

Gutachten

im Auftrag des Deutschen Gewerkschaftsbundes (DGB)

Die Wirkung der Tariföffnungsklausel des § 19 BetrAVG im Verhältnis zu § 1a Abs. 1a BetrAVG und den vorgeseztlich abgeschlossenen Entgeltumwandlungs-Tarifverträgen

Inhalt

A	Einleitung: Gesetzesmaterialien und Problemstellung	3
I.	Der Gesetzentwurf der Bundesregierung	3
II.	Die einschlägigen Änderungsanträge des Ausschusses für Arbeit und Soziales	3
III.	Die Fragestellung	7
B	Gutachtliche Stellungnahme.....	8
I.	Diskussionsstand	8
1.	Äußerungen in der Literatur.....	8
II.	Normgleiche Bedeutung der in der Bundestags-Drucksache nieder-gelegten Rechtsauffassung?	10
1.	Rechtspolitik durch Gesetzesmaterialien.....	10
2.	Das Beispiel des Tarifeinheitsgesetzes	11
3.	Teilergebnis.....	12
III.	Zum Verhältnis von Gesetz und Tarifvertrag	13
1.	Die arbeitsrechtliche Normenhierarchie.....	13
2.	Rechtsfolge einer Kollision von ranghöherem mit rangniedrigerem Recht	14
3.	„Durchbrechung“ der Normenhierarchie durch Öffnungsklauseln	15
IV.	Auslegung von gesetzlichen Tariföffnungen, insbesondere des § 19 Abs. 1 BetrAVG n.F.	17
1.	Vergleichende Wortlautauslegung.....	18
2.	Das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 5. August 1971	19
3.	Die uneinheitliche ältere Rechtsprechung im Übrigen	21
4.	Genauere Abgrenzung von Neu- und Alt-Tarifverträgen im hier verwendeten Sinn ...	23
5.	Besonderheiten für unsere Fragestellung?	24
a)	Die Bedeutung des § 17 BetrAVG a.F. für § 1a BetrAVG	26

b)	Die grundlegende Veränderung des § 17 Abs. 3 BetrAVG a.F./§19 BetrAVG n.F durch § 1a Abs. 1a BetrAVG	28
c)	Zwischenergebnis	30
V.	Materielle Erwägungen.....	31
1.	Aus dem Betriebsrentenstärkungsgesetz selbst	31
a)	Die Höhe des gesetzlichen Zuschusses	31
b)	Die Neuerung bei der Unverfallbarkeit (§ 1b Abs. 5 S. 1 BetrAVG)	32
2.	Im Zusammenhang mit den für das Tarifvertragssystem geltende Wertungsgrundsätzen	33
a)	Im Hinblick auf die Höhe des gesetzlichen Arbeitgeberzuschusses.....	33
b)	Die Verhandlungssituation bei Alt- und Neu-Tarifverträgen	35
VI.	Ergebnis	37
1.	Allgemein	37
2.	Ausnahmen?	38
a)	Fragestellung	38
b)	Bedenken.....	38
c)	Teilergebnis.....	39
3.	Rechtliche und praktische Umsetzung des Gesamtergebnisses.....	40
a)	Günstigere Alt-Tarifverträge	40
b)	Zwei Sonderfälle, in denen das hergeleitet Ergebnis ebenfalls keine Rolle spielt ...	41
aa)	Kein Zuschuss im Alt-Tarifvertrag erwähnt	41
bb)	Entgeltumwandlung in Direktzusage oder Unterstützungskassenversorgung	42
c)	Ungünstigere Alt-Tarifverträge	42
d)	Abschluss bestätigender Tarifverträge	43
	Verzeichnis der verwendeten Literatur	45

A Einleitung: Gesetzesmaterialien und Problemstellung

I. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung

Im Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Betriebsrentenstärkungsgesetz, in dem noch keine Ergänzung des § 1a BetrAVG um einen Abs. 1a vorgesehen war, hieß es in § 23 („Zusatzbeiträge des Arbeitgebers“) in Abs. 2:

„(2) Bei einer reinen Beitragszusage ist im Fall der Entgeltumwandlung im Tarifvertrag zu regeln, dass der Arbeitgeber mindestens 15 % des umgewandelten Entgelts zusätzlich als Arbeitgeberzuschuss an die Versorgungseinrichtung weiterleiten muss, soweit der Arbeitgeber durch die Entgeltumwandlungssozialversicherungsbeiträge einspart.“¹

Zur Begründung dieser gesetzlichen Neuregelung wird in der Bundestagsdrucksache ausgeführt:

„Mit dem Wegfall der Arbeitgeberhaftung besteht kein sachlicher Grund mehr, warum Arbeitgeber vom Sparverhalten ihrer Arbeitnehmer profitieren und bei einer Entgeltumwandlung den Arbeitgeberanteil an den eingesparten Sozialversicherungsbeiträgen behalten können. Deshalb ist nach Abs. 2 im Tarifvertrag zu regeln, dass der Arbeitgeber im Falle der Entgeltumwandlung einen entsprechenden Arbeitgeberzuschuss zugunsten der Beschäftigten an die Versorgungseinrichtung zahlen muss. Mögliche Verwaltungskosten des Arbeitgebers, die mit der Durchführung der Entgeltumwandlung verbunden sind, werden mit der Regelung angemessen berücksichtigt. Für Beiträge im Sinne des Abs. 2 gelten die gleichen steuerlichen Regelungen wie für die restlichen mittels Entgeltumwandlung finanzierten Beiträge des Arbeitgebers an einen Pensionsfonds, eine Pensionskasse oder für eine Direktversicherung zum Aufkommen zum Aufbau einer betrieblichen Altersversorgung (z. B. Steuerfreiheit heißt nach § 3 Nr. 63 EStG, Förderung nach § 10a und Abschnitt XI des EStG sowie Betriebsausgabenabzug beim Arbeitgeber).“²

II. Die einschlägigen Änderungsanträge des Ausschusses für Arbeit und Soziales

In der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales vom 31. Mai 2017 zum Betriebsrentenstärkungsgesetz³, der an das Ergebnis der Ausschussberatungen anknüpft⁴, wird zunächst eine Streichung des Wortes „mindestens“ in § 23 Abs. 2 des Gesetzentwurfs vorgeschlagen. Zur Begründung wird ausge-

¹ BT-Drucks. 18/11286, S. 10

² BT-Drucks. 18/11286 S. 46/47.

³ BT-Drucks. 18/12612

⁴ Ausschussdrucksache 18(11)1064 v. 29.05.2017

führt, das Wort „mindestens“ sei angesichts der tarifvertraglichen Gestaltungsfreiheit der Sozialpartner nicht erforderlich.⁵

Darüber hinaus soll nach Art. 1 Nr. 2 Buchst. b des Betriebsrentenstärkungsgesetzes im Anschluss an § 1a Abs. 1 BetrAVG ein Abs. 1a eingefügt werden, der nach Art. 17 Abs. 5 des Betriebsrentenstärkungsgesetzes erst am 1. Januar 2019 in Kraft treten soll⁶:

„(1a) Der Arbeitgeber muss 15 % des umgewandelten Entgelts zusätzlich als Arbeitgeberzuschuss an den Pensionsfonds, die Pensionskasse oder die Direktversicherung weiterleiten, soweit er durch die Entgeltumwandlung Sozialversicherungsbeiträge einspart.“⁷

Parallel dazu sollte § 1b Abs. 5 S. 1 BetrAVG dahingehend ergänzt werden, dass die Unverfallbarkeit einer Versorgungsanwartschaft nicht nur sofort mit der Umwandlung eines Entgeltanspruchs in eine Versorgungsanwartschaft eintritt, soweit betriebliche Altersversorgung durch Entgeltumwandlung erfolgt, sondern dass sich die Anordnung der sofortigen Unverfallbarkeit auch auf mögliche Arbeitgeberzuschüsse nach § 1a Abs. 1a BetrAVG bezieht.

In der Begründung für die Ergänzung des § 1a BetrAVG⁸ heißt es:

„Der neue Absatz 1a verpflichtet den Arbeitgeber, bei einer Entgeltumwandlung den von ihm ersparten Arbeitgeberanteil an den Sozialversicherungsbeiträgen in pauschalierter Form zu Gunsten seines Beschäftigten an die durchführende Versorgungseinrichtung weiterzuleiten (siehe Übergangsregelung in § 26a – neu –). Die Verpflichtung besteht nicht, wenn die Entgeltumwandlung im Rahmen von Direkt- und Unterstützungskassenzusagen erfolgt. Mögliche Verwaltungskosten des Arbeitgebers die mit der Durchführung der Entgeltumwandlung verbunden sind, werden mit der Pauschalierung angemessen berücksichtigt.“⁹

⁵ BT-Drucks. 18/12612, S. 8, 32. Die Formulierung ist zumindest missverständlich. Will man damit etwa in der Sache die 15%-Regel des § 23 Abs. 2 BetrAVG nach unten öffnen? Denn natürlich ist die Gestaltungsfreiheit der Tarifvertragsparteien gegenüber zwingenden gesetzlichen Bestimmungen begrenzt auf eine Abweichung nach oben. Im Ergebnis ist aber wohl davon auszugehen, dass von § 23 Abs. 2 BetrAVG durch die Tarifvertragsparteien nur zu Gunsten der Arbeitnehmer abgewichen werden kann. Richtig *Peter Hanau*, jM 2018, 19, 22; ebenso *Bepler*, jurisPR-ArbR 27/2017 Anm. 1 unter C. I. 1. h). Kritisch zur Streichung des „mindestens“ auch *Reinecke*, AuR 2017, 432, 434.

⁶ BT-Drucks. 18/12612 S. 6, 16; Art. 17 Abs. 5 Betriebsrentenstärkungsgesetz lautet: „Art. 1 Nr. 2 Buchstabe b ... treten am 1. Januar 2019 in Kraft.“

⁷ BT-Drucks. 18/12612 S. 6

⁸ BT-Drucks. 18/12612 S. 28

⁹ Merkwürdig! Wussten die Ausschussmitglieder und später der Gesetzgeber nicht, dass es auch Fallkonstellationen gibt, in denen der Arbeitgeber nur 10,85% des Umgewandelten an Sozialversicherungsbeiträgen einspart, nämlich dann, wenn der Verdienst des umwandelnden Arbeitnehmers zwischen den Beitragsbemessungsgrenzen der gesetzlichen Renten- und Krankenversicherung liegt? Vgl. *Höfer*, DB 2017, 2481, 2482; wo bleiben dann „Mögliche Verwaltungskosten des Arbeitgebers, die mit der Durchführung der Entgeltumwandlung verbunden

Anders als der gesetzlich verpflichtende Arbeitgeberzuschuss bei einer reinen Beitragszusage nach § 23 Abs. 2 ist der Zuschuss nach § 1a Abs. 1a tarifdispositiv (siehe § 19 Abs. 1).¹⁰ Auch Regelungen in vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes abgeschlossenen Tarifverträgen, die gegenüber dem neuen gesetzlich verpflichtenden Arbeitgeberzuschuss für Beschäftigte ungünstiger sind, bleiben gültig.

Für den Arbeitgeberzuschuss gelten die gleichen steuerlichen Regelungen wie für die mittels Entgeltumwandlung finanzierten Beiträge des Arbeitgebers (z. B. bei der Steuerfreiheit nach § 3 Nr. 63 EStG, der Förderung nach § 10a und Abschnitt XI des EStG sowie dem Betriebsausgabenabzug beim Arbeitgeber).“

Die in der Gesetzesbegründung angesprochene neue Übergangsregelungen § 26a, die ebenfalls Teil des Änderungsantrages war¹¹, lautet:

„§ 1a Absatz 1a gilt für individual- und kollektivrechtliche Entgeltumwandlungsvereinbarungen, die vor dem 1. Januar 2019 geschlossen worden sind, erst ab dem 1. Januar 2022.“

Diese Bestimmung wird wie folgt erläutert:

„Der neue § 1a Absatz 1a gilt mit seinem Inkrafttreten am 1. Januar 2019 zunächst nur für ab diesem Zeitpunkt neu abgeschlossene Entgeltumwandlungsvereinbarungen. Für zu diesem Zeitpunkt bereits bestehende Entgeltumwandlungsvereinbarungen ist der Arbeitgeberzuschuss erst nach einer Übergangsfrist von 4 Jahren ab Beginn 2022 verpflichtend. Damit haben die Beteiligten ausreichend Zeit, sich auf die Neuregelung einzustellen. In Tarifverträgen kann nach § 19 Abs. 1 ohnehin von § 1a abgewichen werden.“¹²

5

Die mehrfach angesprochene Öffnungsklausel des § 19 („Allgemeine Tariföffnungsklausel“) stammt bereits aus dem ursprünglichen Gesetzentwurf¹³, wo er als inhalts-

sind“? Andererseits: Was bedeutet „Pauschalierung“, wenn gegebenenfalls punktgenau zu berechnen ist? Die hinter den aufgeworfenen Fragen stehende Problematik, ob 15% geschuldet sind, wenn (überhaupt) Sozialversicherungsbeiträge eingespart werden oder ob der Zuschuss nur im Umfang der realen Einsparungen geschuldet ist, wenn die Einsparungen unter 15% des Umgewandelten liegen, wird in diesem Gutachten entsprechend dem nicht hierauf erstreckten Auftrag nicht behandelt; ihr Ergebnis erscheint angesichts der offensichtlichen Fehlerhaftigkeit des Gesetzes (oder seiner Begründung [?]) nicht sicher kalkulierbar. Die in eine Fußnote aufgenommene, in dieser Form erstaunliche, weil anlasslose, „Gesetzesinterpretation“ des Bundesministeriums der Finanzen vom 6. Dezember 2017 ist hier sicherlich wenig hilfreich, schon gar nicht verbindlich. Vgl. auch neuestens *Hofelich*, ArbRB 2018, 16, 17 mwN.

¹⁰ Es soll nicht verschwiegen werden, dass die zentrale gesetzgeberische Begründung für den 15%-Zuschuss in § 23 BetrAVG (Wegfall der Subsidiärhaftung) hier nicht trägt; § 1 Abs. 1 S. 3 BetrAVG gilt bei „normalen“ Entgeltumwandlungen weiterhin; zutreffend *Langohr-Plato*, BetrAV 2017, 465, der auch zu Recht davon ausgeht, dass dies nicht durchgreifend gegen § 1a Abs. 1a BetrAVG spricht. Man hätte sich aber etwas mehr Begründungsaufwand in den Materialien gewünscht.

¹¹ BT-Drucks. 18/12612 S. 9

¹² BT-Drucks. 18/12612 S. 32

¹³ BT-Drucks. 18/11286 S. 8.

gleiche Übernahme aus dem BetrAVG a.F. nur dahin erläutert wird „§ 19 Abs. 1 bis 3 entspricht dem bisherigen § 17 Abs. 3 Satz 1 bis 3.“¹⁴. Die Bestimmung lautet:

„(1) Von den §§ 1a, 2, 2a Abs. 1, 3 und 4, § 3, mit Ausnahme des § 3 Abs. 2 Satz 3, von den §§ 4, 5, 16, 18a Satz 1, §§ 27 und 28 kann in Tarifverträgen abgewichen werden.

(2) Die abweichenden Bestimmungen haben zwischen nichttarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern Geltung, wenn zwischen diesen die Anwendung der einschlägigen tariflichen Regelung vereinbart ist.

(3) Im Übrigen kann von den Bestimmungen dieses Gesetzes nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden.“

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, dass § 17 Abs. 5 BetrAVG a.F.

„Soweit Entgeltansprüche auf einem Tarifvertrag beruhen, kann für diese eine Entgeltumwandlung nur vorgenommen werden, soweit dies durch Tarifvertrag vorgesehen oder durch Tarifvertrag zugelassen ist.“

bereits nach dem ursprünglichen Gesetzesentwurf wörtlich zu § 20 Abs. 1 BetrAVG n.F. werden sollte.¹⁵

Das Betriebsrentenstärkungsgesetz vom 17. August 2017 ist mit den wörtlich wiedergegebenen Entwurfs- und Änderungsvorschlägen antragsgemäß verabschiedet und am 23. August 2017 im Bundesgesetzblatt¹⁶ bekannt gemacht worden. Danach steht jedenfalls fest, dass ein Arbeitgeberzuschuss zu Entgeltumwandlungen – nur – auf den versicherungsförmigen Versorgungswegen ausschließlich bei Neuumwandlungen geschuldet ist, die ab dem 1. Januar 2019 vereinbart werden. Für Altvereinbarungen über eine Entgeltumwandlung aus der Zeit zuvor ist der Zuschuss erst ab dem 1. Januar 2022 geschuldet. Bis dahin gelten ausschließlich etwaige vertragliche oder tarifvertragliche Regelungen hierzu. Arbeitsvertragliche Regelungen über einen Arbeitgeberzuschuss zur Entgeltumwandlung werden, soweit sie für die Arbeitnehmerin oder den Arbeitnehmer ungünstiger sind, durch die gesetzliche Regelung des § 1a Abs. 1a BetrAVG verdrängt. Demgegenüber spricht die in der Bundestags-Drucksache zur Erläuterung dieser Bestimmung niedergelegte Rechtsauffassung dafür, dass tarifvertraglichen Regelungen über Arbeitgeberzuschüsse zur Entgeltumwandlung auch dann über das Inkrafttreten des § 1a Abs. 1a BetrAVG hinaus¹⁷

¹⁴ BT-Drucks. 18/11286 S. 44.

¹⁵ BT-Drucks. 18/11286 S. 9

¹⁶ BGBl. I v. 23.08.2017 S. 3214

¹⁷ Also für Neuzusagen ab dem 1. Januar 2019 schon ab diesem Zeitpunkt, für Altzusagen aus der Zeit zuvor erst in der Zeit seit dem 1. Januar 2022! Nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut besteht der 15%-Anspruch an sich

weiter maßgeblich sein sollen, wenn sie für den Arbeitnehmer, für den sie entweder normativ (§ 4 Abs. 1 TVG) oder kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme (§ 19 Abs. 2 BetrAVG n.F.) gelten, ungünstiger sind. Dies ist zwar nicht eindeutig, weil die Gesetzesmotive nur von einer fortdauernden „Gültigkeit“ der ungünstigeren Tarifverträge spricht, was – anders als der Begriff der fortdauernden Wirksamkeit – an sich nicht eindeutig ist, wie noch kurz zu zeigen sein wird (unten B III.). Im Kontext der amtlichen Gesetzesbegründung und vor dem Hintergrund, dass es sich hier – und später in der Begründung zu § 26a BetrAVG n.F. erneut – erkennbar um eine „Besänftigungsformulierung“¹⁸ handelt, ist aber im Folgenden davon auszugehen, dass nach der in der Drucksache niedergelegten Rechtsauffassung Tarifverträge auch dann in der Lage sein sollen, den Zuschussanspruch aus § 1a Abs. 1a BetrAVG ganz oder teilweise abzubedingen, wenn sie nicht in Kenntnis der neuen Gesetzeslage tarifvertraglich neu festgelegt worden sind, sondern aus der Zeit vor Inkrafttreten des Gesetzes stammen.

III. Die Fragestellung

Die Mitgliedsgewerkschaften des Deutschen Gewerkschaftsbundes haben in den Jahren seit Einführung der betrieblichen Altersversorgung (hier wohl richtiger: betrieblichen Altersvorsorge) durch Entgeltumwandlung (§ 1 Abs. 2 Nr. 3, § 1a BetrAVG) zum 1. Januar 2002 eine Vielzahl von Tarifverträgen zur Entgeltumwandlung oder Regelungen zu diesem Themenbereich im Rahmen von thematisch umfassenderen Tarifverträgen vereinbart. In diesen ist gelegentlich überhaupt nicht von Arbeitgeberzuschüssen die Rede. Überwiegend werden aber tarifvertragliche Ansprüche gegen den Arbeitgeber auf Zuschusszahlungen im Fall von Entgeltumwandlung

bereits ab dem 1. Januar 2019, wenn erst an diesem Tag oder in der Folgezeit eine Entgeltumwandlungsvereinbarung auf individualvertraglicher Grundlage zustande kommt, auch wenn die tarifvertragliche Grundlage hierfür älter ist (zutreffend *Hofelich*, ArbRB 2018, 16, 18). Hier sei der Vollständigkeit halber noch einmal darauf hingewiesen, dass es soweit ersichtlich bisher keine Umwandlungen des von einer oder einem Beschäftigten verdienten Entgelts allein auf kollektivrechtlicher Grundlage gibt. Es bedarf hier stets einer individualvertraglichen Umwandlungsvereinbarung zwischen Beschäftigter(m) und Arbeitgeber. Auf sie kommt es für die Zuordnung nach § 26a BetrAVG n.F. entscheidend an. Wegen dieser von der individuellen Willensbildung abhängigen Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung ist das Opting-out-Modell des § 20 Abs. 2 BetrAVG n.F. für einen Erfolg dieser Zusatzversorgung so wichtig. Es ist aber wohl auch schon in der Vergangenheit auf der Grundlage von Betriebsvereinbarungen durchgeführt worden (zum Opting out vor Inkrafttreten des Betriebsrentenstärkungsgesetzes etwa *Schlewing/Henssler/Schipp/Schnitker/Karst*, Arbeitsrecht der betrieblichen Altersversorgung, Teil 6B Rn. 54). Dieser Weg ist in der Sache nichts anderes als die auch auf die Zukunft bezogene Festlegung, dass das Schweigen im Rechtsverkehr – ausnahmsweise – einmal die Bedeutung einer für den Abschluss eines Individualvertrags erforderlichen Willenserklärung haben kann.

¹⁸ Es wurde eine gegenüber der bisherigen Gesetzeslage hinzutretende Belastung – bzw. der Wegfall einer Begünstigung – für die Arbeitgeberseite in das Gesetz eingefügt, die dann im zweiten Absatz der Begründung zu Abs. 1a als weniger gewichtig dargestellt werden soll.

gen begründet.¹⁹ Sie sind indes zu einem großen Teil niedriger festgelegt als auf 15% des umgewandelten Teils des Arbeitsentgelts.

Die im Folgenden zu behandelnde Frage lautet, ob die in der amtlichen Begründung des Betriebsrentenstärkungsgesetzes geäußerte Auffassung richtig ist, dass diese Tarifregelungen auch über den 31. Dezember 2018 bzw. 31. Dezember 2021 hinaus nach § 19 BetrAVG maßgebend bleiben und die für die Beschäftigten günstigere gesetzliche Regelung in § 1a Abs. 1a BetrAVG verdrängen.

B Gutachtliche Stellungnahme

I. Diskussionsstand

1. Äußerungen in der Literatur

Soweit bislang zu der aufgeworfenen Frage Meinungsäußerungen vorliegen²⁰, folgen einige ohne eigene sachliche Stellungnahme der in der Bundestags-Drucksache 18/12612 auf S. 28 niedergelegten Rechtsauffassung, wonach auch auf der Grundlage von Alt-Tarifverträgen nach dem Inkrafttreten des § 1a Abs. 1a BetrAVG die 15%-Vorgabe des § 1a Abs. 1a BetrAVG unterschritten werden kann.²¹

Thüsing und *Beden* haben dieses Ergebnis jüngst etwas umfangreicher hergeleitet.²² Sie meinen, die neue gesetzliche Bezuschussungspflicht solle die Fortgeltung von Vereinbarungen aus bereits zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes bestehenden Tarifverträgen nach dem Willen des Gesetzgebers nicht beeinträchtigen. Die gesetzliche Neuregelung respektiere vielmehr das in bereits bestehenden tarifvertraglichen Regelungen ausgehandelte Gleichgewicht. Für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ungünstigere tarifvertragliche Vereinbarungen blieben deshalb weiterhin gültig. § 26a BetrAVG n.F. sei zu weit gefasst. Was der Gesetzgeber hinsichtlich

¹⁹ In der 44 Tarifverträge zur Entgeltumwandlung umfassenden, anhand des Tarifarchivs der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) erfolgten Zusammenstellung bei *Hanau/Arteaga/Rieble/Veit*, Entgeltumwandlung, Anhang I (S. 301-328), ist für sieben Tarifverträge vermerkt, sie sähen keine Arbeitgeberleistungen im Falle einer Entgeltumwandlung vor, während die Leistungen bei den übrigen 37 Tarifverträgen höchst unterschiedlich sind. Sie sehen Festbeträge pro Jahr ebenso vor, wie prozentual am umgewandelten Entgelt orientierte Zusatzzahlungen.

²⁰ *Rolfs*, NZA 2017, 1225, 1229 f. geht etwa auf die aufgeworfene Rechtsfrage ebenso wenig ein wie *Verf.* in seiner Vorstellung des Gesetzes in jurisPR-ArbR 27/2017 Anm. 1.

²¹ *Hofelich*, ArbRB 2018, 16, 18; *Langohr-Plato*, BetrAV 2017, 465, 468; *Reinecke*, AuR 2017, 432, 434; vorsichtige Distanzierungen bei *Karst*, *benefits* August 2017 S. 10, 11 („Ungünstigere bestehende tarifvertragliche Regelungen sollen nach Auffassung des Gesetzgebers weiterhin abweichende Wirkung behalten.“) und *Hanau*, jM 2018, 19, 20 („Abweichende tarifvertragliche Zuschussregelungen (anders wohl Nichtregelungen) bleiben unberührt, eine Verbeugung vor der Tarifautonomie.“)

²² *Thüsing/Beden*, BetrAV 2018, 5 ff.

der Weitergeltung der Alt-Tarifverträge gewollt habe, ergebe sich aus der amtlichen Begründung zu § 1a Abs. 1a BetrAVG.

Soweit *Thüsing* und *Beden* in diesem Zusammenhang allerdings auf eine weitere Passage in der amtlichen Begründung der Änderungsanträge hinweisen, wo es heißt

„Es werden Vorgaben an die neuen Tarifverträge über betriebliche Altersversorgung festgelegt“²³,

um daraus darauf zu schließen, dass das Gesetz nur neue Tarifverträge betreffe, an Alt-Tarifverträgen aber nichts ändern wolle, überzeugt dies nicht. In der betreffenden Passage der Bundestags-Drucksache, die der Einleitung in den Änderungsantrag des Ausschusses für Arbeit und Soziales dient, heißt es nämlich vollständig:

„Es werden Vorgaben an die neuen Tarifverträge über betriebliche Altersversorgung festgelegt, wonach nicht Tarifgebundenen der Zugang zur neuen Betriebsrente nicht verwehrt werden soll und bestehende Betriebsrentensysteme nicht gefährdet werden sollen.“²⁴

Damit wird klar, dass mit der wiedergegebenen Passage aus der Bundestags-Drucksache 18/12612 nicht die Neuregelung in § 1a Abs. 1a BetrAVG angesprochen ist. Der zitierte Abschnitt beschreibt den Sinn der ebenfalls in den Ausschussberatungen erarbeiteten Ergänzungen von § 21 des Gesetzentwurfes in den neu vorgesehenen Absätzen 2 und 3. Sie beziehen sich auf die neu und exklusiv für Tarifverträge eingeführte Möglichkeit, die betriebliche Altersversorgung in der Form einer reinen Beitragszusage durchzuführen. Mit den dort eher als soft law formulierten Anregungen soll erreicht werden, dass die von einem Koalitionspartner in den Beratungen besonders gewichteten Interessen der Außenseiter-Arbeitgeber und die dort bereits existierenden Versorgungssysteme durch die Neuregelung ausschließlich tarifgestützter reiner Beitragszusagen nicht grundlegend beeinträchtigt werden. Diese Gefahr besteht für bereits existierende betriebliche Versorgungsregelungen, die durch Betriebsvereinbarung installiert wurden, aufgrund von § 77 Abs. 3 BetrVG. Außerdem droht, wenn die Tarifvertragsparteien die Durchführung einer reinen Beitragszusage über eine Gemeinsame Einrichtung (§ 4 Abs. 2 TVG) organisieren sollten, der Ausschluss von Außenseiter-Arbeitgebern aus einem solchen Versorgungs-

²³ BT-Drucks. 18/12612 S. 2

²⁴ A.a.O.

system, wenn man nicht besondere Regelungen schafft, die diesen und den bei ihnen Beschäftigten einen Zugang zur Einrichtung sichern.²⁵

Die Gegenposition zu der sich aus der Bundestags-Drucksache ergebenden, von *Thüsing* und *Beden* unterstützten Auffassung fußt erkennbar auf einem etwas anderen Verständnis des Verhältnisses von Gesetz und Tarifvertrag. Sie wird in den bisher publizierten Stellungnahmen zum neuen Gesetz bisher wohl nur von *Droßel* vertreten²⁶: Die bestehende Tarifdispositivität des § 1a BetrAVG n.F. bedeute, anders als die Gesetzesbegründung es dem unbefangenen Leser suggeriere, nicht, dass bereits bestehende Tarifverträge, die einen Arbeitgeberzuschuss zur Entgeltumwandlung behandelten und von der neuen gesetzlichen Regelung für die Arbeitnehmer nachteilig abwichen (und davon dürfe es einige geben), eine zulässige tarifliche Abweichung darstellten. Diese Tarifverträge behielten zwar ihre Gültigkeit. Bei einer Differenz zum gesetzlichen Anspruch habe der Arbeitnehmer aber einen zusätzlichen Anspruch unmittelbar aus dem Gesetz, solange die tarifliche Regelung nicht erneuert oder bestätigt werde.²⁷ Denn eine tarifrechtlich mögliche Abweichung von Gesetzesbestimmungen setze einen entsprechenden Regelungswillen der Tarifvertragsparteien voraus, der bei einem vor dem Inkrafttreten des Gesetzes abgeschlossenen Tarifvertrag nicht bestehen könne.

II. Normgleiche Bedeutung der in der Bundestags-Drucksache niedergelegten Rechtsauffassung?

1. Rechtspolitik durch Gesetzesmaterialien

Der historische Gesetzgeber hat in der Bundestags-Drucksache²⁸, die sich mit den Änderungsanträgen zum Betriebsrentenstärkungsgesetz befasst, nicht zum ersten Mal versucht, durch die Äußerung von Rechtsmeinungen in den Gesetzesmaterialien auf die Rechtslage Einfluss zu nehmen.²⁹ Rein tatsächlich ist ein solches Vorgehen durchaus aussichtsreich. Für den eiligen Rechtsanwender liegt es nahe, sich einer

²⁵ Das Zugangsproblem besteht natürlich dann nicht, wenn man nach § 5 Abs. 1a Nr. 2 oder nach § 5 Abs. 1 TVG eine solche Regelung über eine Gemeinsame Einrichtung für allgemeinverbindlich erklärt.

²⁶ *Droßel*, Das neue Betriebsrentenrecht, Rn. 192 (S. 72 f.)

²⁷ Ebenso, was den – nur – gesetzlichen Aufstockungsanspruch zu privatautonom begründeten niedrigeren Zuschussansprüchen angeht, *Höfer*, DB 2017, 2481, 2483, und – hilfsweise – *Thüsing/Beden*, BetrAV 2018, 5, 7

²⁸ BT-Drucks. 18/12612

²⁹ Hintergrund dürfte, wie bereits dargelegt, regelmäßig – bei § 4a TVG ebenso wie wohl auch bei § 1a Abs. 1a BetrAVG – der Versuch sein, einen Meinungsträger, der sich im Gesetz selbst nicht ausreichend berücksichtigt oder unangemessen belastet fühlt, durch einen „Weichzeichner“ zu besänftigen.

derartigen, mit der Autorität der Mitglieder der Legislative zum Ausdruck gebrachten Kundgabe ohne intensivere Nachprüfung zu unterwerfen. Zudem werden diejenigen, denen daran liegt, dass eine solche Rechtsansicht sich durchsetzt, weil sie das Ergebnis für ihren Interessen angemessen halten, sich auf die Rechtsmeinung des historischen Gesetzgebers wie ein Gesetz zu stützen versuchen.

Dies ändert aber nichts daran, dass ein Gesetzgeber den hoheitlichen Willen mit Anspruch auf Befolgung nicht durch Gesetzesmaterialien, sondern durch die Gesetze selbst zum Ausdruck bringt.³⁰ Das von ihm in dieser förmlichen Weise verlautbarte Gesetz ist objektiv – aus der Sicht des Gesetzesanwenders – danach auszulegen, was es nach seinem Wortlaut und seiner Systematik sowie nach seinem Sinn und Zweck zum Ausdruck bringt, und entsprechend anzuwenden. Rechtsfolgenvorstellungen, die der Gesetzgeber in Gesetzesmaterialien zum Ausdruck bringt, können zwar bei der Auslegung unklarer gesetzlicher Regelungen hilfreich sein und bei einer offenen Entscheidung zwischen mehreren Auslegungsergebnissen für eines davon streiten. Sie stehen aber nicht als eigenständige Rechtsquellen neben dem oder gar an der Stelle des im förmlichen Gesetz Geregelter.

2. Das Beispiel des Tarifeinheitsgesetzes

Dem entspricht es, dass sich das Bundesverfassungsgericht, ohne irgendwie explizit verfassungsrechtlich zu reagieren, über eine Rechtsauffassung des historischen Gesetzgebers des Tarifeinheitsgesetzes zu den Wirkungen dieses Gesetzes auf das Arbeitskampfrecht durch bloße abweichende Auslegung des (Richter-)Rechts hinweggesetzt hat. Bekanntlich hatte es in der Gesetzesbegründung zum Tarifeinheitsgesetz³¹ trotz des Fehlens jedweder arbeitskampfrechtlicher Regelung im Gesetz selbst nach der Behauptung, die Regelungen zur Tarifeinheit änderten nicht das Arbeitskampfrecht, geheißen: Der Arbeitskampf diene nicht der Sicherung der Tarifautonomie, soweit dem Tarifvertrag, der mit ihm erwirkt werden solle, eine ordnende Funktion offensichtlich nicht mehr zukommen würde, weil die abschließende Gewerkschaft keine Mehrheit der organisierten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Betrieb haben würde. Im Rahmen der Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes seien alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Dazu könnten auch Struktu-

³⁰ Abweichend die Rechtswissenschaftler, die bei Gesetzen eine subjektive Auslegung für geboten halten, die auch an einen irgendwo außerhalb des geschriebenen Gesetzes auffindbaren Regelungswillen des historischen Gesetzgebers anknüpfen wollen; z.B. *Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, S. 31, 68.

³¹ BT-Drucks. 18/4062 S. 12

ren des Arbeitgebers und die Reichweite von Tarifverträgen gehören.³² Hierauf hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 11. Juli 2017³³ mit einer knappen Darstellung der tatsächlichen, nicht nur nach seiner Auffassung richtigen Rechtslage reagiert: Zwar nehme die Begründung zum Gesetzentwurf auf den Arbeitskampf Bezug. Doch wirke sich die Kollisionsregel des § 4a TVG nicht auf die Zulässigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen aus. Auch das Streikrecht einer Gewerkschaft, die in allen Betrieben nur die kleinere Zahl von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern organisieren könne, bleibe unangetastet; dies gelte selbst dann, wenn die Mehrheitsverhältnisse bereits bekannt seien. Das ergebe sich schon daraus, dass die Kollisionsregel des § 4a Abs. 2 S. 2 TVG ebenso wie der Anspruch auf Nachzeichnung in § 4a Abs. 4 TVG den Abschluss eines weiteren Tarifvertrages voraussetze; dieser müsse also erkämpft werden können.

3. Teilergebnis

Aus der Gesetzesbegründung zu § 1a Abs. 1a BetrAVG allein lässt sich nach alledem jedenfalls keine gesetzesgleiche und deshalb verbindliche Rechtsfolgenanordnung entnehmen, wonach Alt-Tarifverträge über das Inkrafttreten des Gesetzes hinaus hinsichtlich des Arbeitgeberzuschusses verbindlich weiter wirken und die gesetzliche Regelung des § 1a Abs. 1a BetrAVG nach § 19 Abs. 1 BetrAVG auch dann verdrängen, wenn sie für die Arbeitnehmer ungünstiger sind. Die Frage ist nach den allgemeinen rechtlichen Regeln zu beantworten. Die Aussage des historischen Gesetzgebers in den Materialien kann keine weitergehende rechtliche Wirkung haben, als ein entsprechendes Ergebnis der Rechtsanwendung zu bestätigen, das *lege artis* gewonnen wurde. Möglicherweise kann es auch die Entscheidung zwischen mehreren in gleicher Weise für rechtlich möglich gehaltenen Ergebnissen erleichtern.³⁴

³² Ulrich Fischer (NZA 2015, 662) hat diese Form gesetzgeberischen Verhaltens zu Recht als eine paradoxe Form der Gewaltenteilung bezeichnet. Der sich um eine Regelung herumdrückende Gesetzgeber weise so die Rechtsprechung an, das, was er nicht normieren könne oder wolle, in die judizielle Tat umzusetzen. Ähnlich Konzen/Schliemann (RdA 2015, 1, 2), die es als zumindest legislatorische unseriös bezeichnen, wenn mit Hilfe einer Gesetzesbegründung eine Bindung ohne den Gesetzestext erreicht werden solle und später (S. 12) eine ganz inakzeptable Verkenning der Gesetzgebungstechnik rügen. Kritisch auch Preis, jM 2015, 369, Steinau-Steinrück/Gooren, NZA 2017, 1149, 1150, die von einem durchsichtigen Versuch des Gesetzgebers sprechen, „über Bande“ zu spielen.

³³ BVerfG 11.07.2017 – 1 BvR 1571/15 u.a., Rn. 140, NZA 2017, 915, 917 f. = AP GG Art. 9 Nr. 151 m. Anm. 1 von Greiner und Anm. 2 von Benedikt Schmidt. Letzterer unterstreicht unter III. 2. zu Recht, dass das BVerfG zu diesem Ergebnis nicht etwa durch eine verfassungskonforme Auslegung kommt, sondern ihm eine einfache Gesetzesauslegung des Tarifeinheitsgesetzes ausreicht.

³⁴ Im Ergebnis ebenso Berg in Berg/Kocher/Schumann, TVG § 4a Rn. 108; NK-GA/Bepler, TVG § 4a Rn. 107; auch Wank (Die Auslegung von Gesetzen, S. 31) konzidiert, dass ein eindeutiger Regelungsinhalt des geschrie-

III. Zum Verhältnis von Gesetz und Tarifvertrag

Um zu klären, welche Antwort das Gesetz selbst auf die im Gutachten zu beantwortende Frage gibt, soll zunächst kurz deutlich gemacht werden, welches Verhältnis zwischen Gesetz und Tarifvertrag grundsätzlich besteht und welche Variationsmöglichkeiten der Gesetzgeber hier hat.

1. Die arbeitsrechtliche Normenhierarchie

Staatliche Gesetze und Tarifverträge sind zwei der in der Rechtswissenschaft typischerweise in eine hierarchische Rangfolge gestellten Rechtsquellen des Arbeitsrechts. Man führt hier – abgesehen von supranationalen Rechtsquellen – auf:

- das Verfassungsrecht des Grundgesetzes,
- das einfache Gesetzesrecht,
- Rechtsverordnungen und Satzungen sowie
- Tarifverträge,
- Betriebsvereinbarungen und
- arbeitsrechtliche Vereinbarungen sowie
- die in den Grenzen der arbeitsrechtlichen Vereinbarungen möglichen einseitigen Konkretisierungen durch Ausübung des Weisungsrechts seitens des Arbeitgebers.

Für diese Rechtsquellen gilt im Grundsatz, dass die ranghöhere der rangniedrigeren Norm vorgeht. Diese Ordnungsregel wird allerdings dadurch modifiziert, dass die Normen im Arbeitsrecht vielfach Schutznormen sind. Von ihnen kann deshalb nach der Natur der Sache zugunsten der geschützten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer durch eine rangniedrigere Norm oder Vereinbarung abgewichen werden, während eine Abweichung zu deren Ungunsten ausscheidet.³⁵

Dabei ist gerade im Verhältnis zwischen Gesetz und Tarifvertrag einiges problematischer, als es die Grundregel besagt. Tarifverträge genießen als Produkte tarifautonomen Handelns den besonderen Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG. Staatliche Schutzgesetze schränken den Gestaltungsfreiraum der Träger dieses Grundrechts ein. Es kann deshalb fraglich sein, ob gesetzgeberische Aktionen zur Gestaltung der Ar-

benen Gesetzes nicht durch eine davon abweichende Rechtsauffassung in den Gesetzesmaterialien überwunden werden kann.

³⁵ Statt aller *Preis*, Arbeitsrecht I, § 13; *Kittner/Zwanziger/Deinert/Deinert*, Arbeitsrecht, § 8 Rn. 195 f.; *Löwisch/Rieble*, TVG § 1 Rn. 1050 ff.; *Thüsing/Braun/Thüsing*, Tarifrecht, 1. Kapitel Rn. 50; *Wiedemann/Wiedemann*, TVG, Einleitung Rn. 350, 387

beitsverhältnisse der Rechtfertigung bedürfen und welches die hier tragfähigen Rechtfertigungsgründe sind.³⁶ Dieser Punkt bedarf vorliegend indes keiner Vertiefung. Die Wirksamkeit des § 1a Absatz 1a BetrAVG n. F. vor dem Hintergrund des Art. 9 Abs. 3 GG steht außer Frage.

2. Rechtsfolge einer Kollision von ranghöherem mit rangniedrigerem Recht

Nicht ganz klar erscheint allerdings, welche Rechtsfolgen sich bei einem ungestörten Rangverhältnis, in welchem die ranghöhere Norm der rangniedrigeren vorgeht, im Falle einer konkreten Kollision ergeben. Nicht alle Formulierungen in diesem Zusammenhang sind völlig eindeutig, wohl auch deshalb, weil es selten darauf ankommt. Immerhin wird aber mehrfach der Standpunkt ausdrücklich vertreten, eine rangniedrigere Rechtsnorm sei nichtig, wenn sie entgegen der aufgestellten Grundregel und einem – wie auch immer hergeleiteten³⁷ – Günstigkeitsprinzip die Vorgaben einer ranghöheren Norm zulasten der Beschäftigten unterschreitet.³⁸

Es spricht aber auch manches dafür, eine solche Regel nur von Fall zu Fall anzuwenden. Es gibt im Verhältnis zwischen Gesetzesrecht und Tarifvertragsrecht sicherlich gesetzliche Vorgaben, die als gesetzliche Verbote zur Nichtigkeit von rangniedrigen tarifvertraglichen Regelungen führen, wenn diese hiergegen verstoßen (§ 134 BGB).³⁹ Vielfach kann die Auslegung von zwingenden Gesetzen aber auch nur ergeben, dass sie ungünstigere, nur quantitativ, nicht qualitativ abweichende Tarifverträge lediglich verdrängen⁴⁰ bzw. nur im wirtschaftlichen Ergebnis eine dem Gesetz

³⁶ Kittner/Zwanziger/Deinert/Deinert, Arbeitsrecht, § 6 Rn. 5 mwN; Dieterich, AuR 2001, 390 f.; HMB/A. Engels, Teil 1 Rn. 55 ff.; Kempen/Zachert/Kempen, TVG Grundlagen Rn. 357 ff; grundsätzlich kritisch zu diesem Ansatz D. Ulber, Tarifdispositives Gesetzesrecht, (u.a.) S. 286 f.

³⁷ Vgl. dazu die kritischen Erörterungen von Seiwerth, Gestaltungsfreiheit in Tarifverträgen, S. 164 ff., und seine Nachweise aus der herrschenden Rechtsprechung und Fachliteratur, in der das Günstigkeitsprinzip über den Anwendungsbereich des § 4 Abs. 3 TVG hinaus als allgemeines arbeitsrechtliches Ordnungsprinzip oder zumindest als im Verhältnis der arbeitsrechtlichen Rechtsnormen zueinander maßgebliche Auslegungsregel verstanden wird (z.B. Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, S. 20).

³⁸ So etwa Deinert Anm. zu BAG AP TVG § 4 Nr. 29; wohl auch Däubler/Deinert, TVG § 4 Rn. 571, der hier allerdings den in der Rechtsgeschäftslehre nicht gerade verbreiteten Begriff der Unzulässigkeit verwendet; Krause (Jacobs/Krause/Oetker/Schubert/Krause, Tarifvertragsrecht, § 1 Rn.134) spricht demgegenüber von einer Unwirksamkeit der tarifvertraglichen Regelung (zur Klarstellung des Unterschieds zur Nichtigkeit ist zu ergänzen: „solange das Gesetz für die Beschäftigten günstiger ist“).

³⁹ In BAG, 13.10.1982 – 5 AZR 370/80, AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 114 mit Anm. Herschel verstieß eine tarifvertragliche Regelung gegen Schutzbestimmungen des Mutterschutzgesetzes und wurde deshalb zu Recht als nichtig angesehen.

⁴⁰ Dies hat die Rechtsprechung für den Regelfall als Rechtsfolge einer Kollision zwischen einem ungünstigeren Individualvertrag und einem Tarifvertrag nach § 4 Abs. 3TVG angenommen: BAG, 12.12.2007 – 4 AZR 998/06, BAGE 125, 179 = NZA 2008, 649 = AP TVG § 4 Nr. 29 mit krit. Anm. Deinert, der das Rechtsprechungsargument, die ungünstigere, aber immerhin über dem Üblichen liegende, vertragliche Regelung müsse wieder aufle-

entsprechende Rechtsfolge auslösen sollen. Die ungünstigeren Tarifregelungen bleiben dann an sich „gültig“, büßten aber für die Zeit der Geltung der höherrangigen günstigeren Norm ihre Wirkung völlig oder zumindest in ihren wirtschaftlichen Auswirkungen ein. Das letztgenannte Verständnis der Folgen einer Kollision von zwingendem Gesetz und Tarifvertrag dürfte der Auffassung von *Droßel*⁴¹, und den hilfsweise angestellten Überlegungen von *Thüsing* und *Beden*⁴² zu Grunde liegen. Denn dort wird einer zwingenden Bestimmung des § 1a Abs. 1a BetrAVG n.F. im Verhältnis zu einer ungünstigeren (alt-)tarifvertraglichen Zuschussregelung entnommen, das Gesetz führe zu einer Aufstockung des tarifvertraglichen Anspruchs auf die gesetzliche Vorgabe oder zu einer Anrechnung des tarifvertraglich festgelegten niedrigeren Arbeitsgeberzuschusses auf den gesetzlich geschuldeten 15%-Zuschuss.

Für eine derart eingeschränkte Wirkung des Verstoßes eines Tarifvertrages gegen ein zwingendes Gesetz, gegen die man im Verhältnis zwischen Tarifvertrag und Einzelarbeitsvertrag Bedenken haben mag, kann man bei einem tarifvertraglichen Gesetzesverstoß, bei dem es nicht zur Verletzung eines Verbotsgesetzes, z.B. eines Diskriminierungsverbotes, kommt, die besondere, verfassungsrechtlich anerkannte Dignität des Tarifvertrages ins Feld führen; mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts: die grundsätzliche „Regelungsprärogative“ der Tarifvertragsparteien.⁴³

Es wird zu prüfen sein, ob die angesprochenen dogmatischen Unterschiede bei den Fallgestaltungen eine Rolle spielen, die sich aus den Antworten auf die im Gutachten behandelte Frage ergeben, und eine Entscheidung zwischen den aufgezeigten Alternativen erzwingen.

3. „Durchbrechung“ der Normenhierarchie durch Öffnungsklauseln

Das Prinzip, dass die ranghöhere die rangniedrigere Norm „schlägt“, wird nicht im Wortsinne durchbrochen, sondern in der Sache bestätigt, wenn die ranghöhere ausdrücklich festlegt, dass die rangniedrigere abweichend regeln darf. Konkretisiert man

ben, wenn der günstigere Tarifvertrag wegfallt, auch wegen der – anders als im entschiedenen Sonderfall – normalerweise eingreifenden Rechtsfolge des § 4 Abs. 5 TVG für nicht tragfähig hält. Dieser Gesichtspunkt – Konsequenzen beim Wegfall der günstigeren Regelung - könnte aber im Verhältnis zwischen Gesetz und Tarifvertrag eine größere praktische Rolle spielen. Der Rechtsprechung folgend demgegenüber *ErfK/Franzen*, TVG § 4 Rn. 3; *HWK/Henssler*, TVG § 3 Rn. 4; *Kempen/Zachert/Stein*, TVG § 4 Rn. 15; weitere Nachweise bei *NK-GA/Bepler*, TVG § 4 Rn. 7 in Fn. 14

⁴¹ *Droßel*, Das neue Betriebsrentenrecht, Rn. 192

⁴² *Thüsing/Beden*, BetrAV 2018, 5, 7

⁴³ BVerfG, 27.02.1973 – 2 BvR 27/69, BVerfGE 34, 307, 316 f. = NJW 1973, 1320; dazu *Dieterich*, AuR 2001, 390; sehr kritisch *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht, S. 162 ff.

das auf das zusätzlich durch das Günstigkeitsprinzip geprägte Verhältnis von staatlichem Gesetz und autonom geschaffenen Tarifvertrag, öffnet sich das ranghöhere Gesetz selbst für tarifliche Regelungen „nach unten“, zu Lasten der durch das Gesetz geschützten Beschäftigten, die ohne eine solche Öffnung nicht „wirksam“ möglich wären.⁴⁴ Die rechtliche Möglichkeit einer solchen gesetzlichen Regelung, mit der jedenfalls auch branchenspezifische, „passgenauere“ Regelungen durch gleichberechtigt einander gegenüber stehende und gleichermaßen sachkundige (Tarif-)Vertragsparteien, also in Vollzug materieller Vertragsfreiheit, ermöglicht werden sollen,⁴⁵ steht soweit ersichtlich außer Frage. Der generelle Ausschluss einer derartigen Gesetzgebung würde wohl bei weiter gesteigerten Aktivitäten des staatlichen Gesetzgebers auf dem Gebiet des Arbeitsrechts auch Bedenken aus Art. 9 Abs. 3 GG begegnen.

Im Einzelnen ist hier vieles umstritten. Das beginnt schon bei der Bewertung solcher gesetzlicher Tariföffnungen: Handelt es sich um eine Ausprägung des von Rechts wegen gebotenen Respekts des Gesetzgebers vor der Tarifautonomie oder wird hiermit die Verantwortung für den Abbau von Arbeitnehmerschutzrechten vom Gesetzgeber auf die Tarifvertragsparteien abgewälzt?⁴⁶ Weiter wird darüber gestritten, ob nicht zumindest bei bestimmten Gesetzesmaterien von Rechts wegen eine Öffnung für Tarifverträge von vornherein ausscheidet, und inwieweit hier zumindest aufgrund der ratio legis des öffnenden Gesetzes selbst oder höherrangigen nationalen oder supranationalem Rechts die Notwendigkeit besteht, die Gestaltungsfreiheit der Tarifvertragsparteien zu begrenzen, auf der Grundlage einer Tariföffnungsklausel eigenständig zu regeln.⁴⁷ Dies bedarf hier indes keiner Vertiefung.

⁴⁴ Für den geschützten Personenkreis günstigere Regelungen sind – dies sei noch einmal betont – auch ohne eine derartige gesetzliche Tariföffnung in aller Regel wirksam möglich (statt aller Wiedemann/Wiedemann, TVG Einleitung Rn. 378 f.).

⁴⁵ Z.B. NK-GA/Boecken, BGB § 622 Rn. 20; Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht Band 2, § 13 Rn. 187; Thüsing/Braun/Thüsing, Tarifrecht, 1. Kapitel Rn. 56; Wiedemann/Wiedemann, TVG Einleitung Rn. 380

⁴⁶ Eher mit dem Verständnis, dass es um eine Respektierung der Tarifautonomie gehe: MünchArbR/Richardi, § 7 Rn. 20; Preis, Arbeitsrecht – Individualarbeitsrecht, S. 206 f.; Thüsing/Braun/Thüsing, Tarifrecht, 1. Kapitel Rn. 54 ff., Wiedemann/Wiedemann, TVG Einleitung Rn. 380. Allzu pauschal im letztgenannten Sinn D. Ulber, Tarifdispositives Gesetzesrecht, S. 59; tendenziell und hinsichtlich einzelner gesetzlicher Tariföffnungen kritisch aber auch Kempen/Zachert/Kempen, TVG Grundlagen Rn. 376; Bepler, Gutachten 70. DJT, B 61 ff.

⁴⁷ Hierzu etwa BAG, 18.03.2015 – 7 AZR 272/13, Rn. 28 ff., NZA 2015, 821, 823 f.; 26.10.2016 – 7 AZR 140/15, NZA 2017, 463; sowie Seiwerth, Gestaltungsfreiheit in Tarifverträgen, passim; Kempen/Zachert/Kempen, Grundlagen Rn. 191, geht davon aus, den Tarifvertragsparteien sei nur eine Regelung rechtlich möglich, die einen marktangemessenen, gleichwertigen Schutz entsprechend dem Schutzzweck des öffnenden Schutzgesetzes schaffe; weniger einschränkend Jacobs/Krause/Oetker/Schubert/Krause, Tarifvertragsrecht, § 1 Rn. 144; Löwisch/Rieble, TVG § 1 Rn. 1074 sehen den Freiheitsraum der Tarifvertragsparteien sogar letztlich nur durch konkrete Regelungen im öffnenden Gesetz selbst begrenzt.

Aus der Diskussion hierzu und dem grundsätzlichen Rangverhältnis der beiden behandelten Rechtsquellen des Arbeitsrechts zueinander folgt aber jedenfalls, dass es Sache des öffnenden Gesetzes ist, den Umfang seiner Öffnung selbst gfls. auch im Einzelnen festzulegen.⁴⁸ Es kann nur Tarifverträgen bestimmter Tarifvertragsparteien – z.B. solcher repräsentativer Tarifvertragsparteien (§ 24 MiLoG) – den Vorrang einräumen, oder für die zu einer Abweichung befugten Tarifverträge bestimmen, in welchen besonderen Punkten des Gesetzes, in welchem Umfang oder unter welchen tatsächlichen oder zeitlichen Voraussetzungen Abweichungen von Rechts wegen möglich sind (z.B. § 4 Abs. 4 EFZG, § 7 Abs. 1 ArbZG).⁴⁹ Ebenso kann ein Gesetz auch anordnen, dass eine Abweichung nur in Zukunft, also nur durch Tarifverträge, die nach Inkrafttreten des Gesetzes vereinbart werden, erfolgen soll.

Bei der hiernach gebotenen Auslegung der gesetzlichen Tariföffnungsklauseln ist der Grundsatz zu berücksichtigen, dass die Normsetzungskompetenz gerade im Arbeitsrecht bei den zahlreichen, hierarchisch geordneten Normen, die hier als Gestaltungsmittel in Betracht kommen, aufgrund einer ausdrücklichen Regelung des Gesetzgebers stets klar zu Tage liegen muss. Daraus und aus der Geschichte der Gesetzgebung in der jüngeren Vergangenheit wird zu Recht verbreitet hergeleitet, dass es keine konkludenten Tariföffnungsklauseln geben könne, die eine Abweichung von einseitig zwingenden Schutzgesetzen zu Lasten der geschützten Beschäftigten eröffnen.⁵⁰ Aus dem genannten Grundsatz ergibt sich zugleich, dass bei der Auslegung der Wortlaut des öffnenden Gesetzes eine besondere Rolle zu spielen hat und im Zweifel von dem engeren Verständnis einer Öffnungsklausel auszugehen ist.

IV. Auslegung von gesetzlichen Tariföffnungen, insbesondere des § 19 Abs. 1 BetrAVG n.F.

In Konsequenz des bisher Ausgeführten soll zunächst mithilfe einer Wortlautauslegung der konkreten gesetzlichen Tariföffnung versucht werden, die Frage zu klären, ob die Öffnung des § 19 Abs. 1 BetrAVG auch für einen beim Inkrafttreten des Gesetzes bereits bestehenden tarifvertraglichen Status Quo gelten soll, oder ob es für die Nutzung einer solchen gesetzlichen Bestimmung einer auf diese vom Gesetzge-

⁴⁸ Jacobs/Krause/Oetker/Schubert/Krause, Tarifvertragsrecht, § 1 Rn. 144; Kittner/Zwanziger/Deinert/Deinert, § 8 Rn. 208; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht Band I, S. 699 f.

⁴⁹ *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht Band I, S. 811 f.

⁵⁰ *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht Band 2, § 13 Rn. 188; *Kempen/Zachert/Kempen*, TVG Grundlagen Rn. 381; *Seiwerth*, Gestaltungsfreiheit in Tarifverträgen, S. 170 mwN.; tendenziell auch *Wiedemann/Wiedemann*, TVG, Einleitung Rn. 399; mit entgegengesetzter Tendenz *Löwisch/Rieble*, TVG § 1 Rn. 1071.

ber eingeräumte Möglichkeit reagierenden Aktion der Tarifvertragsparteien bedarf. Dann könnte diese gesetzliche Tariföffnung erst dann genutzt werden, wenn die Regelung bereits existiert, von der eine abweichende Festlegung ermöglicht wird.

1. Vergleichende Wortlautauslegung

Die gesetzliche Tariföffnung des § 24 MiLoG enthält zweifelsfrei eine Tariföffnung, die zumindest auch auf bereits bestehende tarifvertragliche Regelungen Bezug nimmt. Sie räumt diesen abstrakt – auf Zeit – den Vorrang vor gesetzlichen Regelungen ein („Bis zum 31. Dezember 2012 gehen abweichende Regelungen eines Tarifvertrages ... dem Mindestlohn vor,...“). Angesichts des Wortlauts wird es hier sogar verbreitet für begründungsbedürftig gehalten, im Ergebnis aber bejaht, dass die Öffnung des § 24 MiLoG auch für Tarifverträge gilt, die nach dem Inkrafttreten des Gesetzes abgeschlossen oder zumindest erstreckt worden sind.⁵¹

Dies beruht indes darauf, dass es sich bei § 24 MiLoG, wie der Gesetzgeber durch seine amtliche Überschrift der Norm deutlich macht, um eine Übergangsregelung handelt, die Bestimmung also primär vergangenheitsbezogen ist. Soweit der Gesetzgeber demgegenüber eine auf die Zukunft gerichtete Öffnung auf Dauer vorsieht, wählt er – im Aktiv oder Passiv – ein Tätigkeitswort: z.B. „... abweichende Regelungen können durch Tarifvertrag vereinbart werden“ (§ 622 Abs. 4 BGB), „Außer ... kann ... nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden“ (§ 22 Abs. 1 TzBfG), „Durch Tarifvertrag kann eine ... abweichende Bemessungsgrundlage festgelegt werden“ (§ 4 Abs. 4 EFZG), „In einem Tarifvertrag ... kann zugelassen werden, ...“ (§ 7 Abs. 1 ArbZG), „Durch Tarifvertrag können bestimmt werden: ...“ (§ 3 Abs. 1 BetrVG), oder eben „... kann in Tarifverträgen abgewichen werden“ (§ 13 Abs. 1 BUrlG, § 19 Abs. 1 BetrAVG n.F.).⁵²

Man kann aber grundsätzlich nur dann von etwas abweichen, etwas Abweichendes festlegen, zulassen, bestimmen oder vereinbaren, wenn zum Zeitpunkt der Vereinbarung bereits das, von dem man abweichen will, existiert. Deshalb sprechen die vom Gesetzgeber gewählten Formulierungen in den genannten Tariföffnungsklausel, ins-

⁵¹ *Riechert/Nimmerjahn*, MiLoG, 2. Aufl. 2017, § 24 Rn. 22; *Lakies*, MiLoG, 2. Aufl. 2015, § 24 Rn. 4; *Thüsing/Pötters*, MiLoG, AEntG, 2. Aufl. 2016, § 24 Rn. 4

⁵² Auch in der amtlichen Begründung zu § 26a BetrAVG n.F. (BT-Drucks. 18/12612 S. 32) wird § 19 BetrAVG n.F. in unserem Zusammenhang dahin bestimmt, nach dieser Vorschrift könne abgewichen werden (und nicht etwa: „... bleibt es bei für die Arbeitnehmer ungünstigeren tarifvertraglichen Regelungen“ oder „... gehen abweichende Regelungen eines Tarifvertrags dem in Abs. 1a Geregelt vor“).

besondere also auch in § 19 Abs. 1 BetrAVG, dafür, dass nur solche Tarifverträge von derartigen Klauseln wirksam Gebrauch machen, die zu einem Zeitpunkt abgeschlossen worden sind, als die Regelung, von der eine Abweichung möglich sein sollte, bereits bestand, also auch den Tarifvertragsparteien bekannt war.

Dieser Befund wird dadurch bestätigt, dass es durchaus Formulierungen gibt, durch die der Gesetzgeber zum Ausdruck bringen kann und in § 24 MiLoG auch zum Ausdruck gebracht hat, dass das Gesetz sich nicht lediglich für eine künftige Aktion der Tarifvertragsparteien öffnen, sondern zumindest auch etwaige weiße Flecken im tariflich geregelten Arbeitsleben schließen, im Übrigen aber den tarifvertraglichen Status quo unangetastet lassen will. Ein solches Regelungsziel würde etwa erkennbar verfolgt, wenn es in einem Gesetz heißt, etwas solle „vorbehaltlich anderweitiger tarifvertraglicher Regelungen“ gelten. In einem solchen Fall nimmt der Gesetzgeber seine eigene Regelung zurück auf eine bloße Lückenfüllung. Tarifliche Regelungen sollen dann stets den Vorrang haben, gleichgültig, wann sie zustande gekommen sind. Der Gesetzgeber des Betriebsrentenstärkungsgesetzes hat eine derartige Lösung indes nicht gewählt, sondern jedenfalls sprachlich nur eine Abweichung von etwas Vorhandenem den Tarifvertragsparteien als Handlungsoption eröffnet.

19

Es ist einzuräumen, dass die sprachliche Ableitung eines rechtlichen Ergebnisses allein nicht immer und auch nicht jeden überzeugt. Die sprachliche Präzision bei der moderneren Gesetzgebung ist nicht so, dass man sich stets darauf verlassen kann, der Gesetzgeber habe genau das gewollt, was er nach einer genaueren Sprachanalyse zum Ausdruck gebracht hat.

2. Das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 5. August 1971

Immerhin hat aber das Bundesarbeitsgericht in einer zugegeben älteren, aber immerhin für die Amtliche Sammlung des Gerichts bestimmten Entscheidung zu einer der vorliegenden Problematik ähnlichen Fragestellung auf die sprachlichen Vorgaben des öffnenden Gesetzes abgestellt⁵³.

Das Urteil befasst sich mit der Wirkung des durch das Erste Arbeitsrechts-Bereinigungsgesetzes geschaffenen § 622 Abs. 2 und 3 BGB. Diese Bestimmung war an die Stelle der Regelung der Kündigungsfristen in der Gewerbeordnung getreten. Dort war zwar die normale Kündigungsfrist eines Arbeiters auf zwei Wochen

⁵³ BAG, 05.08.1971 – 2 AZR 276/70, BAGE 23, 396 = AP BGB § 622 Nr. 10 = AuR 1971, 356

festgelegt worden. Diese Kündigungsfrist konnte aber sogar durch Einzelvertrag – und demgemäß auch durch Tarifvertrag – beliebig, d.h. auch bis auf einen Tag oder sogar auf Stunden, abgekürzt werden. Hierauf beruhte der Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe, der in § 2 Nr. 2 festlegte, das Arbeitsverhältnis könne beiderseitig unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Tagen ordentlich gekündigt werden.

Auf diese Rechtslage traf nun der neue § 622 BGB. In dessen Abs. 2 wurde für Arbeiter eine Abkürzung der Kündigungsfrist unter zwei Wochen verboten (Satz 1). Für die länger im Beschäftigungsverhältnis stehenden Arbeiter wurden verlängerte Kündigungsfristen angeordnet (Satz 2). Im neuen Abs. 3 des § 622 BGB wurde den Tarifvertragsparteien die Möglichkeit eröffnet, durch Tarifvertrag kürzere Kündigungsfristen zu vereinbaren.

Die vom Bundesarbeitsgericht zu beantwortende Rechtsfrage lautete, ob aufgrund der gesetzlichen Tariföffnungsklausel in § 622 Abs. 3 BGB die angesprochene Alt-Regelung aus dem Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe auch nach dem Inkrafttreten des Ersten Arbeitsrechts-Bereinigungsgesetzes und die dort festgelegten Kündigungsfristen für Arbeiter weiterhin maßgeblich blieb. Die ohne Weiteres aus dem öffnenden Gesetz entnommene Antwort des Bundesarbeitsgerichts lautete, dass die Tarifvertragsparteien aufgrund der veränderten Rechtslage beim Fehlen einer Übergangsregelung zur Erhaltung der Regelungslage aus den bisher vereinbarten Tarifverträgen neue Tarifverträge abschließen müssten mit entsprechend abgekürzten Kündigungsfristen.

Dass dies angesichts der tatsächlich getroffenen gesetzlichen Übergangsregelung kein Obiter Dictum von möglicherweise geringerer Bedeutung war, zeigen die folgenden Ausführungen des Gerichts. Es ging zwar davon aus, die vorhandene Übergangsregelung halte die Geltung der tarifvertraglich abgekürzten Kündigungsfrist für kürzer beschäftigte Arbeitnehmer aufrecht. Denn werde dort für tarifvertragliche Abweichungen vom damaligen § 622 Abs. 2 S. 1 BGB ausdrücklich angeordnet. Die Auslegung der Übergangsvorschrift ergebe aber auch, dass die Fortgeltungsanordnung für abweichende Alt-Tarifverträge sich eben nur auf die gesetzliche Neuregelung der Grundkündigungsfrist und nicht auf die gesetzlichen Bestimmungen über die verlängerten Kündigungsfristen für länger Beschäftigte in § 622 Abs. 2 S. 2 BGB beziehe. Deshalb könne bei den länger im Dienst stehenden Arbeitern nur durch neue

Tarifverträge der veränderten Rechtslage Rechnung getragen werden. Da es sie noch nicht gebe, gölten für länger beschäftigte Arbeiter nicht die nach ihrem Wortlaut abweichenden kürzeren Kündigungsfristen aus dem – alten – Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe, sondern die längeren Kündigungsfristen des § 622 Abs. 2 S. 2 BGB.

3. Die uneinheitliche ältere Rechtsprechung im Übrigen

*Wiedemann*⁵⁴ ist unter Verwertung noch älterer Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts von der hier vorgenommenen Wortlautauslegung gesetzlicher Tariföffnungsklauseln nicht überzeugt, die in der überwiegenden Zahl der Fälle zu einer Dispositivität nur zu Gunsten neuer Tarifverträge führt. Er meint, bei tarifdispositivem Recht blieben die bereits geltenden Tarifverträge im Zweifel unberührt, denn der Tarifvorrang komme sämtlichen Tarifvertragsnormen, also auch den bereits bestehenden, zugute. Eine Ausnahme gelte nur, wenn das neue Gesetz eine veränderte Wertskala einführe, den Ermessensspielraum der Tarifvertragsparteien einschränke oder das verfassungsrechtliche Untermaßverbot konkretisiere.⁵⁵ Dabei zitiert er dann aber als Beispiel für eine Einschränkung des Ermessensspielraums der Tarifvertragsparteien, bei der Alt-Tarifverträge nicht durch die Öffnungsklausel begünstigt werden, auch das eben erörterte Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 5. August 1971.

Die Darstellung von *Wiedemann* ist indes schon im Ansatz zu pauschal. Sie verallgemeinert die Aussage des Bundesarbeitsgerichts aus zwei Urteilen des Fünften Senats vom 9. Juli 1964⁵⁶ weit über die gerichtliche Aussage hinaus. Der Fünfte Senat hatte sich lediglich zum Vorrangprinzip in § 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG verhalten. Nur im Zusammenhang mit dieser Bestimmung führt das Bundesarbeitsgericht aus,⁵⁷ das Vorrangprinzip dieser Bestimmung gelte auch für solche Tarifverträge, die schon vor dem Inkrafttreten des Bundesurlaubsgesetzes geschlossen worden seien. Diese Aussage sei zwar nach dem Wortlaut des Gesetzes – der dem von § 19 Abs. 1 BetrAVG entspricht – problematisch. Die wörtliche Betrachtung des Gesetzes spreche

⁵⁴ *Wiedemann/Wiedemann*, TVG, Einleitung Rn. 391

⁵⁵ Auf diese auch nach *Wiedemann*'s Auffassung gebotenen Ausnahmen vom umfassenden Tarifvorrang ist im Zusammenhang mit den materiellen Erwägungen zum richtigen Verständnis der Öffnung des § 1a Abs. 1a BetrAVG durch § 19 Abs. 1 BetrAVG zurück zu kommen.

⁵⁶ BAG, 09.07.1964 – 5 AZR 463/63, BAGE 16, 155 = NJW 1964, 2033; BAG, 09.07.1964 – 5 AZR 450/64, AP BUrlG § 13 Nr. 1; diese Rechtsprechung wurde bestätigt durch BAG, 15.02.1965 – 5 AZR 347/64, BAGE 17, 90 = AP BUrlG § 13 Nr. 6

⁵⁷ Unter II. 2 c) der Gründe

dafür, dass den Tarifvertragsparteien das Gesetz, von dem sie abweichen wollten, bekannt sein müsse. Die Bedeutung der Tarifverträge für das Urlaubsrecht werde aber vom Gesetzgeber in § 13 Abs. 1 S. 1 BUrlG durch Einführung des das Günstigkeitsprinzip aufhebenden Vorrangprinzips in ungewöhnlich starker Weise betont. Das Wortlautargument sei deshalb nicht zwingend. Zudem erweise sich ein derartiges Verständnis als sehr unpraktisch und mit dem Erfordernis der Rechtssicherheit unvereinbar. Die Tarifvertragsparteien müssten, um ihren bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes erklärten Willen aufrechtzuerhalten, nach dem Inkrafttreten des Gesetzes einen neuen Tarifvertrag mit insofern gleichlautendem Wortlaut abschließen. Sie könnten dann aber nicht verhindern, dass für die Zeit zwischen dem Inkrafttreten des Gesetzes und dem des neuen Tarifvertrages die gesetzlichen Bestimmungen statt der von ihnen gewollten zeitweilig gelten. Mit einem solchen Verstoß gegen den Gedanken der Rechtssicherheit würde man sich aber mit dem Beschluss des Großen Senats vom 17. Dezember 1959⁵⁸ geradezu in Widerspruch setzen. Die von der Rechtsprechung und Literatur vorherrschend vertretene Auffassung erweise sich danach als richtig, wonach § 13 Abs. 1 S. 1 BUrlG auch für solche Tarifverträge gelte, die bereits vor dem Inkrafttreten des Bundesurlaubsgesetzes abgeschlossen seien.

Nicht nur aus den letzten Ausführungen des Fünften Senats des Bundesarbeitsgerichts wird deutlich, dass er sich mit seinen Aussagen bewusst nur auf die gesetzliche Tariföffnung im Bundesurlaubsgesetz beziehen will. Es ging dem Fünften Senat deutlich erkennbar darum, durch diese Beschränkung in keinem Fall in Widerspruch zu dem Beschluss vom 17. Dezember 1959 zu geraten, in dem es um das Verhältnis des neuen Gesetzes zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfall (ArbKrankhG) zum überkommenen § 616 Abs. 1 BGB ging. In dieser Entscheidung hatte der Große Senat auch entschieden, Bestimmungen in Tarifordnungen oder in vor dem 1. Juli 1957 in Kraft getretenen Tarifverträgen, welche bei unverschuldeter Krankheit eines krankenversicherungspflichtigen Arbeiters die Entgeltfrage regelten, seien am 30. Juni 1957 außer Kraft getreten. Diese Aussage ist allerdings im vorliegenden Zusammenhang ohne weiterführende Bedeutung, weil ausdrücklich eine entsprechende Anordnung in § 11 Abs. 2 ArbKrankhG getroffen worden war.⁵⁹

⁵⁸ BAG, 17.12.1959 – GS 2/59, BAGE 8, 285 = NJW 1960, 738

⁵⁹ Die Begründung für das Außerkrafttreten der Tarifordnungen und Tarifverträge aus der Zeit vor Inkrafttreten des ArbKrankhG unter C der Gründe ist sehr umfangreich. Der Große Senat verfolgt hier verschiedene Begrün-

Dass die zuletzt dargestellte Rechtsprechung nur zu § 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG ergangen und nicht in dem Sinne der Kommentierung von *Herbert Wiedemann* verallgemeinerungsfähig ist, wird zusätzlich deutlich in einem Urteil des Dritten Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 12. November 1971.⁶⁰ In diesem Urteil ging es um die Rechtmäßigkeit bedingter Wettbewerbsverbote. In diesem Zusammenhang hat der Dritte Senat unter II. 4 der Gründe ausgeführt, dass die Frage klärungsbedürftig sei, ob der Tarifvorrang auf solche Tarifverträge zu beschränken sei, bei denen die Tarifvertragsparteien in Kenntnis der heute maßgeblichen Rechtslage für ihren Geltungsbereich eine Sonderregelung schaffen wollten. Alternativ komme auch in Betracht, dass ein bestehender Tarifvorrang auch für ältere Tarifverträge gelte, die abgeschlossen wurden, bevor die nunmehr festgestellte Rechtslage bestand. Er referiert in diesem Zusammenhang die wiedergegebene Rechtsprechung zu § 622 Abs. 2 und 3 BGB für die eine und die zu § 13 Abs. 1 S. 1 BUrlG für die andere Position. Abschließend lässt er die aufgeworfene Frage ausdrücklich offen, weil eine Beantwortung nicht entscheidungserheblich war. Der Dritte Senat übernimmt dann sogar sowohl die Fragestellung und als auch den Umstand, dass es noch keine Antwort gebe, in den Amtlichen Leitsatz seines Urteils. Soweit ersichtlich existiert keine neuere Rechtsprechung, die hierzu eine allgemeinere Antwort versuchte.

Aus meiner Sicht ist deshalb nach alledem das Wortlautargument für das richtige Verständnis von § 19 Abs. 1 BetrAVG iVm § 1a Abs. 1a BetrAVG auch unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung an sich tragfähig. Es stützt die Annahme, dass Unterschreitungen des gesetzlichen Schutzniveaus nur durch Neu-Tarifverträge wirksam möglich sind. Diese Rechtsfolge bedarf aber der Unterfütterung mit materiellen Argumenten aus dem konkreten öffnenden Gesetz, der Gesetzesgeschichte und den Grundsätzen des Tarifvertragsrechts.

4. Genaue Abgrenzung von Neu- und Alt-Tarifverträgen im hier verwendeten Sinn

Da dies im Folgenden eine Rolle spielen kann, sei an dieser Stelle zur Klarstellung und Vervollständigung zunächst die Grenze für die Zuordnung von Tarifverträgen zu Alt-Tarifverträgen, mit deren Hilfe nach dem bisherigen vorläufigen Zwischenergebnis

dungsstränge, die erkennbar auf einem umfassend verstandenen Ordnungsprinzip fußen und daraus sogar das Ende günstigerer Kollektivverträge herleiten, um so der Funktion des neuen Gesetzes wie überhaupt der Rechtsordnung, Ordnung und sozialen Frieden zu schaffen, gerecht zu werden (unter C. II. a.E. der Gründe). Alle Begründungsansätze sind aber m.E. im vorliegenden Zusammenhang unergiebig.

⁶⁰ BAG, 12.11.1971 – 3 AZR 116/71, BAGE 24, 24 = AP HGB § 74 Nr. 28 mit Anm. *Canaris*

§ 1a Abs. 1a BetrAVG nicht zulasten der Beschäftigten unterschritten werden kann, und solchen (Neu-)Tarifverträgen, durch die die Tariföffnungsklausel des § 19 BetrAVG n.F. verwertet werden kann, präzise geklärt; dabei ist allerdings einzuräumen, dass es vermutlich kaum Anwendungsfälle geben wird, in denen diese Grenzziehung praktisch wird; es bedarf ihrer aber zumindest, um die Reaktionsmöglichkeiten der Tarifvertragsparteien auf die neue Gesetzeslage näher zu bestimmen:

Nach Art. 17 Abs. 1 des Betriebsrentenstärkungsgesetzes ist dieses zuvor bereits im Bundesgesetzblatt bekannt gemachte Gesetz am 1. Januar 2018 in Kraft getreten. Teil dieses Gesetzes ist auch die gesetzliche Tariföffnungsklausel des § 19 BetrAVG und die Zuschussregelung des § 1a Abs. 1a BetrAVG, auch wenn für letztere speziell in Art. 17 Abs. 5 des Gesetzes bestimmt ist, dass sie erst am 1. Januar 2019 in Kraft tritt.

Dies bedeutet aus meiner Sicht: Tarifverträge, die zwischen dem 1. Januar 2018 und dem 1. Januar 2019 abgeschlossen wurden oder werden und mit einer Laufzeit über den 31. Dezember 2018 hinaus zu Ungunsten der Beschäftigten einen niedrigeren Arbeitgeberzuschuss als 15 % des umgewandelten Entgelts vorsehen, machen unbestreitbar jedenfalls insoweit von der gesetzlichen Tariföffnung Gebrauch und können dies auch. Es handelt sich um Neu-Tarifverträge in dem vorstehend behandelten Sinn. Sie verschlechtern die gesetzlich geschaffene, aber zur Disposition der Tarifvertragsparteien gestellte Rechtslage wirksam zu Ungunsten der betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Ist die aktuelle und unmittelbar bevorstehende Gesetzeslage bereits vom Gesetzgebungsorgan abschließend verabschiedet und durch das Bundesgesetzblatt am 23. August 2017 bekannt gemacht, kann seitens der Tarifvertragsparteien, wenn sie sich wie vorstehend ausgeführt verhalten, entsprechend dem Gesetzeswortlaut und unter den zuvor dargestellten tarifvertraglichen Rahmenbedingungen „von § 1a“ BetrAVG „in Tarifverträgen abgewichen werden.“

Bei Tarifverträgen, die zuvor abgeschlossen wurden, ist dies nicht der Fall.

5. Besonderheiten für unsere Fragestellung?

Bevor der Versuch unternommen wird, das bisherige Zwischenergebnis auf die Gutachtenfrage aus der Wortlautauslegung des § 19 Abs. 1 BetrAVG n.F. mit materiellen Argumenten aus dem konkreten öffnenden Gesetz, der Gesetzesgeschichte und den Grundsätzen des Tarifvertragsrechts zu unterfüttern, ist zunächst zu untersuchen, ob

gegenüber der zitierten Rechtsprechung Besonderheiten bestehen, die einen anderen Prüfungsansatz verlangen, als er dort vertreten oder jedenfalls als vertretbar eingestuft wurde.

Es gab bereits lange vor Inkrafttreten des Betriebsrentenstärkungsgesetzes, nämlich seit dem Inkrafttreten des Altersvermögensgesetzes (AVmG) vom 26. Juni 2001⁶¹ mit § 17 Abs. 3 BetrAVG eine dem § 19 Abs. 1 bis 3 BetrAVG n.F. wörtlich entsprechende Öffnungsklausel. Mit diesem Gesetz ist zum 1. Januar 2002⁶² durch den neuen § 1a BetrAVG ein Rechtsanspruch der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer eingeführt worden, dass betriebliche Altersversorgung vom Arbeitgeber auf der Grundlage einer Entgeltumwandlung, also arbeitnehmerfinanziert, durchgeführt werden muss. Der Arbeitgeber wurde verpflichtet, ein von seinen Beschäftigten ausgehendes Angebot auf Umwandlung von Arbeitsentgeltansprüchen in wertgleiche Versorgungsanwartschaften anzunehmen, wenn dieses Angebot bestimmte Bedingungen erfüllt. Mit dieser grundlegenden Neuerung des Betriebsrentenrechts wurde zugleich in § 17 Abs. 3 BetrAVG a.F. der neue § 1a BetrAVG, der individualrechtlich einseitig zwingend ausgestaltet war, für die Tarifvertragsparteien geöffnet. Ihnen wurde das Recht eingeräumt, von dieser Bestimmung auch zu Ungunsten der Beschäftigten abzuweichen. Das bedeutet allerdings, dass sich jedenfalls zum damaligen Zeitpunkt und bezogen auf den neuen § 1a BetrAVG entsprechend dem Wortlaut des § 17 Abs. 3 BetrAVG („kann in Tarifverträgen abgewichen werden“) die Öffnung nur auf künftige Tarifverträge beziehen konnte. Da es einen gesetzlichen Anspruch auf Entgeltumwandlung bis dahin nicht gab, konnte er auch nicht tarifvertraglich modifiziert werden. Gleichwohl: Rechtfertigt es die auf das Betriebsrentenstärkungsgesetz bezogen vorgesezte Öffnungsklausel, dem, was in Entgeltumwandlungs-Tarifverträgen geregelt worden ist, uneingeschränkt den Vorrang vor § 1a BetrAVG, also auch vor dessen Abs. 1a einzuräumen, selbst wenn die Tarifverträge, in denen auch Zuschüsse des Arbeitgebers zu einer betrieblichen Altersversorgung durch Entgeltumwandlung geregelt sind, aus der Zeit vor der Implantation des Abs. 1a in § 1a BetrAVG stammen?

⁶¹ BGBl. I S. 1310, 1327 ff, 1330

⁶² Art. 35 AVmG

a) Die Bedeutung des § 17 BetrAVG a.F. für § 1a BetrAVG

Sichtet man einschlägige Fachliteratur aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des Betriebsrentenstärkungsgesetzes daraufhin, welche Rolle den Tarifvertragsparteien im Zusammenhang mit dem zu Beginn des Jahres 2002 eingeführten Rechtsanspruch auf Durchführung der betrieblichen Altersversorgung durch Entgeltumwandlung zukam, so finden sich dort teilweise breite und in der Wissenschaft vielfach umstrittene Erörterungen zu den durch § 17 BetrAVG a.F. eröffneten tarifvertraglichen Möglichkeiten. Es wird diskutiert, ob die Tarifvertragsparteien aufgrund von § 17 Abs. 5 und § 17 Abs. 3 BetrAVG a.F. die rechtliche Möglichkeit haben, den Anspruch auf Entgeltumwandlung gänzlich oder zumindest zeitweise, etwa für die erste Zeit der Beschäftigung, auszuschließen. Es werden außerdem z.B. die Fragen behandelt: Können die Tarifvertragsparteien die Obergrenze für den Anspruch auf Entgeltumwandlung absenken? Welche Verfügungsmacht haben sie, was übertarifliche Entgeltbestandteile von tarifgebundenen Beschäftigten angeht? Inwieweit können sie über die Durchführungswege disponieren bis hin zu einem aus einer etwaigen Festlegung folgenden Nachteil bei der steuerlichen Förderung? Regelungen über einen Arbeitgeberzuschuss zur Entgeltumwandlung werden in diesem Zusammenhang an keiner Stelle erörtert.⁶³

Dies ist auch nur konsequent. Es handelte sich bei diesem Zuschuss um eine zusätzliche, vom Betriebsrentengesetz bis 2018 nicht angesprochene, freiwillige Zusatzleistung des Arbeitgebers. Sie konnte unabhängig von der Geltung des insoweit nicht einschlägigen § 17 Abs. 3 BetrAVG a.F. von den Gewerkschaften im Zuge von Tarifverhandlungen jederzeit mit vereinbart werden. Es gab allerdings für die Arbeitgeberseite keinen Grund außerhalb der Tarifverhandlungen über eine derartige Leistung zu sprechen, wenn sie dies nicht wollte oder hierzu gezwungen wurde. Für die Beschäftigten und ihre Gewerkschaften handelte es sich um eine vom Gesetz nicht vorgezeichnete, sondern eigenständig zu erstreitende zusätzliche, gegenüber der zwingenden Gesetzeslage die Beschäftigten ausschließlich begünstigende Rechtsposition.

⁶³ Hierzu insgesamt Blomeyer/Rolfs/Otto/Rolfs, BetrAVG, § 1a Rn. 63 ff.; Förster/Cisch/Karst/Löschhorn, BetrAVG, § 1a Rn. 9 ff.; Hanau/Arteaga/Rieble/Veit/Rieble, Entgeltumwandlung, Teil A Rn. 282 ff., 334; Heither, NZA 2001, 1275; Langohr-Plato, Betriebliche Altersversorgung, Rn. 108; Kemper/Kisters-Kölkes/Berenz/Huber/Huber, BetrAVG § 1a Rn. 33 ff., § 17 Rn. 25 ff.; Schlewing/Henssler/Schipp/Schnitker/Karst, Teil 6B Rn. 100 ff.

Mit einer tarifvertraglichen Regelung zu obligatorischen Arbeitgeberzuschüssen bei einer Entgeltumwandlung wurde deshalb unter der Geltung des § 17 Abs. 3 BetrAVG a.F. auch nicht etwas in Bezug auf das Gesetz „bestimmt“ oder „zuungunsten abgewichen“ oder „geregelt“. Auf das Betriebsrentengesetz und dessen § 17 Abs. 3 BetrAVG a.F. kam es in diesem Zusammenhang nicht an. Tarifvertragliche Regelungen hierzu waren ohne weiteres statthaft, weil sie damals die abhängig Beschäftigten ausschließlich begünstigten.

Soweit Versorgungsanwartschaften auf gesondert vereinbarte Arbeitgeberzuschüssen zu Entgeltumwandlungen beruhten, handelte es sich bis zum Jahre 2018 von Rechts wegen um zusätzliche und von den gesetzlichen Pflichten ausgehend freiwillig übernommene arbeitgeberfinanzierte betriebliche Altersversorgung. Sie wurden anders als die arbeitnehmerfinanzierten, auf Entgeltumwandlung zurückgehenden Anwartschaften nicht mit letzteren zusammen nach § 1b Abs. 5 BetrAVG a.F. sofort unverfallbar. Sie waren nicht Teil der durch Entgeltumwandlung entstandenen Versorgungsrechte. Erst mit Erfüllung der in § 1b Abs. 1 bis 4 BetrAVG festgelegten Bedingungen für arbeitgeberfinanzierte betriebliche Altersversorgung, also insbesondere, wenn die Unverfallbarkeitsfristen im Arbeitsverhältnis zurückgelegt waren, wurden sie unverfallbar. Diese rechtliche Einschätzung entsprach der ganz herrschenden Meinung in der Literatur. Die auf unterschiedliche, einerseits von den Beschäftigten, andererseits vom Arbeitgeber herrührenden Versorgungsanwartschaften seien auf diese Weise streng getrennt voneinander zu behandeln. Auch wenn die „Arbeitgeberleistung“ nur darin bestand, eine aufgrund einer Entgeltumwandlung eingetretene Entlastung von Lohnnebenkosten an die betreffenden Beschäftigten weiterzugeben, handelte es sich doch um eine Arbeitgeberfinanzierung, weil es für ein anderes Arbeitgeberverhalten keine gesetzliche Pflicht gab.⁶⁴

Für die gesetzlichen Regelungen galt hinsichtlich eines etwaigen Arbeitgeberzuschusses zur Entgeltumwandlung, was *Peter Hanau*⁶⁵ zwei Jahre vor Inkrafttreten des unter seiner tatkräftigen Mithilfe zustande gekommenen Betriebsrentenstärkungsgesetzes ausgeführt hat: Die Entgeltumwandlung könne einen erheblichen

⁶⁴ Vgl. hierzu Blomeyer/Rolfs/Otto/Rolfs, § 1b Rn. 8, 334; *Konzen* in GS Blomeyer, S. 173, 180/181; auch *Rieble* (Hanau/Arteaga/Rieble/Veit/Rieble, A Rn. 134) ist dieser Auffassung; er wendet sich lediglich – zu Recht – gegen den weitergehenden Rechtsstandpunkt etwa von *Rolfs* (a.a.O.), *Konzen* (a.a.O.) und *Steinmeyer* (ErfK/Steinmeyer, [11. Aufl. 2011] BetrAVG § 1 Rn. 28), auch eine überproportionale, nicht dem umgewandelten Entgelt wertgleiche, sondern „überwertige“ Umwandlung, für die es keinen offengelegten Grund durch förmlich ausgewiesenen Arbeitgeberzuschuss gibt, sei wie dargelegt „gespalten“ zu behandeln.

⁶⁵ Hanau/Arteaga/Rieble/Veit/Hanau, Einl. Rn. 3

Vorsprung vor den anderen Versorgungswegen nur erreichen, „wenn ihr Potenzial voll ausgeschöpft wird, das sich aus ihrer Verankerung in das Arbeitsverhältnis ergibt. Diese ermöglicht es, den durch die nachgelagerte Verbeitragung entfallenden Beitrag der Arbeitgeber zur gesetzlichen Sozialversicherung in die betriebliche Altersversorgung einzubringen. In der Praxis geschieht dies schon häufig auf freiwilliger Basis, insbesondere in Tarifverträgen, ist aber nicht verpflichtend. Deshalb gibt es Ratgeber für Versicherungsvermittler, die den Arbeitgebern die Entgeltumwandlung mit dem Hinweis nahelegen, sie könnten ihre ersparten Beiträge zur Sozialversicherung für die eigene Altersversorgung oder für die Anschaffung von Dienstwagen benutzen.⁶⁶ Die Möglichkeit einer solchen Zweckentfremdung zeigt, dass eine bessere Verwendung für die entfallenden Arbeitgeberbeiträge gesucht werden sollte.“

b) Die grundlegende Veränderung des § 17 Abs. 3 BetrAVG a.F./§19 BetrAVG n.F durch § 1a Abs. 1a BetrAVG

Diese „bessere Verwendung“ hat der Gesetzgeber mit Abs. 1a des § 1a BetrAVG n.F. gefunden. Dem Arbeitgeber sollen ersparte Arbeitgeberanteile an den Sozialversicherungsbeiträgen letztlich nicht selbst zugutekommen, also „für die eigene Altersversorgung oder für die Anschaffung von Dienstwagen“ benutzt werden. Sie sollen in pauschalierter Form zu Gunsten der oder des umwandelnden Beschäftigten an die externe Versorgungseinrichtung weitergeleitet werden, die die betreffende Zusatzversorgung durchführt.⁶⁷ Zugleich wurde durch die eingangs angesprochene Ergänzung des § 1b Abs. 5 BetrAVG, der anders als § 1a BetrAVG nicht nach § 19 Abs. 1 BetrAVG tarifdispositiv ist, die Bewertung des Gesetzgebers des Betriebsrentenstärkungsgesetzes deutlich: Bei einem durch ersparte Sozialversicherungsbeiträge finanzierten Arbeitgeberzuschuss, der die Bedingungen des § 1a Abs. 1a BetrAVG erfüllt, soll es sich nun in der Sache um einen Teil der letztlich vom Arbeitnehmer finanzierten Entgeltumwandlung handeln. Deshalb wird die auf diese Zuschüsse zu-

⁶⁶ *Rolfs*, NZA 2017, 1230, hält deshalb die neu eingeführte Zuschusspflicht im Hinblick auf das Ziel, die Verbreitung der Betriebsrenten zu fördern, eher für kontraproduktiv. Für die Versicherungswirtschaft sei die Ersparnis der Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung ein zentraler Anreiz gewesen, um die Arbeitgeber als Multiplikatoren für die betriebliche Altersversorgung zu gewinnen.

⁶⁷ BT-Drucks. 18/12612 S. 28; die Begründung der Gesetzesänderung wird an dieser Stelle noch einmal wiederholt. So wird schon hier deutlich, dass es dem Gesetzgeber nicht um die Lückenfüllung eines tariflich lückenhaft ausgestalteten Arbeitslebens im Bereich der Entgeltumwandlung geht, sondern um eine vom Gesetzgeber allgemein als angemessen erachtete Neujustierung.

rückgehende Anwartschaft ebenso wie die auf der Grundlage des umgewandelten Entgelts selbst entstandene nunmehr mit sofortiger Wirkung unverfallbar.⁶⁸

Mit dieser Neuregelung ist die Öffnungsklausel des § 17 Abs. 3 BetrAVG a. F. in der neuen Gestalt des § 19 Abs. 1 BetrAVG n.F. ganz grundlegend verändert worden, was die Rechtslage bei § 1a BetrAVG und die Position der Tarifvertragsparteien hinsichtlich eines Arbeitgeberzuschusses zur Entgeltumwandlung angeht.

Bis zum Inkrafttreten der gesetzlichen Neuregelung war es Sache der Arbeitsvertragsparteien oder der Tarifvertragsparteien, ob und wenn ja in welcher Höhe sie einen Arbeitgeberzuschuss zur Entgeltumwandlung festlegten. Unterblieb eine Regelung, bestand kein Anspruch. Wenn die Gewerkschaften in ihrem Zuständigkeitsbereich die Versorgungslage ihrer Mitglieder verbessern wollten, in dem sie einen Arbeitgeberzuschuss tariflich absicherten, hatten sie die Initiativlast. Sie mussten dies auf dem Verhandlungsweg, notfalls kampfwise durchsetzen. Im Zweifel mussten sie für eine solche für die betroffenen Arbeitgeber zusätzliche Leistung gegenüber dem gesetzlich Gebotenen an anderer Stelle mehr oder weniger große Abstriche an ihren Regelungszielen oder bereits vorhandenen tariflichen Rechten machen. Blieben sie untätig oder hatten sie mit ihren Regelungsbemühungen keinen Erfolg, bestand für die umwandelnden Beschäftigten kein Zuschussanspruch. Ersparte Sozialversicherungsbeiträge kamen dem Arbeitgeber zugute.

Mit dem Inkrafttreten des Betriebsrentenstärkungsgesetzes hat sich die Lage genau umgekehrt. Kommt es nicht zu einer tarifvertraglichen Regelung, steht jedem Arbeitnehmer nach dem 31. Dezember 2018, wenn er in der Folge auf einen Teil der ihm zustehenden Arbeitsentgelte verzichtet, um an deren Stelle Versorgungsanwartschaften bei einem externen Versorgungsträger zu erwerben, ein Arbeitgeberzuschuss von 15 % des umgewandelten Arbeitsentgelts zu, soweit er durch die Entgeltumwandlung Sozialversicherungsbeiträge einspart. Ohne dass die Tarifvertragsparteien insoweit Abweichendes regeln könnten, führt dieser Zuschuss zu einer Steigerung der aus einer Entgeltumwandlung erworbenen Versorgungsanwartschaften, die

⁶⁸ Dies könnte ein Gesichtspunkt sein, der in der oben Fn. 7 angesprochenen Streitfrage für eine Gesetzesauslegung streitet, nach der der Arbeitgeberzuschuss aufgrund des „Soweit ...“ – Halbsatzes des § 1a Abs. 1a BetrAVG punktgenau nach den tatsächlich eingesparten Sozialversicherungsbeiträgen zu berechnen ist. Die sofortige Unverfallbarkeit unabhängig davon anzuordnen, ob es zu solchen Einsparungen von letztlich den Beschäftigten dienenden Lohnnebenkosten gekommen ist, scheint in einem systematischen Widerspruch zur Weitergeltung des § 1b BetrAVG im Übrigen zu stehen.

mit ihrer Entstehung auch insoweit sofort unverfallbar werden (§ 1b Abs. 5 BetrAVG n.F.), wie das hierfür aufgebrauchte Kapital formal teilweise vom Arbeitgeber herrührt.

Aufgrund dieser neuen Gesetzeslage besteht für Gewerkschaften grundsätzlich kein Anlass mehr, von sich aus auf eine Umverteilung ersparter Sozialversicherungsbeiträge zu drängen. Wollen Arbeitgeber – etwa unter dem Gesichtspunkt von Verwaltungskosten bei der Durchführung von Entgeltumwandlungen oder im Hinblick auf die verbliebene Ausfallhaftung nach § 1 Abs. 1 S. 3 BetrAVG – einen größeren Teil der ersparten Sozialversicherungsbeiträge behalten und nur einen unter 15 % des Umgewandelten liegenden Arbeitgeberzuschuss zahlen, müssen sie initiativ werden. Sie müssen versuchen, eine entsprechende tarifvertragliche Regelung zu erreichen. Es ist nun an der Arbeitgeberseite, Angebote zu machen, aufgrund deren es für die Gewerkschaften und ihre Mitglieder attraktiv wird, in diesem Punkt ganz oder teilweise tarifvertragliche Abstriche von der gesetzlichen Lage zu machen. Haben sie damit keinen Erfolg, bleibt es bei dem gesetzlich geschuldeten, die sofort unverfallbare Versorgungsanwartschaft erhöhenden Zuschuss. Eine einzelvertraglich vereinbarte Absenkung des Arbeitgeberzuschuss unter 15 % des Umgewandelten kann angesichts der einseitig zwingenden gesetzlichen Regelung (§ 19 Abs. 3 BetrAVG) nicht wirksam vereinbart werden.

c) Zwischenergebnis

Angesichts dieser grundlegenden Veränderungen, die aufgrund der vom Ansatz her neuen gesetzlichen Wertungen weit über das hinausgehen, was sich durch die Neuregelung des § 622 Abs. 2 und Abs. 3 BGB geändert hat, und des Umstandes, dass die Öffnungsklausel des § 17 Abs. 3 BetrAVG a.F. in der Vergangenheit für eine tarifvertragliche Regelung von Arbeitgeberzuschüssen zu Entgeltumwandlungen keine Rolle spielte, spricht alles dafür, das Ergebnis des Urteils des Bundesarbeitsgerichts vom 5. August 1971⁶⁹ auf die vorliegende Fragestellung zu übertragen. Dort, bei der Behandlung der Rechtsentwicklung von den Kündigungsregelungen der Gewerbeordnung zu § 622 Abs. 2 und Abs. 3 BGB, ging es nur um die Veränderung eines allseits dispositiven Rechts, was die Kündigungsfristen für Arbeiterinnen und Arbeiter angeht, zu einem lediglich tarifdispositiven, aber ansonsten einseitig zwingenden Gesetz. Gleichwohl hat das Bundesarbeitsgericht schon dort einen Tarifvorrang nur für Neu-Tarifverträge angenommen.

⁶⁹ BAG, 05.08.1971 – 2 AZR 276/70, BAGE 23, 396 = AP BGB § 622 Nr. 10 = AuR 1971, 356

Nichts anderes gilt, wenn man entgegen der hier für richtig gehaltenen Auffassung mit *Wiedemann*⁷⁰ die Regel für richtig hielte, unabhängig vom Wortlaut der gesetzlichen Öffnungsklausel bestehe bei einer solchen Regelung grundsätzlich ein Tarifvorrang auch für Alt-Tarifverträge. Denn in Anwendung der von *Wiedemann* formulierten Ausnahmen wäre im vorliegenden Zusammenhang aufgrund der umfassenden gesetzlichen Neuorientierung davon auszugehen, dass der in § 19 Abs. 1 BetrAVG niedergelegte Tarifvorrang vorgesetzlich bestehenden Tarifverträgen nicht zugutekommen kann.

V. Materielle Erwägungen

Für das bis hierher gefundene Ergebnis sprechen auch materielle Erwägungen, die sich sowohl aus dem neuen Betriebsrentengesetz selbst als auch aus allgemeinen Überlegungen im Zusammenhang mit der tarifvertraglichen Ordnung ergeben.

1. Aus dem Betriebsrentenstärkungsgesetz selbst

a) Die Höhe des gesetzlichen Zuschusses

Das Betriebsrentenstärkungsgesetz ist bereits am 17. August 2017 ausgefertigt und am 23. August 2017 im Bundesgesetzblatt⁷¹ bekannt gemacht worden. Es ist am 1. Januar 2018 in Kraft getreten. Gleichwohl wirkt die Regelung über den Arbeitgeberzuschuss in § 1a Abs. 1a BetrAVG einschließlich der zugehörigen Tariföffnung in § 19 Abs. 1 BetrAVG frühestens zum 1. Januar 2019. Damit besteht eine ausreichende Übergangszeit, in der die Tarifvertragsparteien untereinander klären können, ob sie ihre unter ganz anderen Bedingungen getroffene Regelung zu Arbeitgeberzuschüssen bei der Entgeltumwandlung durch bestätigende (Neu-)Tarifabschlüsse aufrecht erhalten oder andere Regelungen an deren Stelle setzen wollen. Die Bedenken, was Praktikabilität und Rechtssicherheit angeht, welche das Bundesarbeitsgericht im Zusammenhang mit § 13 Abs. 1 BUrlG dazu veranlasst hatten, für die Beschäftigten ungünstigere (Alt-)Tarifregelungen dort weitergelten zu lassen,⁷² bestehen hier deshalb nicht. Es ist nicht zu erwarten, dass es zwischen Alt-Tarifverträgen, die nur bis zum Inkrafttreten des § 1a Abs. 1a BetrAVG weitergelten, und den für die Zeit danach bei einem entsprechenden übereinstimmenden Willen der Tarifvertragsparteien

⁷⁰ *Wiedemann/Wiedemann*, TVG Einleitung Rn. 391; dazu oben unter B IV. 3

⁷¹ BGBl. I S. 3214

⁷² BAG, 09.07.1964 – 5 AZR 463/63, BAGE 16, 155 = NJW 1964, 2033; BAG, 09.07.1964 – 5 AZR 450/64, AP BUrlG § 13 Nr. 1

erforderlichen, inhaltlich bestätigenden Neu-Tarifverträgen, die wie im Einzelnen begründet seit dem 1. Januar 2018 rechtlich als solche zu behandeln sind, einen Zwischenzeitraum gibt, in dem vorübergehend eine abweichende Gesetzeslage zugrunde gelegt werden müsste.

b) Die Neuerung bei der Unverfallbarkeit (§ 1b Abs. 5 S. 1 BetrAVG)

Gegen einen Tarifvorrang auch für Alt-Tarifverträge im Zusammenhang mit § 19 Abs. 1 und § 1a Abs. 1a BetrAVG spricht mit einigem Gewicht auch die Ergänzung des § 1b Abs. 5 BetrAVG durch das Betriebsrentenstärkungsgesetz. Aus den bereits ausführlich dargelegten Gründen ist ein Arbeitgeberzuschuss, der vor Inkrafttreten dieses Gesetzes in einem Tarifvertrag zu Gunsten der umwandelnden Beschäftigten festgelegt worden ist, eine freiwillige Arbeitgeberleistung über das gesetzlich Gebotene hinaus. Er ist kein grundsätzlich gesetzlich gebotener „möglicher Arbeitgeberzuschuss nach § 1a Absatz 1a“ BetrAVG, für den das Gesetz zusätzliche, besondere Voraussetzungen⁷³ aufstellt und in § 1b Abs. 5 BetrAVG n.F. bestimmt, auch die auf seiner Grundlage entstehende Versorgungsanwartschaft werde zusammen mit der aus der Entgeltumwandlung erwachsenden Anwartschaft sofort unverfallbar. Nähme man an, Regelungen in Alt-Tarifverträgen, in denen ein Arbeitgeberzuschuss festgelegt wurde, gölten an Stelle der gesetzlichen Neuregelung weiter, wäre auf Grund der für sie geltenden ursprünglichen besonderen Rechtslage davon auszugehen, dass die hieraus erwachsenden Anwartschaften nicht sofort, sondern erst nach Maßgabe des § 1b Abs. 1 bis 4 BetrAVG unverfallbar würden.

Dass ein verständiger Gesetzgeber das nicht gewollt haben kann, liegt nahe. Eine Qualitätsänderung der auf Alt-Tarifverträge zurückgehenden Arbeitgeberzuschüsse bis zur Höhe des gesetzlichen Zuschussanspruchs hat er aber nicht angeordnet. Andererseits liefe die beschriebene Rechtslage für weitergeltende tarifvertragliche Alt-Zuschussregelungen, jedenfalls soweit sie in der Sache die zusätzlichen Bedingungen des § 1a Abs. 1a BetrAVG erfüllen, auf eine tarifvertraglich begründete Verschlechterung der in § 1b Abs. 5 BetrAVG festgeschriebenen sofortigen Unverfallbarkeit hinaus. Sie ist den Tarifvertragsparteien aber nach § 19 Abs. 3 BetrAVG un-

⁷³ Nämlich die Durchführung der vereinbarten Entgeltumwandlung durch einen externen Träger der betrieblichen Altersversorgung, die der oder die Beschäftigte nach § 1a Abs. 1 S. 3, 4 BetrAVG erzwingen kann. Entgeltumwandlungen in Direktzusagen und Unterstützungskassen-Versorgungen sind aber nicht ausgeschlossen, sondern einvernehmlich möglich.

tersagt, weil § 19 Abs. 1 BetrAVG nur § 1a, nicht aber § 1b BetrAVG für eine Unterschreitung zur Disposition der Tarifvertragsparteien stellt.

Diese Konfusionen sind nur dann ohne weiteres zu vermeiden, wenn man – richtigerweise – davon ausgeht, dass der in § 19 Abs. 1 BetrAVG für § 1a Abs. 1a BetrAVG bestimmte Tarifvorrang nur für Neu-Tarifverträge gilt.

Es sei nicht verschwiegen, dass ich davon überzeugt bin, der Dritte Senat hätte auch bei der ausdrücklichen Anordnung eines Tarifvorrangs, in der auch Alt-Tarifverträge mit umfasst worden wären, einen Weg über eine korrigierende Auslegung des Gesetzes gefunden, um hier zu einer in sich stimmigen Lösung zu kommen.⁷⁴ Eine Gesetzesauslegung muss indes vom geschriebenen Gesetz ausgehen und dabei davon, dass der Gesetzgeber selbst eine solche Lösung geschaffen hat. Ist diese, wie hier im Einzelnen hergeleitet, im Wege einer am Wortlaut der Einzelbestimmungen orientierten Gesetzesauslegung möglich, muss sie den Vorzug genießen vor einem Verständnis, das nur im Wege korrigierender Gesetzesauslegung gewonnen werden kann.

2. Im Zusammenhang mit den für das Tarifvertragssystem geltende Wertungsgrundsätzen

33

Abschließend sollen die Funktionen der Tarifvertragsparteien im Arbeitsleben mit erwogen werden sowie der Umstand, dass es dem Gesetzgeber während der gesamten 18. Legislaturperiode um eine Stärkung der von diesen getragenen Tarifautonomie gegangen ist. Hieraus ergeben sich weitere Gesichtspunkte, welche die Annahme ausschließen, der an seinen Gesetzen selbst zu messende Gesetzgeber habe in unserem Regelungszusammenhang einen Tarifvorrang auch für Alt-Tarifverträge angeordnet.

a) Im Hinblick auf die Höhe des gesetzlichen Arbeitgeberzuschusses

Zunächst: Der Gesetzgeber hat die im Gesetz grundlegend neue Grundwertung getroffen, dass die vom Arbeitgeber im Zuge einer Entgeltumwandlung eingesparten

⁷⁴ Z.B. § 1b Abs. 5 S. 1 BetrAVG n.F. wird wie folgt verstanden: „Soweit betriebliche Altersversorgung durch Entgeltumwandlung unter Einschaltung eines externen Trägers einschließlich eines möglichen Arbeitgeberzuschusses hierzu erfolgt, der 15% des umgewandelten Entgelts und die durch Entgeltumwandlung ersparten Sozialversicherungsbeiträge nicht übersteigt, behält der Arbeitnehmer seine Anwartschaft, wenn sein Arbeitsverhältnis vor Eintritt des Versorgungsfalles endet; ...“. Nur ergänzend sei in diesem Zusammenhang erwähnt, dass es für mich wenig verständlich ist, warum Versorgungsanwartschaften aus Zuschüssen nach dem eindeutigen Wortlaut des § 1b Abs. 5 BetrAVG n.F. (dazu auch BT-Drucks. 18/12612 S. 6) nicht sofort unverfallbar werden, wenn die Entgeltumwandlung in eine Direktzusage oder eine Unterstützungskassenversorgung erfolgt.

Sozialversicherungsbeiträge den Versorgungsanwartschaften der umwandelnden Beschäftigten und nicht dem das Umwandlungsangebot annehmenden Arbeitgeber zugutekommen sollen. Er muss dabei auch den aus allgemein zugänglichen Quellen⁷⁵ erkennbaren Umstand vor Augen gehabt haben, dass es bereits eine Vielzahl von Tarifverträgen gab, in denen Arbeitgeberzuschüsse im Falle der Entgeltumwandlung festgelegt worden waren. Hätte der Gesetzgeber lediglich gewollt, dass der durch diese Tarifverträge gebildete status quo erhalten bleibt, und nur für die nicht unter solche Tarifverträge fallenden Arbeitsverhältnisse eine Auffangregelung geschaffen wird (also: Tarifvorrang auch für Alt-Tarifverträge), hätte er im Interesse einer von ihm allgemein angestrebten attraktiven Tarifautonomie einen Mindest- oder Mittelwert für diesen Zuschuss festgelegt. Dies ist nicht geschehen. Vielmehr hat er den Arbeitgeberzuschuss auf die vollen Einsparungen (bei einer oder einem Beschäftigten, deren Verdienst unterhalb der beiden Beitragsbemessungsgrenzen liegt) abzüglich eines von ihm selbst als angemessen bewerteten Abschlags für Bearbeitungskosten⁷⁶ festgelegt.

Mit einer derartigen Anspruchsbeifferung, die überwiegend deutlich oberhalb des Tarifniveaus aus den unter ganz anderen Umständen zustande gekommenen Alt-Tarifverträgen liegt, hätte der Gesetzgeber die Gewerkschaften bei ihren aktuellen und möglichen künftigen Mitgliedern desavouiert, hätte er angeordnet, dass auch diese Alt-Tarifverträge Tarifvorrang gegenüber dem Gesetz genießen. Diese Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer erführen Tarifierhebung als Benachteiligung gegenüber dem gesetzlich, und damit allgemein für angemessen Erachteten.

Diese Gefahr besteht zwar auch, wenn Gewerkschaften in Neu-Tarifverträgen von § 1a Abs. 1a BetrAVG nach unten abweichen sollten. In solchen Fällen haben sie jedoch wenigstens die Möglichkeit, auf anderweitig erreichte tarifvertragliche Vorteile als Gegenleistungen für ihre Abbedingungsbereitschaft in diesem Punkt hinzuweisen oder in anderer Weise zu erklären, warum sie sich zu einem derartigen Teilverzicht auf gesetzliche Positionen zulasten der Tarifunterworfenen bereitgefunden haben. Eine solche Erklärungsmöglichkeit besteht bei Alt-Tarifverträgen nicht. Bei deren Vereinbarung hat es keinen Teilverzicht auf gesetzliche Positionen gegeben, den man erklären könnte. Es wurde vielmehr ein Verhandlungserfolg gegenüber dem gesetzlichen Status quo erreicht.

⁷⁵ Hanau/Arteaga/Rieble/Veit, Entgeltumwandlung, Anhang, S. 301 bis 321

⁷⁶ BT-Drucks. 18/11286, S. 46; kritisch dazu G. Reinecke, AuR 2017, 432, 434

Es ist zwar nach der Amtlichen Gesetzesbegründung, die Anlass zu dieser gutachtlichen Stellungnahme war, deutlich zu erkennen, dass der historische Gesetzgeber bzw. diejenigen, die das Gesetz vorbereitet haben, sich solche Gedanken nicht gemacht haben. Der Gesetzesausleger muss indes von den allgemein anerkannten oder gar offensichtlichen Erwägungen ausgehen, die ein verständiger Gesetzgeber in einem Zusammenhang wie dem vorliegenden anzustellen pflegt. Auf ihrer Grundlage ist die Anordnung eines Tarifvorrangs auch für Alt-Tarifverträge auszuschließen.

b) Die Verhandlungssituation bei Alt- und Neu-Tarifverträgen

Dies gilt erst recht, berücksichtigt man die bereits mehrfach angesprochene gegensätzliche Ausgangslage für die Verhandlungen der Tarifvertragsparteien, je nachdem ob es um den Abschluss von Alt-Tarifverträgen über die Festlegung von Arbeitgeberzuschüssen zur betrieblichen Altersversorgung durch Entgeltumwandlung gegangen war oder nun, nach Inkrafttreten des Betriebsrentenstärkungsgesetzes, Neu-Tarifverträge über dieses Thema verhandelt werden sollen.

Im Zweifel ist es unter der Geltung der alten Gesetzeslage nur durchsetzungsstarken Gewerkschaften überhaupt gelungen, die tarifvertragliche Festschreibung eines – freiwilligen – Arbeitgeberzuschusses zu einer Entgeltumwandlung zu erreichen. Auch solche Gewerkschaften dürften insoweit nur selten erfolgreich gewesen sein, wenn sie sich nicht zu irgendeiner Gegenleistung bereitfanden. Erreichten sie einen Arbeitgeberzuschuss in Höhe von z.B. 10% des umgewandelten Entgelts, war dies ein Erfolg. Die so erreichte Tarifeinigung hatte insgesamt unter den Rahmenbedingungen, die bei Tarifabschluss galten, die Angemessenheitsvermutung für sich, die für Tarifverträge nach herrschender Auffassung typisch ist.⁷⁷

Mit dem Inkrafttreten des Betriebsrentenstärkungsgesetzes ändern sich die Rahmenbedingungen für eine § 1a Abs. 1a BetrAVG unterschreitende tarifliche Festlegung eines Arbeitgeberzuschusses. Arbeitgeber und Arbeitgeberverbände haben hieran ein erhebliches Eigeninteresse. Dadurch erhalten durchsetzungsschwächere

⁷⁷ Und die Ausnahme von einer Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB durch § 310 Abs. 4 BGB sachlich rechtfertigt. Es sei nicht verschwiegen, dass diese – übertreibend - auch unter dem Stichwort der „Richtigkeitsgewähr“ zur Sicherung autonomer Tarifregelungen verwendete Kennzeichnung in jüngerer Zeit streitig geworden ist (vgl. etwa *Seiwerth*, Gestaltungsfreiheit in Tarifverträgen, S. 211 sowie dessen akademischer Lehrer *Waltermann*, in FS *Bepler*, S. 569 ff. jeweils m.z.w.N.); es handelt sich indessen um einen im arbeitsgerichtlichen Argumentationshaushalt bis auf Weiteres wesentlichen Gesichtspunkt, der letztlich auf den Gedanken einer Art „Legitimation durch Verfahren“ zurückgeht. Er beruht auf der Überlegung, dass bei einer Vertragsgestaltung aufgrund von Verhandlungen in ihrer Interessenwahrnehmung gleich freier und durchsetzungsstarker Verhandlungspartner ideale Vertragsfreiheit besteht, welche die beiderseitige individuelle Interessenangemessenheit gewährleistet.

Gewerkschaften, die zuvor einen Zuschussanspruch nicht durchsetzen konnten, nicht nur eine starke Verhandlungsposition. Sie können sogar mit einiger Aussicht auf Erfolg versuchen, für eine nun von der Gegenseite angestrebte Absenkung des Arbeitgeberzuschusses, der ansonsten kraft Gesetzes zu zahlen wäre, kompensatorische Vorteile für die Tarifunterworfenen zu erreichen, wenn sie dies im Vergleich zu einem Nachgeben beim geschuldeten Arbeitgeberzuschuss für vorteilhaft halten. Auch ein unter diesen Bedingungen zustande gekommener Tarifvertrag hat eine Angemessenheitsvermutung für sich, obwohl das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung aus der Sicht der Tarifunterworfenen im Zweifel anders als bei Alt-Tarifverträgen ist.

Die Alt-Tarifverträge, in denen Arbeitgeberzuschüsse mit weniger als 15% des umgewandelten Entgelts festgelegt wurden, wären unter den aktuell geltenden gesetzlichen Rahmenbedingungen aus den genannten Gründen mit hoher Wahrscheinlichkeit so nicht zustande gekommen. Es ist sehr fraglich, ob ihnen nun noch eine Angemessenheitsvermutung wie vor 2018 zukommt.

Die Ungereimtheiten der Rechtslage bei einer Weitergeltung von Alt-Tarifverträgen, die § 1a Abs. 1a BetrAVG unterschreiten, werden deutlich, bildet man anhand der Erstreckungsregelung in § 19 Abs. 2 BetrAVG einen naheliegenden Fall: Unterstellt ein Außenseiter-Arbeitgeber hatte in der Vergangenheit nur notfalls und dann – natürlich – auch ohne Bezugnahme auf einschlägige Tarifverträge und damit ohne die Zusage eines Arbeitgeberzuschusses seine Pflichten aus § 1a BetrAVG erfüllt. Er erhalte mit der gesetzlichen Neuregelung unter den Bedingungen der irrigen, in der Bundestags-Drucksache zum Ausdruck gebrachten Rechtsauffassung ab 2019 die Möglichkeit, in Neuumwandlungsvereinbarungen die einschlägigen Bestimmungen, die in Alt-Tarifverträgen von Gewerkschaftsseite durchgesetzt werden konnten, in Bezug zu nehmen. Weil dort unter den anderen Bedingungen freiwillige Arbeitgeberzuschüsse festgelegt wurden, die teilweise deutlich unter 15 % des umgewandelten Entgelts liegen, könnte er es auf diese Weise aufgrund der bei ihm typischerweise bestehenden überlegenen individuellen Verhandlungsmacht erreichen, die gesetzlich neu festgelegte Pflicht zur Weitergabe der ersparten Sozialversicherungsbeiträge zu Ungunsten der Beschäftigten teilweise abbedingen. Möglicherweise wäre er sogar in der Lage, eine entsprechende Abänderung von Altzusagen aus der Zeit vor dem 1. Januar 2019 durchzusetzen, die dann ab dem 1. Januar 2022 das gesetzliche Niveau absenkend wirkten.

Es käme zudem im Verhältnis der jeweils betroffenen Branchen zueinander zu einer aus tariflicher Sicht ohne sachlichen Grund unterschiedlichen Behandlung der dort beschäftigten Tarifunterworfenen, was den Anspruch auf einen Arbeitgeberzuschuss und die Begleitregelungen hierzu angeht. Die geringere Durchsetzungsfähigkeit einer zuständigen Gewerkschaft ist für einen Gesetzgeber, dem es um eine möglichst umfassende Verbreitung und Förderung der betrieblichen Altersversorgung geht, sicherlich kein Sachgrund für eine solche Ungleichstellung.

Schließlich würden Gewerkschaften, die sich frühzeitig für eine aktive Mitwirkung bei der Installation der betrieblichen Altersversorgung durch Entgeltumwandlung entschieden hatten, dadurch „bestraft“, dass ihr Ansehen bei Ihren aktuellen und potentiellen Mitgliedern leidet. Dies passte nicht zu dem umfassenden Ziel der Großen Koalition in der 18. Legislaturperiode, die Tarifautonomie zu stärken. Es passte auch nicht dazu, dass es dem Gesetzgeber im Betriebsrentenstärkungsgesetz darum geht, die tarifgestützte betriebliche Altersversorgung mit Nachdruck zu fördern.

Nach meiner Auffassung sprechen deshalb auch teleologische Erwägungen im Zusammenhang mit den gesetzgeberischen Aktivitäten der letzten Jahre dafür, entsprechend dem Gesetzeswortlaut aus § 19 Abs. 1 BetrAVG einen Tarifvorrang gegenüber § 1a Abs. 1a BetrAVG nur für Neu-Tarifverträge anzunehmen.

VI. Ergebnis

1. Allgemein

Entgegen der in der Bundestags-Drucksache 18/12612 zum Ausdruck gekommenen Rechtsauffassung kann nach § 19 Abs. 1 BetrAVG von der gesetzlichen Neuregelung über den Arbeitgeberzuschuss zu einer betrieblichen Altersversorgung durch Entgeltumwandlung (§ 1a Abs. 1 BetrAVG) zu Ungunsten von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern nur durch Neu-Tarifverträge abgewichen werden.

Dies ergibt sich aus dem Wortlaut der gesetzlichen Tariföffnung, dem Kontext des Betriebsrentenstärkungsgesetzes sowie aus allgemeinen tarifrechtlichen Erwägungen.

2. Ausnahmen?

a) Fragestellung

Angesichts einiger vorliegender Tarifverträge ist die Frage diskussionswürdig und diskussionsbedürftig, ob vom gefundenen Ergebnis Ausnahmen in Betracht kommen. Denkbar wäre, dass in Alt-Tarifverträgen Regelungen zur Entgeltumwandlung getroffen wurden, die insgesamt an die Stelle des alten § 1a BetrAVG treten und auch nach der Neuregelung in § 1a Abs. 1a BetrAVG verbindlich bleiben. Tarifvertragliche Bestimmungen könnten dahin auszulegen sein, dass sie auf der Grundlage der Ermächtigung in § 17 Abs. 3 BetrAVG a.F. § 1a BetrAVG insgesamt, also auch hinsichtlich etwaiger künftiger Neuregelungen abbedingen und an seine Stelle auf Dauer ein eigenes tarifvertragliches System der betrieblichen Altersversorgung durch Entgeltumwandlung stellen wollten.

b) Bedenken

Es ist aus meiner Sicht sehr zweifelhaft, ob durch eine Tariföffnung wie die in § 17 Abs. 3 BetrAVG a.F./§ 19 Abs. 1 BetrAVG n.F. den Tarifvertragsparteien eine derartige Freiheit uneingeschränkt eingeräumt ist. Bedenken bestehen – natürlich – nicht, soweit die tarifvertragliche Ordnung, die von den Tarifvertragsparteien in einem Alt-Tarifvertrag an die Stelle des gesetzlichen Anspruchs auf Entgeltumwandlung einschließlich der hierzu geltenden Kautelen getreten ist, für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auch nicht ungünstiger ist als das, was das neue Gesetz vorschreibt. Höchst problematisch erscheint aber die Annahme, die Tarifvertragsparteien könnten sich aufgrund einer „alten“ gesetzlichen Tariföffnung aus der künftigen gesetzlichen Entwicklung auch insoweit „ausklinken“, dass sie ohne Weiteres auch an die künftigen Grenzen eines bis zu einer neuen tarifvertraglichen Regelung zwingenden Gesetzes nicht gebunden wären.

Wenn man mit dem hier Ausgeführten davon ausgeht, dass das durch das Betriebsrentenstärkungsgesetz geschaffene Arbeitnehmerschutzniveau nur durch Neu-Tarifverträge wirksam unterschritten werden kann, muss dies gegenüber allen Alt-Tarifverträgen gelten, unabhängig davon, ob sie punktuell oder strukturell von der Vorgabe des § 1a BetrAVG abweichen. § 17 Abs. 3 BetrAVG a.F. hat insoweit eben-

so wenig eine Sonderbehandlung von Tarifverträgen eröffnet wie nun § 19 Abs. 1 BetrAVG.

Man könnte allenfalls daran denken, es im Falle einer tarifvertraglich eigenständig festgelegten Grundstruktur der Entgeltumwandlung zur Sicherung der Rechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ausreichen zu lassen, dass diese Regelung nur einer Art kollektivem Günstigkeitsvergleich⁷⁸ mit der neuen Gesetzeslage standhält. Sich auf einen solchen Weg um einer strategisch gewollten Erhaltung des in einem entsprechenden Alt-Tarifvertrag Geregelter zu verlassen, kann allerdings nicht angeraten werden, wenn dort zumindest eine Teilregelung des § 1a BetrAVG n.F., wie etwa die zur Höhe des Arbeitgeberzuschuss, unterschritten wurde. Es entspricht verbreiteter arbeitsrichterlicher Erfahrung, dass der kollektive Günstigkeitsvergleich, also ein Vergleich der einander gegenüber stehenden, gewichteten Gesamtregelungen, kaum praktikabel ist. Das zeigt sich im vorliegenden Zusammenhang etwa daran, dass man sich kaum vorstellen kann, wie die nach neuem Recht zwingend vorgeschriebene sofortige Unverfallbarkeit des Arbeitgeberzuschusses zur Entgeltumwandlung in einem solchen Vergleich zu gewichten wäre, sieht die Altregelung dies nicht vor⁷⁹ – für etwaige künftige Regelungen sei darauf hingewiesen, dass eine solche Tarifbestimmung an sich rechtlich möglich ist, weil eine der gesetzlichen Anordnung gleichwertige sofortige Unverfallbarkeit auch (tarif-)vertraglich begründet werden kann.⁸⁰ Einen gerichtlichen „Testlauf“ zu der behandelten Frage wird man von Gewerkschaftsseite aus kaum verhindern können. Zumindest bei Außenseitern, für die die (alt-)tarifvertraglichen Regelungen kraft arbeitsvertraglicher Erstreckungsklausel (§ 17 Abs. 3 S. 2 a.F./§19 Abs. 2 BetrAVG n.F.) – vermeintlich – anwendbar sind, kann ein entsprechender Versuch, vor Gericht die alt-tarifvertraglichen Regelungen zu Fall zu bringen, nicht ausgeschlossen werden.

c) Teilergebnis

Auch für den Fall, dass in einem Alt-Tarifvertrag § 1a BetrAVG in seiner damaligen Fassung vollständig und unbedingt abbedungen werden sollte, ist eine Unterschrei-

⁷⁸ Hierzu BAG, 16.09.1986 – GS 1/82, NZA 1987, 168

⁷⁹ Es sei in diesem Zusammenhang allerdings noch einmal offen gelegt, dass mir nach der Gesetzeslage nicht ohne weiteres klar ist, wie nach der Vorstellung des Gesetzgebers mit einem in seiner Herkunft (eingesparte Sozialversicherungsbeiträge) nicht offengelegten Arbeitgeberzuschuss zu einer Entgeltumwandlung nach § 1b Abs. 5 BetrAVG n. F. zu verfahren ist.

⁸⁰ Blomeyer/Rolfs/Otto/Rolfs, BetrAVG, § 1b Rn. 5; Kemper/Kisters-Kölkes/Berenz/Huber/Kemper, BetrAVG, § 1b Rn. 8; Förster/Cisch/Karst/Löschhorn, BetrAVG, § 1b Rn. 17

tung des durch das Betriebsrentenstärkungsgesetz mit § 1a Abs. 1a BetrAVG geschaffenen Arbeitnehmerschutzniveaus nach § 19 Abs. 1, Abs. 3 BetrAVG nur mit Hilfe eines Neu-Tarifvertrags rechtswirksam möglich.

3. Rechtliche und praktische Umsetzung des Gesamtergebnisses

Der Gutachterauftrag sowie die gesamten vorstehenden Ausführungen fußen darauf, dass ein (alt-)tarifvertraglich festgelegter Arbeitgeberzuschuss zu einer betrieblichen Altersversorgung durch Entgeltumwandlung nicht additiv neben dem gesetzlichen Anspruch aus § 1a Abs. 1a BetrAVG weiter gilt. Hiervon geht im Übrigen auch die ansonsten irrige Rechtsauffassung aus, die in der Bundestagsdrucksache zum Verhältnis von Alt-Tarifverträgen zu § 1a Abs. 1a BetrAVG niedergelegt ist. Diese Prämisse ist zweifelsfrei richtig. Tarifvertragliche Regelungen über derartige Arbeitgeberzuschüsse zielen in gleicher Weise wie die gesetzliche Bestimmung auf einen Zuschuss, der durch den Wunsch des Arbeitnehmers, mit ihm eine Umwandlungsvereinbarung zu schließen, ausgelöst wird. Beide Ansprüche stehen in Anspruchskonkurrenz. Es muss nach den erörterten rechtlichen Regeln entschieden werden, welcher der beiden Anspruchsgrundlagen maßgeblich ist.

a) Günstigere Alt-Tarifverträge

Im Wesentlichen unproblematisch ist die Rechtslage, soweit Alt-Tarifverträge einen höheren Arbeitgeberzuschuss zur Entgeltumwandlung vorsehen, als § 1a Abs. 1a BetrAVG. Dies gilt unabhängig davon, ob diese höheren Zuschüsse in einem höheren Prozentsatz festgelegt sind. Es reicht aus, dass sie beziffert oder in sonstiger Weise festgelegt worden sind und im rechnerischen Ergebnis zahlenmäßig höher liegen als das, was § 1a Abs. 1a BetrAVG vorsieht. In einem solchen Fall bleibt der Alt-Tarifvertrag aufgrund beiderseitiger Tarifbindung oder kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme anwendbar. Neu-Tarifverträge sind nach § 19 Abs. 1, Abs. 3 BetrAVG nur erforderlich, wenn es den Tarifvertragsparteien um eine Unterschreitung der gesetzlichen Vorgaben geht. Für die Beschäftigten günstigere Alt-Tarifverträge verdrängen die gesetzliche Basissicherung aus § 1a Abs. 1a BetrAVG.

Wie bereits angesprochen ist nicht ganz eindeutig, wie in einem solchen Fall mit der nicht der Disposition der Tarifvertragsparteien unterliegenden Bestimmung des § 1b Abs. 5 S. 1 BetrAVG umzugehen ist. An sich passt die Bestimmung nicht auf einen tarifvertraglich begründeten Anspruch auf einen Arbeitgeberzuschuss zur Entgeltumwandlung. Aus meiner Sicht ist aber davon auszugehen, dass es der höchststrich-

terlichen Rechtsprechung auf einem Weg gelingt, wie ich ihn etwa oben in Fußnote 74 angesprochen habe, eine Harmonisierung der unzureichend aufeinander abgestimmten gesetzlichen Bestimmungen zu erreichen. Im Ergebnis werden dann mit hoher Wahrscheinlichkeit mit den aus einer Entgeltumwandlung unmittelbar erworbenen Versorgungsanwartschaften unter Einschaltung eines externen Versorgungsträgers zugleich auch die Versorgungsrechte sofort unverfallbar, die aus den Festlegungen des § 1a Abs. 1a BetrAVG entsprechenden Teil des tarifvertraglichen Zuschussanspruchs erwachsen. Eine Änderung oder Ergänzung der günstigeren Alt-Tarifverträge bedarf es dafür nicht.

b) Zwei Sonderfälle, in denen das hergeleitete Ergebnis ebenfalls keine Rolle spielt

aa) Kein Zuschuss im Alt-Tarifvertrag erwähnt

Soweit Alt-Tarifverträge das Thema Arbeitgeberzuschuss zur Entgeltumwandlung überhaupt nicht ansprechen, sind sie in aller Regel auch nicht teilweise unwirksam. Das Betriebsrentengesetz sprach zum Zeitpunkt der betreffenden Tarifverträge eine dahingehende Regelungsmöglichkeit nicht an. Allein der Umstand, dass in anderen Tarifverträgen vielfach eine Regelung über einen freiwilligen Arbeitgeberzuschuss zur Entgeltumwandlung getroffen wurde, bedeutet nicht, dass ein Schweigen anderer Tarifverträge hierzu irgendeinen Erklärungswert hatte. Mindestens ebenso wahrscheinlich ist es, dass dem Schweigen der Tarifvertragsparteien nur zu entnehmen ist, dass sie sich zur Frage, ob ein solcher Zuschuss geschuldet werden soll, nicht äußern, sondern etwaige Regelungen hierzu den Parteien des individuellen Umwandlungsvertrages überlassen wollten. Aus einer derartigen Nichtregelung wird nicht mit Inkrafttreten des Betriebsrentenstärkungsgesetzes und dem Anspruch aus § 1a Abs. 1a BetrAVG eine Festlegung, abweichend vom Gesetz solle kein Arbeitgeberzuschuss geschuldet sein. Der betreffende Alt-Tarifvertrag ist in einem solchen Fall lediglich lückenhaft, was einen denkbaren Anspruch auf einen Arbeitgeberzuschuss zur Entgeltumwandlung angeht. Diese Lücke wird, ohne dass sich dadurch am Alt-Tarifvertrag etwas ändert, durch § 1a Abs. 1a BetrAVG geschlossen.

Sollte ein Alt-Tarifvertrag ausnahmsweise dahin auszulegen sein, dass ein Arbeitgeberzuschuss bewusst nicht geregelt wurde, weil man im Übrigen eine insgesamt zufriedenstellende abschließende Regelung der Thematik Entgeltumwandlung gefunden zu haben glaubte, handelte es sich nach Inkrafttreten des Betriebsrentenstär-

kungsgesetzes, wenn im Anwartschaftsverhältnis im übrigen die Voraussetzungen des § 1a Abs. 1a BetrAVG erfüllt sind, um eine Abbedingung dieser gesetzlichen Bestimmung zum Nachteil der betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Sie ist für einen Alt-Tarifvertrag nicht eröffnet. Es gilt dann das entsprechend, was im Folgenden zu ungünstigeren Alt-Tarifverträgen ausgeführt wird.

bb) Entgeltumwandlung in Direktzusage oder Unterstützungskassenversorgung

Die im Einzelnen hergeleitete Einschränkung der Tariföffnung in § 19 Abs. 1 BetrAVG auf Neu-Tarifverträge, was den Anspruch aus § 1a Abs. 1a BetrAVG angeht, spielt naturgemäß auch keine Rolle, wenn nach der im Alt-Tarifvertrag geregelten Form der Entgeltumwandlung ein Arbeitgeberzuschuss hierzu nach Inkrafttreten des Betriebsrentenstärkungsgesetzes nicht gesetzlich geboten ist. Sollten Tarifverträge also Entgeltumwandlung in Direktzusagen oder Unterstützungskassen-Versorgungen vorsehen, oder sollten sie solche Möglichkeiten zumindest ermöglichen und sollten diese dann in der individuellen Umwandlungsvereinbarung vereinbart werden, besteht der Zuschussanspruch aus § 1a Abs. 1a BetrAVG nicht. Tarifverträge sind deshalb frei, in solchen Fällen Arbeitgeberzuschüsse auszuschließen oder in geringerer Höhe festzulegen als dies das Gesetz für Entgeltumwandlungen in betriebliche Altersversorgung unter Einschaltung externer Versorgungsträger vorsieht.

c) Ungünstigere Alt-Tarifverträge

Legt ein Alt-Tarifvertrag einen niedrigeren Arbeitgeberzuschuss zur Entgeltumwandlung fest, als der später in Kraft getretene § 1a Abs. 1a BetrAVG es verlangt, weil dessen Anspruchsvoraussetzungen im Übrigen erfüllt sind, und sei es auch ausnahmsweise auf Null (s. o.), ist die (alt-)tarifvertragliche Regelung hierzu unwirksam. Ob sie darüber hinaus sogar nichtig ist, kann dahinstehen. Die übrigen Regelungen im Alt-Tarifvertrag zur betrieblichen Altersversorgung durch Entgeltumwandlung bleiben grundsätzlich bestehen. Sie werden anstelle der unwirksamen Zuschussbestimmung ergänzt durch den Anspruch aus § 1a Abs. 1a BetrAVG.

Die oben angesprochene rechtliche Behandlung, den Alt-Tarifvertrag auch hinsichtlich der Zuschussregelung an sich aufrecht zu erhalten, und diesen Anspruch lediglich nach § 1a Abs. 1a BetrAVG auf die gesetzlich gebotene Höhe aufzustocken, wäre rechtsfehlerhaft. Liegen die Voraussetzungen der gesetzlichen Anspruchsgrundlage für den Arbeitgeberzuschuss vor, muss der oder dem Beschäftigten ein solcher

Anspruch nach Höhe und Qualität, auch was die Konsequenzen aus § 1b Abs. 5 BetrAVG angeht, zustehen. Ein aus zwei Bausteinen bestehender Anspruch, von denen nur der eine zu einer sofort unverfallbaren Versorgungsanwartschaft führte, erfüllt nicht die gesetzlichen Vorgaben.

Die Unwirksamkeit einer Zuschussregelung in einem Alt-Tarifvertrag über eine betriebliche Altersversorgung durch Entgeltumwandlung und deren Ersetzung durch § 1a Abs. 1a BetrAVG führt jedenfalls aus gewerkschaftlicher Sicht nicht zu der Gesamtwirksamkeit der betreffenden Regelung. Dies gilt schon deshalb, weil aufgrund der gesetzlichen Rahmenbedingungen bei Abschluss des Alt-Tarifvertrages auszuschließen ist, dass das gesamte Regelwerk um eine nach den gesetzlichen Vorgaben ergänzte oder erweiterte Zuschussregelung den ursprünglichen Regelungsgehalt für die Arbeitgeberseite unzumutbar veränderte. Die Veränderung der Rechtslage seit dem 1. Januar 2019, was den grundsätzlich obligatorischen Arbeitgeberzuschuss angeht, ist vom Gesetzgeber gewollt und von der Arbeitgeberseite hinzunehmen. Die Regelungen im Übrigen sind nach der damals bestehenden Rechtslage nicht etwa durch ein arbeitgeberseitiges Nachgeben zu Stande gekommen, der nun die Grundlage entzogen wäre. Hinsichtlich der übrigen Regelungen zur Entgeltumwandlung kann aus damaliger Sicht allenfalls von einem gewerkschaftlichen Nachgeben ausgegangen werden. Deshalb könnte auch allenfalls von dort aus an eine Störung der Geschäftsgrundlage zu denken sein. Soweit ersichtlich besteht indes nicht die Absicht, dass sich Gewerkschaften hierauf berufen wollen.

Deshalb gilt auch hier der allgemeine Grundsatz des Tarifvertragsrechts, das die Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen eines Tarifvertrages sich in aller Regel auch hierauf beschränkt und nicht die Vollnichtigkeit des gesamten tariflichen Regelwerks zur Folge hat. § 139 BGB ist im Tarifvertragsrecht nicht anwendbar.⁸¹

d) Abschluss bestätigender Tarifverträge

Möglicherweise hält die eine oder andere Gewerkschaft das in der Vergangenheit gemeinsam mit der Arbeitgeberseite geschaffene Regelwerk über Entgeltumwandlung trotz einer Unterschreitung des neuen gesetzlichen Anspruchs auf einen Arbeitgeberzuschuss für insgesamt gelungen und möchte daran im Ergebnis festhalten. Dies wird sich dies durch bloßes Schweigen über die hier behandelte Problematik

⁸¹ Nur BAG, 10.11.1982 – 4 AZR 1203/79, BAGE 40, 327=AP TVG § 1 Form Nr. 8; BAG, 12.12.2007 – 4 AZR 996/06, Rn. 21 m.z.w.N., BAGE 125, 169=NZA 2008, 897; Däubler/Nebe, TVG § 1 Rn. 185; Wiedemann/Thüsing, TVG § 1 Rn. 168 f.; Löwisch/Rieble, TVG § 1 Rn. 580

nicht sicherstellen lassen. Schon angesichts der zitierten Ausführungen zum neuen Betriebsrentenrecht durch *Droße*⁸² kann nicht ausgeschlossen werden, dass zumindest nicht organisierte, aber durch eine vertragliche Bezugnahme auf Alt-Tarifverträge in die Problematik eingebundene Mitarbeiterinnen oder Mitarbeiter hier kontraproduktiv aktiv werden. Meines Erachtens sollte deshalb bei einem entsprechenden Interesse der Tarifvertragsparteien versucht werden, durch Bestätigungstarifverträge von wenigen Sätzen, die lediglich nach dem 1. Januar 2018 abgeschlossen sein müssen, das bisher Geregelte in die „neue Betriebsrentenwelt“ zu überführen. Hierfür müsste eine tarifliche Regelung ausreichen, die sich darauf beschränkt festzulegen, dass die Tarifvertragsparteien sich einig sind, dass die am... vereinbarte Regelung zu ... auch über den 31. Dezember 2018 hinaus nach Maßgabe der bisherigen Schlussbestimmungen fortbesteht.

Wenn die Voraussetzungen hierfür vorliegen, kann noch ergänzend klargestellt werden, dass die ab dem 1. Januar 2019 aus den tarifvertraglichen Arbeitgeberzuschüssen erwachsenden Versorgungsanswartschaften sofort unverfallbar werden.

Das Gutachten ist nach bestem Wissen und Gewissen erstellt.

⁸² *Droße*, Das neue Betriebsrentenrecht, 2018, Rn. 192

Verzeichnis der verwendeten Literatur

- Bepler, Klaus* Das Gesetz zur Stärkung der betrieblichen Altersversorgung und zur Änderung anderer Gesetze (Betriebsrentenstärkungsgesetz), in *jurisPR-ArbR* 27/2017 Anm. 1
- Bepler, Klaus* Stärkung der Tarifautonomie – Welche Änderungen des Tarifvertragsrechts empfehlen sich? Gutachten B zum 70. Deutschen Juristentag, 2014; zit.: *Bepler*, Gutachten DJT
- Blomeyer, Wolfgang/Rolfs, Christian/Otto, Klaus* Betriebsrentengesetz, Kommentar 6. Aufl. 2015, zit.: *Blomeyer/Rolfs/Otto/Bearbeiter*
- Boecken, Winfried/Düwell, Franz Josef/Diller, Martin/Hanau, Hans* Gesamtes Arbeitsrecht, NomosKommentar, 2016, zit.: *NK-GA/Verfasser*
- Däubler, Wolfgang (Hrsg.)* Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl. 2016; zit.: *Däubler/Verfasser*
- Dieterich, Thomas* Tarifautonomie und Bundesverfassungsgericht, in *AuR* 2001, 390 - 393
- Droßel, Sebastian W.* Das neue Betriebsrentenrecht – Betriebsrentenstärkungsgesetz und Umsetzung der Mobilitätsrichtlinie, Baden-Baden, 2018
- Förster, Wolfgang/Cisch, Theodor/Karst, Michael* Betriebsrentengesetz, Kommentar, 14. Aufl. 2014, zit.: *Förster/Cisch/Karst/Bearbeiter*
- Gamillscheg, Franz* Kollektives Arbeitsrecht Band I, 1997
- Hanau, Peter* Das Betriebsrentenstärkungsgesetz – Wunderwaffe oder Rohrkrepierer?, in *jM* 2018, 19-22
- Hanau, Peter/Adomeit, Klaus* Arbeitsrecht, 14. Aufl. 2007
- Hanau, Peter/Arteaga, Marco S./Rieble, Volker/Veit, Annekatri* Entgeltumwandlung, 3. Aufl. 2014, zit.: *Hanau/Arteaga/Rieble/Veit/Bearbeiter*
- Heither, Friedrich* Gestaltung des Anspruchs eines Arbeitnehmers auf Gehaltsumwandlung (§ 1a BetrAVG) durch Tarifverträge, in *NZA* 2001, 1275
- Henssler, Martin/Moll, Wilhelm/Bepler, Klaus* Der Tarifvertrag – Handbuch für das gesamte Tarifrecht, 2. Auflage, 2016; zit.: *HMB/Verfasser*
- Henssler, Martin/Willemsen, Heinz Josef/Kalb, Heinz-Jürgen* ArbeitsrechtKommentar, 7. Aufl. 2016, zit.: *HWK/Verfasser*
- Höfer, Reinhold* Der gesetzliche Beitragszuschuss zur Entgeltumwandlung für betriebliche Altersversorgung – Zuschusspflicht, Rechtsfolgen, Rechenbeispiele und Verrechnung des gesetzlichen mit vertraglich geschuldeten Zuschuss –, in *DB* 2017, 2481-2484
- Hofelich, Andreas* Der neue Arbeitgeberzuschuss zur betrieblichen Altersversorgung – Betriebsrentenstärkung oder –schwächung? In *ArbRB* 2018, 16-20
- Hromadka, Wolfgang/Maschmann, Frank* Arbeitsrecht Band 2, Kollektivarbeitsrecht und Arbeitsstreitigkeiten, 5. Aufl. 2016
- Jacobs, Matthias/Krause, Rüdiger/Oetker, Hartmut/Schubert, Claudia* Tarifvertragsrecht, 2. Aufl. 2013; zit.: *Jacobs/Krause/Oetker/Schubert/Verfasser*

- Karst, Michael* Das neue Betriebsrentenstärkungsgesetz - Neuregelungen auch für bestehende Versorgungswerke verabschiedet, in *Benefits!* August 2017, willistowerswatson.de, S. 10-12
- Kemper, Kurt/Kisters-Kölkes, Margret/Berenz, Claus/Huber, Brigitte* BetrAVG, Kommentar, 5. Aufl. 2013, zit.: *Kemper/Kisters-Kölkes/Berenz/Huber/Bearbeiter*
- Kempen, Ernst Otto/Zachert, Ulrich (Hrsg.)* Tarifvertragsgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2014; zit.: *Kempen/Zachert/Verfasser*
- Kittner, Michael/Zwanziger, Bertram/Deinert, Olaf (Hrsg.)* Arbeitsrecht – Handbuch für die Praxis, 6. Aufl. 2011, zit.: *Kittner/Zwanziger/Deinert/Verfasser*
- Konzen, Horst* Kollektivrechtliche Grundlagen und Grenzen der Entgeltumwandlung in der betrieblichen Altersversorgung, in *Altersgrenzen und Alterssicherung im Arbeitsrecht – Wolfgang Blomeyer zum Gedenken*, 2003, S. 173-197; zit.: *Konzen* in *GS Blomeyer*
- Lakies, Thomas* Mindestlohngesetz, Basiskommentar, 2. Aufl. 2015
- Langohr-Plato, Uwe* Betriebliche Altersversorgung, 4. Aufl. 2007
- Langohr-Plato, Uwe* Entgeltumwandlung und Arbeitgeberzuschuss nach § 1a BetrAVG, in *BetrAV 2017*, 465-469
- Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.)* Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18. Aufl. 2018; zit.: *ErfK/Verfasser*
- Preis, Ulrich* Arbeitsrecht, Band I, Individualarbeitsrecht, 3. Aufl. 2009
- Reinecke, Gerhard* Das Betriebsrentenstärkungsgesetz – ein großer Wurf?, in *AuR 2017*, 432-436
- Richardi, Reinhard/Wlotzke, Otfried/Wißmann, Hellmut/Oetker, Hartmut (Hrsg.)* Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht Band 1, 3. Aufl. 2009, zit. *MünchArbR/Verfasser*
- Riechert, Christian/Nimmerjahn, Lutz* Mindestlohngesetz, 2. Aufl. 2017
- Rolfs, Christian* Stärkung der Betriebsrenten, in *NZA 2017*, 1225-1231
- Schlewing, Anja/Henssler, Martin/Schipp, Johannes/Schnitker, Elmar (Hrsg.)* Arbeitsrecht der betrieblichen Altersversorgung, Loseblatt, 2015 ff., zit.: *Schlewing/Henssler/Schipp/Schnitker/Bearbeiter*
- Seiwerth, Stephan* Gestaltungsfreiheit in Tarifverträgen und tarifdispositives Gesetzesrecht, 2017; zit.: *Seiwerth*, Gestaltungsfreiheit in Tarifverträgen
- Thüsing, Gregor/Beden, Yannik* Gilt die Pflicht zum Zuschuss zur Entgeltumwandlung nach § 1a Abs. 1a BetrAVG n.F. auch für bestehende Tarifverträge? – Zur temporalen Reichweite und zur Tarifdispositivität der Bezuschussungspflicht –, in *BetrAV 2018*, 5-7
- Thüsing, Gregor (Hrsg.)* MiLoG/AEntG, Kommentar, 2. Aufl. 2016 zit.: *Thüsing/Bearbeiter*
- Thüsing, Gregor/Braun, Axel (Hrsg.)* Tarifrecht, Handbuch, 2. Auflage 2016, zit.: *Thüsing/Braun/Verfasser*

- Ulber, Daniel* Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, 2010; zit.: *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht
- Wank, Rolf* Die Auslegung von Gesetzen, 6. Aufl. 2015
- Waltermann, Raimund* Tarifautonomie und „Richtigkeitsgewähr“ der Tarifverträge in der Leiharbeit, in Festschrift für Klaus Bepler, 2012, S. 577-584; zit.: *Waltermann* in FS Bepler
- Wiedemann, Herbert (Hrsg.)* Tarifvertragsgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2007, zit.: *Wiedemann/Verfasser*