluralität, München 2010.
- Greiner, Stefan*, Differenzierungsklauseln im Kontext von Koalitionsmittelfreiheit und Gewerkschaftspluralismus, DB 2009, S. 398–402.
- Greiner, Stefan*, Von der Tariftreue zum Landesvergabemindestlohn – Bestandsaufnahme und europarechtliche Bewertung, ZIP 2011, S. 2129–2135.

- Greiner, Stefan*, Vergaberechtliche Arbeitsbedingungen in der Personenbeförderung, in: Giesen, Richard/Junker, Abbo/Rieble, Volker (Hrsg.), Vergaberecht und Arbeitsbedingungen – 12. ZAAR-Kongress, München, 8. Mai 2015, München 2015, S. 97–114.
- Greiner, Stefan*, Stichtagsklauseln als „getarnte“ Differenzierungsklauseln, jM 2016, S. 66–70.
- Greiner, Stefan*, „Weil nicht sein kann, was nicht sein darf...“ - die Entscheidung des BAG vom 15.4.2015 zu tarifvertraglichen Stichtagsklauseln, NZA 2016, S. 10–15.
- Greiner, Stefan*, Stärkung der Tarifbindung durch Betriebsnormen?, ZfA 2017, S. 309–334.
- Greiner, Stefan*, Stichtagsklauseln zur Außenseiterdifferenzierung in der Restrukturierungssituation – verfassungsrechtlich betrachtet, in: Beppler, Klaus/Hohenstatt, Klaus-Stefan/Preis, Ulrich/Schunder, Achim (Hrsg.), Arbeitsrecht bei Änderung der Unternehmensstruktur – Festschrift für Heinz Josef Willemsen zum 65. Geburtstag, München 2018, S. 159–172 (zit. *Greiner*, FS Willemsen).
- Greiner, Stefan*, Tarifdispositives Gesetzesrecht - Fluch oder Segen für die Tarifautonomie?, NZA 2018, S. 563–566.
- Greiner, Stefan*, Tarifdispositives Recht - ein Mittel zur Stärkung der Tarifbindung?, ZTR 2018, S. 628–636.
- Greiner, Stefan/Suhre, Nadja*, Tarifvertragliche Exklusivleistungen für Gewerkschaftsmitglieder nach der Rechtsprechungsänderung, NJW 2010, S. 131–134.
- Groeger, Axel* (Hrsg.), Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, 3. Aufl., Köln 2020 (zit. *Groeger/Bearbeiter*).
- Gröpl, Christoph* (Hrsg.), Bundeshaushaltsordnung, Landeshaushaltsordnungen – Staatliches Haushaltsrecht: Kommentar, 2. Aufl., München 2019 (zit. *Gröpl/Bearbeiter*).
- Hanau, Peter*, Arbeits- und Sozialrecht in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshof, in: Canaris, Claus-Wilhelm (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, München 2000, S. 481–495 (zit. *Hanau*, FS 50 Jahre BGH).
- Hanau, Peter*, Gebremster Schub im Arbeitsrecht, NJW 2002, S. 1240–1243.

- Hanau, Peter*, Neue Rechtsprechung zur negativen Tarifvertragsfreiheit, in: Pitschas, Rainer/Uhle, Arnd/Aulehner, Josef (Hrsg.), Wege gelebter Verfassung in Recht und Politik – Festschrift für Rupert Scholz zum 70. Geburtstag, Berlin 2007, S. 1035–1045 (zit. *Hanau*, FS Scholz).
- Hartmann, Felix*, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, Tübingen 2014 (zit. *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit).
- Hartmann, Felix*, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu dynamischen Bezgunahmeklauseln im Betriebsübergang, EuZA 2015, S. 203–220.
- Hartmann, Felix/Lobinger, Thomas*, Die Arbeitsvertrags- und Wettbewerbsfreiheit als Grenze tarifvertraglicher Vorteilsregelungen, NZA 2010, S. 421–427.
- Hayek, Friedrich A. von*, Gesammelte Schriften in deutscher Sprache, Abt. B Band 3: Die Verfassung der Freiheit – herausgegeben von Alfred Bosch, Manfred E. Streit, Viktor Vanberg, Reinhold Veit, 4. Aufl., Tübingen 2005 (zit. *Hayek*, Gesammelte Schriften in deutscher Sprache, Abt. B Band 3: Die Verfassung der Freiheit).
- Heinze, Meinhard*, Tarifautonomie und sogenanntes Günstigkeitsprinzip, NZA 1991, S. 329–336.
- Heinze, Meinhard*, Kollektive Arbeitsbedingungen im Spannungsfeld zwischen Tarif- und Betriebsautonomie, NZA 1995, S. 5–8.
- Heise, Dietmar*, Günstigkeitsprinzip und betriebliche Bündnisse für Arbeit, in: Oetker, Hartmut/Preis, Ulrich/Rieble, Volker (Hrsg.), 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, München 2004, S. 657–681 (zit. *Heise*, FS 50 Jahre BAG).
- Henssler, Martin*, Flexibilisierung der Arbeitsmarktordnung – Überlegungen zur Weiterentwicklung der tariflichen Regelungsmacht, ZfA 1994, S. 487–515.
- Henssler, Martin*, Tarifbindung durch betriebliche Übung, in: Oetker, Hartmut/Preis, Ulrich/Rieble, Volker (Hrsg.), 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, München 2004, S. 683–711 (zit. *Henssler*, FS 50 Jahre BAG).
- Henssler, Martin/Höpfner, Clemens*, Der Kern der negativen Koalitions- und Tarifvertragsfreiheit – Wesen, Bedeutung und Eingriffsmöglichkeiten, Rechtsgutachten für den Verband Deutscher Maschinen- und Anlagenbau e.V., April 2018.

- Henssler, Martin/Moll, Wilhelm/Bepler, Klaus* (Hrsg.), *Der Tarifvertrag*, 2. Aufl., Köln, Saarbrücken 2016 (zit. *Bearbeiter*, in: Henssler/Moll/Bepler (Hrsg.), *Der Tarifvertrag*).
- Henssler, Martin/Willemsen, Heinz Josef/Kalb, Heinz-Jürgen* (Hrsg.), *Arbeitsrecht – Kommentar*, 9. Aufl., Köln 2020 (zit. *Bearbeiter*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), *Arbeitsrecht*).
- Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rüßmann, Helmut/Weth, Stephan/Vieweg, Klaus* (Hrsg.), *Juris PraxisKommentar BGB*, 9. Aufl., Saarbrücken 2020 (zit. *jurisPK/Bearbeiter*).
- Herresthal, Carsten*, Die Re-Individualisierung des kollektiven Arbeitsrechts in der europäischen Integration am Beispiel der Tarifautonomie, *EuZA* 2011, S. 3–29.
- Heuschmid, Johannes*, Von der negativen Koalitionsfreiheit zur negativen Tarifvertragsfreiheit und zurück – Eine Betrachtung im europäischen Mehrebenensystem, *KJ* 2014, S. 384–395.
- Höfling, Wolfram/Rixen, Stephan*, Tariftreue oder Verfassungstreue? – Von der „gewährleistungsstaatlichen“ Relativierung des Grundrechtsschutzes am Beispiel der Tariftreue-Entscheidung des BVerfG, *RdA* 2007, S. 360–366.
- Höpfner, Clemens*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis – Historische, ökonomische und legitimatorische Grundlagen des deutschen Koalitions- und Tarifvertragsrechts, Baden-Baden 2015.
- Höpfner, Clemens*, Die Binnendifferenzierung im System tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln, *RdA* 2019, S. 146–157.
- Höpfner, Clemens*, Inhalt und Umfang der negativen Koalitionsfreiheit, in: Gallner, Inken/Henssler, Martin/Eckhoff, Frank/Reufels, Martin (Hrsg.), *Dynamisches Recht – Herausforderungen im Arbeitsrecht, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht : Festschrift für Wilhelm Moll zum 70. Geburtstag*, München 2019, S. 287–299 (zit. *Höpfner*, FS Moll).
- Höpfner, Clemens*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Privilegierung tarifgebundener Arbeitgeber – Studie für die Vereinigung der bayerischen Wirtschaft e.V., April 2019.
- Hromadka, Wolfgang*, Zur betrieblichen Übung, *NZA* 1984, S. 241–246.
- Hromadka, Wolfgang*, Irrtümliche Überzahlung von Lohn, in: Köbler, Gerhard (Hrsg.), *Geschichtliche Rechtswissenschaft – Ars tradendo innovandoque aequitatem*

- sectandi ; Freundesgabe für Alfred Söllner zum 60. Geburtstag am 5.2.1990, Gießen 1990, S. 105–123.
- Hueck, Alfred/Nipperdey, Hans Carl*, Lehrbuch des Arbeitsrechts – Zweiter Band: Kollektives Arbeitsrecht, Erster Halbband (II/1), 7. Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1967 (zit. *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht, Bd. II/1).
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim/Körber, Torsten/Schweitzer, Heike/Zimmer, Daniel* (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU – Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 6. Aufl., München 2019 (zit. *Immenga/Mestmäcker/Bearbeiter*).
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim/Körber, Torsten/Schweitzer, Heike/Zimmer, Daniel* (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB – Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 6. Aufl., München 2020 (zit. *Immenga/Mestmäcker/Bearbeiter*).
- Jacobs, Matthias/Frieling, Tino*, Die Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien – eine dogmatische Kritik an einem verfassungsrechtlichen Sonderweg im Tarifrecht, SR 2019, S. 108–117.
- Jacobs, Matthias/Krause, Rüdiger/Oetker, Hartmut/Schubert, Claudia* (Hrsg.), Tarifvertragsrecht, 2. Aufl., München 2013 (zit. *JKOS/Bearbeiter*).
- Jaeger, Wolfgang/Kokott, Juliane/Pohlmann, Petra/Schroeder, Dirk* (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht – Mit Kommentierung des EU-Kartellrechts, des GWB und einer Darstellung ausländischer Kartellrechtsordnungen, 99. EGL, Köln/Saarbrücken 2021 (zit. *Bearbeiter*, in: *Jaeger/Kokott/Pohlmann u.a.* (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht).
- Jarass, Hans D./Kment, Martin/Piero, Bodo* (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Kommentar, 16. Aufl., München 2020 (zit. *Jarass/Piero/Bearbeiter*).
- Joost, Detlev*, Tarifrechtliche Grenzen der Verkürzung der Wochenarbeitszeit – Das Günstigkeitsprinzip als Schranke der Kollektivmacht, ZfA 1984, S. 173–194.
- Kamanabrou, Sudabeh*, Darf's ein bisschen mehr sein? - Zur Wirksamkeit von Tarifausschlussklauseln, in: Hönn, Günther/Oetker, Hartmut/Raab, Thomas (Hrsg.), Festschrift für Peter Kreutz zum 70. Geburtstag, Köln 2010, S. 197–209 (zit. *Kamanabrou*, FS Kreutz).

- Kämmerer, Jörn Axel/Thüsing, Gregor*, Zum Entwurf eines Gesetzes zur tariflichen Entlohnung bei öffentlichen Aufträgen und zur Einrichtung eines Registers über unzuverlässige Unternehmen, ZIP 2002, S. 596–606.
- Kempen, Otto Ernst*, 3. Tariftreueerklärungen, in: Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut in der Hans-Böckler-Stiftung (Hrsg.), Rechtliche und rechtspolitische Aspekte der Sicherung von tariflichen Mindeststandards – Rechtsgutachten, Düsseldorf, S. 44–83.
- Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut* (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 3: Kollektives Arbeitsrecht I, 4. Aufl., München 2019 (zit. MHB ArbR/Bearbeiter).
- Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut* (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht I, 5. Aufl., München 2021 (zit. MHB ArbR/Bearbeiter).
- Kingreen, Thorsten*, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit exklusiver Tariföffnungsklauseln – Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der negativen Koalitionsfreiheit, NZA 2021, S. 1–8.
- Kissel, Otto Rudolf*, Verblässende negative Koalitionsfreiheit?, in: Isenhardt, Udo/Preis, Ulrich (Hrsg.), Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft – Festschrift für Peter Hanau, Köln 1999, S. 547–560 (zit. *Kissel*, FS Hanau).
- Kleinebrink, Wolfgang*, Folgen einer fehlerhaften tarifvertraglichen Eingruppierung in der Privatwirtschaft, NZA-RR 2014, S. 113–118.
- Kluckert, Sebastian*, Zuwendung und Gesetz – insbesondere zu Grund und Grenzen der Außenwirkung von Haushaltsgesetz und Haushaltsplan, Tübingen 2018.
- Kocher, Eva*, Differenzierungsklauseln: Neue Orientierungen, NZA 2009, S. 119–124.
- Kohaut, Susanne*, Tarifbindung geht in Westdeutschland weiter zurück, in: IAB-Forum, 13.5.2020, <https://www.iab-forum.de/tarifbindung-geht-in-westdeutschland-weiter-zurueck/>, zuletzt aufgerufen am 20.7.2021.
- Krämer, Erwin/Schmidt, Jürgen*, Zuwendungsrecht, Zuwendungspraxis – Kommentar zu d. zuwendungsbezogenen haushaltsrechtl. Vorschriften d. Bundes u. d. Länder mit Verfahrenshinweisen für d. Behörden u. Zuwendungsempfänger, 154. Aktual., Heidelberg 2021 (zit. *Krämer/Schmidt*, Zuwendungsrecht).
- Krebber, Sebastian*, Grundlagen und Grenzen der Tarifmacht – Rezension zu Felix Hartmann, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen

- Arbeitsrecht, Tübingen 2014, und zu Clemens Höpfner, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis. Historische, ökonomische und legitimatorische Grundlagen des deutschen Koalitions- und Tarifvertragsrechts, Baden-Baden 2015, RW 2017, S. 65–74.
- Kroll*, Der Außenseiter in der Arbeitsrechtsordnung – Eine verfassungsrechtliche Untersuchung des tarif- und arbeitskampfrechtlichen Rechtsstatus des nichtorganisierten Arbeitnehmers, Ruhr-Universität Bochum 1992 (zit. *Kroll*, Außenseiter).
- Küchenhoff, Günther*, Verbandsautonomie, Grundrechte und Staatsgewalt, AuR 1963, S. 321–334.
- Kühnast, Simone*, Die Grenzen zwischen tariflicher und privatautonomer Regelungsbefugnis – Eine Untersuchung der Möglichkeiten zur privatautonomen Unterschreitung tarifvertraglicher Mindestarbeitsbedingungen sowie zur tariflichen Einflussnahme auf den über- und außertariflichen Bereich, Berlin 2005.
- Küttner, Wolfdieter* (Hrsg.), Personalbuch – Arbeitsrecht, Lohnsteuerrecht, Sozialversicherungsrecht, 28. Aufl., München 2021 (zit. *Bearbeiter*, in: Küttner (Hrsg.), Personalbuch).
- Kulick, Andreas*, „Drittwirkung“ als verfassungskonforme Auslegung – Zur neuen Rechtsprechung des BVerfG, NJW 2016, S. 2236–2241.
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin, Heidelberg 1995.
- Lewinski, Kai von/Burbat, Daniela* (Hrsg.), Bundeshaushaltsordnung – Kommentar, 1. Aufl., Baden-Baden 2013 (zit. NK-BHO/*Bearbeiter*).
- Leydecker, Philipp*, Der Tarifvertrag als exklusives Gut – Die rechtliche Zulässigkeit und Erstreikbarkeit von Differenzierungsklauseln, Berlin 2005.
- Löwisch, Manfred*, Günstigkeitsprinzip als Kartellverbot, in: ders. (Hrsg.), Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht – Festschrift für Fritz Rittner zum 70. Geburtstag, München 1991, S. 381–389 (zit. *Löwisch*, FS Rittner).
- Löwisch, Manfred*, Landesrechtliche Tariftreue als Voraussetzung der Vergabe von Bau- und Verkehrsleistungen, DB 2004, S. 814–819.
- Löwisch, Manfred*, Differenzierungsklauseln im öffentlichen Dienst?, NZA 2011, S. 187–188.

- Löwisch, Manfred/Rieble, Volker*, Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl., München 2017 (zit. *Löwisch/Rieble*, TVG).
- Mangoldt, Hermann von (Begr.)/Klein, Friedrich/Starck, Christian/Huber, Peter M./Voßkuhle, Andreas* (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, 7. Aufl., München 2018 (zit. v. *Mangoldt/Klein/Starck/Bearbeiter*).
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Begr.), Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans H.* (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, 94. EGL, München 2021 (zit. *Maunz/Dürig/Bearbeiter*).
- Mehlich, Tobias*, Rechtliche Einordnung und Korrektur einer unzutreffenden tariflichen Eingruppierung, DB 1999, S. 1319–1323.
- Meik, Frank Andreas*, Der Kernbereich der Tarifautonomie – Dargestellt am Funktionszusammenhang von Unternehmens-, Betriebs- und Tarifautonomie, Berlin 1987.
- Meusel, Ernst-Joachim*, Der „gute“ Wissenschaftsverwalter, DUZ 1977, S. 649–650.
- Möllers, Thomas M.J.*, Wie Juristen denken und arbeiten – Konsequenzen für die Rolle juristischer Methoden in der juristischen Ausbildung, ZfPW 2019, S. 94–121.
- Müller, Hans Martin/Richter, Bettina/Ziekow, Jan*, Handbuch Zuwendungsrecht – Rechtsgrundlagen - Verfahren - Rechtsschutz, 1. Aufl., München 2017.
- Neumann, Sebastian*, Anmerkung zu BAG, Urt. v. 23.3.2011 - 4 AZR 366/09, AP GG Art. 9 Nr. 147.
- Neumann, Sebastian*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder – Zur Zulässigkeit tarifvertraglicher Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, Berlin 2012.
- Nikisch, Arthur*, Inhalt und Grenzen des tariflichen Günstigkeitsprinzips, DB 1963, S. 1254–1257.
- OECD*, Öffentliche Vergabe in Deutschland – Strategische Ansatzpunkte zum Wohl der Menschen und für wirtschaftliches Wachstum, Paris 2019.
- Palandt, Otto (Begr.)*, Bürgerliches Gesetzbuch – Mit Nebengesetzen insbesondere mit Einführungsgesetz (Auszug) einschließlich Rom I-, Rom II- und Rom III-Verordnungen sowie EU Güterrechtsverordnungen, Haager Unterhaltsprotokoll und EU-Erbrechtsverordnung, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz, Unterlassungsklagengesetz, Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz,

- Versorgungsausgleichsgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz,
Gewaltschutzgesetz, 80. Aufl., München 2021 (zit. Palandt/*Bearbeiter*).
- Peter, Gabriele/Kempen, Otto Ernst/Zachert, Ulrich*, Rechtliche und rechtspolitische Aspekte der Sicherung von tariflichen Mindeststandards – Rechtsgutachten, Düsseldorf Januar 2003.
- Pfeifer, Wolfgang*, Etymologisches Wörterbuch des Deutschen, 1993, digitalisierte und von Wolfgang Pfeifer überarbeitete Version im Digitalen Wörterbuch der deutschen Sprache, <https://www.dwds.de/wb/etymwb/autonom>, zuletzt aufgerufen am 4.8.2021.
- Picker, Eduard*, Tarifautonomie - Betriebsautonomie - Privatautonomie, NZA 2002, S. 761–770.
- Piduch, Erwin A. (Begr.)/ Heller, Karl-Heinz/Keilmann, Ulrich/Knörzer, Thomas/Nebel, Andreas/Nöhrbaß, Karl-Heinz* (Hrsg.), Bundeshaushaltsrecht – Kommentar zu den Artikeln 91a, 91b, 91c, 91d, 91e, 104a bis 104c, 109 bis 115, 125c, 143c, 143d des Grundgesetzes und zur Bundeshaushaltsordnung mit rechtsvergleichenden Hinweisen auf das Haushaltsrecht der Länder und ihrer Gemeinden, 22. Aufl., Stuttgart 2020 (zit. *Piduch/Bearbeiter*).
- Pionteck, Alexander*, Stärkung der Tarifautonomie, Berlin 2021.
- Pletke, Matthias*, Fallstricke individualrechtlicher Eingruppierungsverfahren (Teil 2), ArbR 2019, S. 266–268.
- Poscher, Ralf*, Die Koalitionsfreiheit als ausgestaltungsbefähigtes und ausgestaltungsfähiges Grundrecht – Arbeitskämpfe um Ausgründungen und Umstrukturierung, RdA 2017, S. 235–245.
- Präsident des Bundesrechnungshofes*, Prüfung der Vergabe und Bewirtschaftung von Zuwendungen – Typische Mängel und Fehler im Zuwendungsbereich, 2. Aufl., Bonn 2016.
- Preis, Ulrich* (Hrsg.), Der Arbeitsvertrag – Handbuch der Vertragsgestaltung, 6. Aufl., Köln 2020 (zit. *Bearbeiter*, in: Preis (Hrsg.), Der Arbeitsvertrag).
- Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid/Müller-Glöge, Rudi* (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Aufl., München 2021 (zit. *ErfK/Bearbeiter*).
- Preis, Ulrich/Greiner, Stefan*, Arbeitsrecht: Kollektivarbeitsrecht – Lehrbuch für Studium und Praxis, 5. Aufl., Köln 2020 (zit. *Preis/Greiner*, Kollektivarbeitsrecht).

- Preis, Ulrich/Greiner, Stefan*, Die staatliche Geltungserstreckung nach dem alten und neu gefassten AEntG, insbesondere bei Vorliegen konkurrierender Tarifverträge, ZfA 2009, S. 825–859.
- Preis, Ulrich/Ulber, Daniel*, Tariftreue als Verfassungsproblem, NJW 2007, 465-471.
- Prokop, Felix*, Die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG – Eine verfassungsrechtliche Untersuchung der Änderungen durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz 2014, Baden-Baden 2017.
- Pünder, Hermann/Schellenberg, Martin* (Hrsg.), Vergaberecht – GWB, VgV, VSVgV, SektVO, VOB/A, ZonzVgV, UVgO, Haushaltsrecht, Öffentliches Preisrecht: Handkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2019 (zit. *Bearbeiter*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht).
- Reichert, Friedhelm*, Vergaberechtlicher Zwang zur Zahlung von Tarifföhnen – Die sogenannten „Tariftreueerklärungen“ und ihre Vereinbarkeit mit deutschem und europäischem Wirtschafts- und Vergaberecht, Berlin 2007.
- Reuter, Dieter*, Möglichkeiten und Grenzen der tarifvertraglichen Gestaltung durch Betriebsnormen – Beispiel Arbeitszeit, DZWir 1995, S. 353–361.
- Richardi, Reinhard*, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, München 1968.
- Richardi, Reinhard*, Das Ordnungsmodell des Tarifvertragssystems und der Arbeitskampf – Kritische Auseinandersetzung mit dem Warnstreikurteil des Bundesarbeitsgerichts vom 12.9.1984, JZ 1985, S. 410–421.
- Richardi, Reinhard*, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des Einundsechzigsten Deutschen Juristentages, Bd. 1: Gutachten, Karlsruhe, München 1996, S. B1 ff. (zit. *Richardi*, in: Verhandlungen des 61. Deutschen Juristentages, Bd. 1).
- Richardi, Reinhard* (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz – mit Wahlordnung, 16. Aufl., München 2018 (zit. *Bearbeiter*, in: Richardi (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz).
- Rieble, Volker*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb – Der Schutz von Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit im Arbeitsrecht, Berlin/Heidelberg 1996.
- Rieble, Volker*, Tariftreue vor dem BVerfG, NZA 2007, S. 1–4.
- Rieble, Volker*, Besprechung: Sudabeh Kamanabrou, Erga-Omnes-Wirkung von Tarifverträgen, EuZA 2012, S. 496–505.

- Rieble, Volker*, Tariffreiheit – Kumulativbesprechung von Felix Hartmann, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht (2014) und Clemens Höpfner, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis (2015), EuZA 2017, S. 228–240.
- Rieble, Volker/Leitmeier, Lorenz*, Landesgesetze über tarifliche Arbeitsbedingungen?, ZTR 2008, S. 237–245.
- Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf/Udsching, Peter* (Hrsg.), BeckOK Arbeitsrecht, 60. Edition, München 2021 (zit. BeckOK ArbR/*Bearbeiter*).
- Roos, Walter*, Behandlung der Tarifnormen als Höchstnormen durch den Arbeitgeberverband, 1961.
- Sachs, Michael* (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, 9. Aufl., München 2021 (zit. *Bearbeiter*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 9. Aufl. 2021).
- Säcker, Franz Jürgen/Oetker, Hartmut*, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie – erläutert anhand aktueller tarifpolitischer Fragen, München 1992.
- Säcker, Franz Jürgen/Oetker, Hartmut*, Höchstnormenbeschlüsse der Koalitionen zwischen Freiheitsschutz und Verbandsautonomie, ZfA 1996, S. 85–113.
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina/Molkenthin, Claudia* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: Allgemeiner Teil §§ 1-240, AllgPersönlR, ProstG, AGG, 8. Aufl., München 2018 (zit. MüKoBGB/*Bearbeiter*).
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina/Molkenthin, Claudia* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5: Schuldrecht - Besonderer Teil II, 8. Aufl., München 2020 (zit. MüKoBGB/*Bearbeiter*).
- Sacksofsky, Ute/Arndt, Nina*, Das haushaltsrechtliche Besserstellungsverbot - ein geeignetes Steuerungsinstrument? – Untersuchung am Beispiel der politischen Stiftungen, DÖV 2003, S. 561–570.
- Salomon-Hengst, Annette*, Zur Zulässigkeit von den Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes abweichender einzelvertraglicher und kollektivrechtlicher Regelungen, öAT 2017, S. 184–187.
- Schaub, Günter/Ahrendt, Martina/Koch, Ulrich/Linck, Rüdiger/Treber, Jürgen/Vogelsang, Hinrich* (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch – Systematische

- Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 18. Aufl., München 2019 (zit. *Bearbeiter*, in: Schaub/Ahrendt/Koch u.a. (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch).
- Sleich, Albrecht*, Nebenbestimmungen in Zuwendungsbescheiden des Bundes und der Länder, NJW 1988, S. 236–243.
- Scholz, Rupert*, Rechtsfragen zur Verweisung zwischen Gesetz und Tarifvertrag, in: Mayer-Maly, Theo/Richardi, Reinhard/Schambeck, Herbert/Zöllner, Wolfgang (Hrsg.), Arbeitsleben und Rechtspflege – Festschrift für Gerhard Müller, Berlin 1981, S. 509–536 (zit. *Scholz*, FS Müller).
- Schubert, Claudia*, Ist der Außenseiter vor der Normsetzung durch die Tarifvertragsparteien geschützt? – Ein Beitrag zum sachlichen Schutzbereich der negativen Koalitionsfreiheit, RdA 2001, S. 199–207.
- Schubert, Claudia*, Rezension „Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht“, Habilitationsschrift von Felix Hartmann, 2014, SR 2014, S. 70–75.
- Schulten, Thorsten*, Tariftreue und Mindestlöhne in den Vergabegesetzen der Bundesländer, Magazin für Beamtinnen und Beamte 3/2018, <https://www.dgb.de/themen/++co++5fa45de4-2d0c-11e8-b72b-52540088cada>, zuletzt aufgerufen am 14.7.2021.
- Schulz, Gabriele*, Wenn der Geldgeber seine Macht ausspielt, Neue Musikzeitung 2/2010, <https://www.nmz.de/artikel/wenn-der-geldgeber-seine-macht-ausspielt>, zuletzt aufgerufen am 20.7.2021.
- Schüren, Peter*, Tarifgeltung für Außenseiter? - „No Taxation without Representation!“, RdA 1988, S. 138–149.
- Schwab, Norbert/Weth, Stephan* (Hrsg.), Arbeitsgerichtsgesetz Kommentar – Mit Verfahren vor dem BVerfG, EuGH, Einigungsstelle und Kirchen-Arbeitsgerichtsbarkeit, 5. Aufl., Köln 2018 (zit. *Bearbeiter*, in: Schwab/Weth (Hrsg.), Arbeitsgerichtsgesetz Kommentar).
- Schwarze, Roland*, Die Bedeutung des Nachweisgesetzes für fehlerhafte tarifliche Eingruppierungen, RdA 1997, S. 343–351.
- Seel, Henning-Alexander*, Fehlerhafte Eingruppierung - Welchen Voraussetzungen unterliegt eine Eingruppierungskorrektur?, öAT 2011, S. 97–100.

- Seiwerth, Stephan*, Schwäche und Stärkung der Tarifautonomie aus rechtsökonomischem Blickwinkel: vitale Mitgliedschaft und Anreize oder Perspektive Staat vor Privat?, RdA 2014, S. 358–365.
- Seiwerth, Stephan*, Die Gemeinwohlbindung der Koalitionen und des Tarifvertrags, RdA 2017, S. 373–379.
- Seiwerth, Stephan*, Gestaltungsfreiheit in Tarifverträgen und tarifdispositives Gesetzesrecht – Die Begrenzung individueller und kollektiver Vertragsfreiheit durch dispositives und zwingendes Gesetzesrecht, Baden-Baden 2017.
- Serr, Stephan*, Privative Tariftreue, München 2013.
- Siebert, Wolfgang*, Kollektivnorm und Individualrecht im Arbeitsverhältnis, in: Dietz, Rolf (Hrsg.), Festschrift für Hans Carl Nipperdey – zum 60. Geburtstag am 21. Januar 1955, München 1955, S. 119–145 (zit. *Siebert*, FS Nipperdey).
- Siegfanz-Strauß, Sandy*, „Boni“ für Gewerkschaftsmitglieder – Feste Grundsätze statt Einzelfalljudikatur, RdA 2015, S. 266–270.
- Sinzheimer, Hugo*, in: Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung, Stenographische Berichte, 62. Sitzung v. 21. Juli 1919, Berlin 2020.
- Sittard, Ulrich*, Neue Mindestlohngesetze in Deutschland, NZA 2009, S. 346–351.
- Söllner, Alfred*, Zu Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, AuR 1966, S. 257–263.
- Spelge, Karin*, Stufenzuordnung nach Höher- und Rückgruppierung - Ewige Quelle der Unzufriedenheit? – Teil 1, ZTR 2020, S. 127–135.
- Sprengel, Rainer*, Verwaltungskosten bei Nonprofit-Organisationen: eine kritische Betrachtung, in: Hopt, Klaus J./Hippel, Thomas von/Walz, W. Rainer (Hrsg.), Nonprofit-Organisationen in Recht, Wirtschaft und Gesellschaft – Theorien - Analysen - Corporate Governance, Tübingen 2005, S. 283–306.
- Staudinger, Julius von (Begr.)/Fischinger, Philipp S./Kohler, Jürgen/Seibl, Maximilian/Rieble, Volker* (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1: Allgemeiner Teil §§ 134-138; ProstG (Allgemeiner Teil 4a - Gesetzliches Verbot und Sittenwidrigkeit), 16. Aufl., Berlin Neubearbeitung 2017 (zit. *Staudinger/Bearbeiter*).

- Staudinger, Julius von (Begr.)/Fischinger, Philipp S./Kohler, Jürgen/Seibl, Maximilian/Rieble, Volker* (Hrsg.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse § 611-613 (Dienstvertragsrecht 1)*, 16. Aufl., Berlin Neubearbeitung 2020 (zit. *Staudinger/Bearbeiter*).
- Steiner, Harald*, *Die Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung – Grenze und Grundlage des Personalvertretungsrechts, PersV 2015*, S. 84–98.
- Sachs, Michael/Schmitz, Heribert* (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 9. Aufl., München 2018.
- Sutschet, Holger*, *Bezugnahmeklausel kraft betrieblicher Übung*, NZA 2008, S. 679–687.
- Sutschet, Holger*, *Werhof reloaded – Oder: kommt die Gleichstellungsabrede nach England?*, RdA 2013, S. 28–36.
- Thüsing, Gregor*, *Tarifautonomie und Gemeinwohl*, in: *Oetker, Hartmut/Preis, Ulrich/Rieble, Volker* (Hrsg.), *50 Jahre Bundesarbeitsgericht*, München 2004, S. 889–912 (zit. *Thüsing, FS 50 Jahre BAG*).
- Thüsing, Gregor/Hütter-Brungs, Gisela*, *Soziale Gerechtigkeit ultra vires - Kritische Anmerkungen zum Entwurf einer Mindestlohnrichtlinie*, NZA 2021, S. 170–175.
- Thüsing, Gregor/Lambrich, Thomas*, *Arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifnormen – Verbandsaustritt, Verbandswechsel, Betriebsübergang*, RdA 2002, S. 193–213.
- Ulber, Daniel/Strauß, Sandy*, *Differenzierungsklauseln im Licht der neueren Rechtsprechung zur Koalitionsfreiheit – Zugleich Besprechung von LAG Niedersachsen vom 11.12.2007*, DB 2008, S. 1970–1974.
- Vogel, Thies*, *Reichweite und Grenzen des Besserstellungsverbot*, öAT 2015, S. 92–95.
- Wahlig, Thomas/Brune, Martin*, *Entdynamisierung von Bezugnahmeklauseln nach Betriebsübergang*, NZA 2018, S. 221–226.
- Walker, Wolf-Dietrich*, *Zur Zulässigkeit von Betriebsbußen*, in: *Heinze, Meinhard* (Hrsg.), *Arbeitsrecht in der Bewährung: Festschrift für Otto Rudolf Kissel zum 65. Geburtstag*, München 1994, S. 1205–1224 (zit. *Walker, FS Kissel*).
- Waltermann, Raimund*, *Zu den Grundlagen der Rechtsetzung durch Tarifvertrag*, in: *Köbler, Gerhard* (Hrsg.), *Europas universale rechtsordnungspolitische Aufgabe*

- im Recht des dritten Jahrtausends – Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag, München 2000, S. 1251–1277 (zit. *Waltermann*, FS Söllner).
- Waltermann, Raimund*, Die betriebliche Übung, RdA 2006, S. 257–269.
- Waltermann, Raimund*, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag in der auf Mitgliedschaft aufbauenden Tarifautonomie, Frankfurt am Main 2016.
- Waltermann, Raimund*, Ist die Allgemeinverbindlicherklärung erfolgversprechend reformiert?, RdA 2018, S. 137–151.
- Waltermann, Raimund*, Attraktivität von Tarifbindung – Zur Zukunftsfähigkeit der deutschen Tarifautonomie, ZfA 2020, S. 211–238.
- Wiedemann, Anton*, Die Bindung der Tarifnormen an Grundrechte, insbesondere an Art. 12 GG, Heidelberg 1994 (zit. *Wiedemann*, Die Bindung der Tarifnormen an Grundrechte).
- Wiedemann, Herbert*, Die deutschen Gewerkschaften - Mitgliederverband oder Berufsorgan? – Gedanken zur Stellung der Gewerkschaften gegenüber der nichtorganisierten Arbeitnehmerschaft, RdA 1969, S. 321–336.
- Wiedemann, Herbert*, Die Gestaltungsaufgabe der Tarifvertragsparteien, RdA 1997, S. 297–304.
- Wiedemann, Herbert*, Tarifautonomie heute – Prof. Dr. Martin Henssler in der von Hans-Carl Nipperdey begründeten Tradition des Tarifvertragsrechts im Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität Köln zum 60. Geburtstag am 11.6.2013 gewidmet, BB 2013, S. 1397–1402.
- Wiedemann, Herbert* (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz – Mit Durchführungs- und Nebenvorschriften, 8. Aufl., München 2019 (zit. *Wiedemann/Bearbeiter*).
- Willemsen, Heinz Josef/Krois, Christopher/Mehrens, Christian*, Entdynamisierung von Tarifverträgen nach einem Betriebsübergang – Kommunikationsprobleme zwischen Luxemburg und Erfurt, RdA 2018, S. 151–167.
- Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags*, § 5 des Tarifvertragsgesetzes, Verfassungsrechtliche Aspekte im Licht der Rechtsprechung – Az. WD 6 - 3000 - 115/19, 16. Dezember 2019.
- Wißmann, Tim/Niklas, Thomas*, Asklepios - Der Vorhang zu und neue Fragen offen, NZA 2017, S. 697–701.
- Wlotzke, Otfried*, Das Günstigkeitsprinzip – im Verhältnis des Tarifvertrages zum Einzelarbeitsvertrag und zur Betriebsvereinbarung, Heidelberg 1957.

Wulle, Horst-Raimund, Selbstlernheft zum Thema: „Erfolgskontrolle bei Zuwendungen“, Brühl Mai 2019.

Zeuner, Albrecht, Günstigkeitsprinzip und Verbandsbeschluß zur Verhinderung übertariflicher Arbeitsbedingungen, DB 1965, S. 630–633.

Zimmerling, Wolfgang, Rechtsfragen der korrigierenden Rückgruppierung und korrigierenden Stufenzuordnung, öAT 2019, S. 177–179.

Zöllner, Wolfgang, Tarifmacht und Außenseiter, RdA 1962, S. 453–459.

Zöllner, Wolfgang, Die Rechtsnatur der Tarifnormen nach deutschem Recht – Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Rechtsetzung und Privatautonomie, Wien 1966.