

Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht

Zweiwochenschrift für die betriebliche Praxis

Schriftleitung: Prof. Dr. Klaus Schmidt und Hans Joachim Spiegelhalter,
Palmengartenstr. 14, 60325 Frankfurt a.M.

NZA 5/1996

11. März · 13. Jahrgang 1996 · Seite 225–280

Aufsätze und Berichte

Tarifausstieg – Erscheinungsformen und Rechtsfolgen*

Von Professor Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

Im nachstehenden Aufsatz geht der Autor der Frage nach, inwieweit Tarifverträge auch dann rechtlich oder faktisch verbindliche Richtschnur bleiben, wenn sich der einzelne Arbeitgeber ihrer entledigen möchte. Behandelt werden u.a. Möglichkeiten und Konsequenzen eines Verbandsaustritts und eines Verbandswechsels, einer OT-Mitgliedschaft und einer Verbandsauflösung.

I. Erosion der Arbeitgeberverbände

Nicht anders als die Gewerkschaften sind auch die Arbeitgeberverbände in der Krise. Zwar ist keine Statistik ersichtlich, aus der sich der Mitgliedschwund ergibt¹, doch ist seine Existenz außer Streit². Eine der Ursachen liegt in dem Bestreben, sich den als überhöht empfundenen Flächentarifen zu entziehen: Wenn die Jahresarbeitszeit in der Bundesrepublik recht kurz und die Lohn- und Lohnnebenkosten pro Stunde sehr hoch sind³, so ist dies keine Folge der gesetzlichen und richterrechtlichen Normen des Arbeitsrechts⁴, sondern den tariflichen Festlegungen geschuldet. Dabei fällt insbesondere ins Gewicht, daß die Interessenlage der Verbandsmitglieder durchaus unterschiedlich ist⁵. Was für ein kapitalintensives Unternehmen unschwer verkraftbar ist, muß es nicht für ein personalintensives sein, wer vorwiegend für den deutschen Markt produziert, muß sich keine Sorgen um Währungsparitäten machen, wer als Hauptproduzent die logistische Kette beherrscht, steht anders da als ein Zulieferer, dessen wirtschaftlicher Spielraum gegen Null gehen kann⁶. Diese unterschiedliche Interessenlage, die im übrigen ihre Entsprechungen auf Arbeitnehmerseite findet, ist auch dann von großer Bedeutung, wenn sie sich nicht in Austritten, Verbandswechseln usw. niederschlägt: Die Handlungsfähigkeit der Arbeitgeberverbände, ihre Funktion als nicht nur verlässlicher, sondern auch durchsetzungstarker Tarifpartner wird immer mehr in Frage gestellt.

Im folgenden können die dadurch aufgeworfenen sozial- und gesellschaftspolitischen Fragen nicht umfassend behandelt werden. Vielmehr geht es um eine zentrale juristische Rahmenbedingung, an die sich alle Unternehmen halten müssen: In welchem Umfang bleiben Tarifverträge auch dann rechtlich oder faktisch verbindliche Richtschnur,

wenn sich der einzelne Arbeitgeber ihrer entledigen möchte? Dabei kommen verschiedene Verhaltensweisen in Betracht. Zunächst soll es um den gewissermaßen klassischen und rechtlich relativ einfach strukturierten Fall des reinen Verbandsaustritts gehen. Zusätzliche Fragen wirft der Übertritt zu einem anderen Verband auf, dessen Tarifverträge der Unternehmensleitung akzeptabler erscheinen oder dessen Leistungen den spezifischen Bedürfnissen der Firma eher entgegenkommen.

Austritt und Verbandswechsel vermeidet eine Strategie, die tarifunwilligen Mitgliedsunternehmen eine sog. OT-Mitgliedschaft ermöglicht: Sie bleiben zwar im Arbeitgeberverband, sollen jedoch kraft Satzung nicht von den abgeschlossenen Tarifverträgen erfaßt werden. Denselben Grundgedanken verfolgen diejenigen, die eine Aufspaltung in eine Tarifgemeinschaft und einen reinen Arbeitgeberverband befürworten, der den Abschluß von Tarifverträgen ablehnt. Eine weitere hier interessierende Vorgehensweise läßt zwar die traditionelle Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband bestehen, gründet jedoch einzelne Unternehmensteile aus; diese unterliegen dann mangels Verbandsmitgliedschaft oder auch wegen anderen fachlichen Schwerpunkts nicht mehr den bisherigen Tarifverträgen. Im Extremfall ist ein Outsourcing in der Weise denkbar, daß ausländische Tochterfirmen mit bestimmten Funktionen betraut werden, die diese mit im Ausland rekrutierten Arbeitskräften erfüllen. Schließlich läßt es sich nicht vermeiden, auch dem Fall der Verbandsauflösung ein Stück Aufmerksamkeit zu

* Der Beitrag gibt einen um Nachweise ergänzten Vortrag wieder, den der Verf. am 30. 9. 1995 auf der 31. Tagung der Arbeitsgemeinschaft der Fachanwälte für Arbeitsrecht gehalten hat. Ausführungen aus ZTR 1994, 453 werden dabei fortgeführt.

1) Anders bei den Gewerkschaften. Bei ihnen ging der Mitgliederstand von Ende 1991 bis Ende 1994 um über 15% zurück – Angaben nach Lohrlein, in: Kittner (Hrsg.), Gewerkschaften heute, 1995, S. 94.

2) Vgl. Buchner, NZA 1994, 2; ders., NZA 1995, 769; Schroeder, in: Bispinck (Hrsg.), Tarifpolitik der Zukunft. Was wird aus dem Flächentarifvertrag? 1995, S. 48.

3) Angaben bei Schaub, BB 1994, 2005.

4) Dazu, daß sich dieses eher als Standortvorteil erweist, s. Däubler, DB 1993, 781 ff.

5) Bahnmüller/Bispinck (o. Fußn. 2), S. 143.

6) Vgl. Schroeder (o. Fußn. 2), S. 46.

schenken. Zwar gehe ich nicht davon aus, daß Gesamtnotall in absehbarer Zeit einen Liquidationsbeschluß faßt und – soweit vorhanden – mit seinem Betriebsrat über einen Sozialplan verhandelt, doch haben auch Gedankenspiele größere oder kleinere Wirkungen je nachdem, wie sich ihre rechtlichen Folgen darstellen würden.

II. Der Austritt aus dem Arbeitgeberverband

1. Zulässigkeit

Der einzelnen Mitgliedsfirma steht es frei, den Arbeitgeberverband unter Wahrung der in der Satzung vorgesehenen Frist zu verlassen. Dabei sind sechs Monate als absolute Obergrenze zu betrachten, hat doch der BGH eine entsprechende Regelung in der Satzung einer Arbeitnehmervereinigung gerade noch hingenommen⁷. Für Arbeitgeberverbände kann schwerlich anderes gelten⁸. Längere Fristen würden das aus Art. 9 III GG folgende Betätigungsrecht der Organisation in unangemessener Weise gegenüber dem gleichfalls in Art. 9 III GG geschützten Recht des einzelnen privilegieren, sich für eine andere Koalition oder eine verbandsfreie Existenz entscheiden zu können.

Auch eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund kann theoretisch in Betracht kommen, doch reicht es hierfür entgegen *Beuthien/Meik*⁹ nicht aus, daß ein Tarifabschluß nach Einschätzung der Geschäftsleitung nicht mit der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens zu vereinbaren ist. Andernfalls könnte die jeweils überstimmte Minderheit damit drohen, den Verband mit sofortiger Wirkung zu verlassen, was seine Entscheidungsfähigkeit und damit die Erfüllung seiner in der Verfassung vorgesehenen Funktion erheblich beeinträchtigen würde. Auch hat die außerordentliche Kündigung den Sinn, nur solche Fälle zu erfassen, in denen selbst ein Verbleiben für die Dauer der Austrittsfrist nicht mehr zumutbar ist; dies ist im vorliegenden Zusammenhang schwer vorstellbar, da sich die – gleich zu besprechende – Fortdauer der Tarifbindung nach § 3 III TVG auch dann einstellt, wenn das Verbandsmitglied mit sofortiger Wirkung austritt¹⁰. Einem Austritt kann auch im Einvernehmen zwischen Verband und Mitglied keine Rückwirkung beigemessen werden¹¹. Wie nicht zuletzt § 3 III TVG zeigt, ist es nicht möglich, über die einmal eingetretene Tarifbindung durch autonome Entscheidung einer Seite zu verfügen. Soweit ersichtlich, hat es bisher auch keine entsprechenden Versuche gegeben.

2. Die Fortwirkung des Tarifvertrags nach § 3 III TVG

a) *Der Grundsatz.* Nach § 3 III TVG bleibt die „Tarifgebundenheit“ bestehen, „bis der Tarifvertrag endet“. Dies bedeutet, daß der Austritt des Arbeitgebers aus seinem Verband zunächst ohne jede tarifrechtliche Wirkung ist; der geltende Tarifvertrag wird genauso angewandt, wie wenn der Austritt nicht erfolgt wäre. Hintergrund dieser Regelung war das Bestreben, in Weimar praktizierte Strategien zu vermeiden, wo sich Arbeitgeber durch Austritt der Tarifbindung zu entziehen versuchten¹². Wer einen Tarifvertrag durch Mitgliedschaft legitimiert, muß sich daran festhalten lassen¹³. Dies dient der Rechtssicherheit und sichert so mittelbar die Ordnungsfunktion der Verbandstarife¹⁴. Das Fortbestehen einer „normalen“ Tarifbindung führt notwendigerweise dazu, daß sich auch solche Arbeitnehmer auf den Tarifvertrag berufen können, die erst nach dem Austritt des Arbeitgebers der tarifschießenden Gewerkschaft beigetreten sind¹⁵. Dasselbe gilt für Neueinstellungen während des „Fortwirkungszeitraums“¹⁶.

b) *Ende der Tarifbindung.* Umstritten ist nicht die gesetzliche Regelung als solche, sondern primär die Frage, wann ein Tarifvertrag im Rechtssinne „endet“. In der Regel sind

Tarifverträge nicht befristet, sondern zu bestimmten Zeitpunkten kündbar. Wird nicht gekündigt, wirkt der Tarifvertrag fort. Diese sich aus dem Wortlaut ergebende und auch in der Literatur gebilligte Auffassung¹⁷ ist in jüngster Zeit in Frage gestellt worden. Die in § 3 III TVG angeordnete Tarifbindung soll mit dem ersten möglichen Kündigungstermin enden, da das Unterbleiben der Kündigung vom ausgetretenen Mitglied nicht mehr beeinflußt werden könne und durch die Weiterwirkung seine negative Koalitionsfreiheit verletzt wäre¹⁸. Dem kann nicht zugestimmt werden. Anders als bei einer späteren Verlängerung eines nur auf bestimmte Zeit befristeten Tarifvertrags, wo mit Recht die Bindung des Ausgetretenen abgelehnt wird¹⁹, ist im vorliegenden Fall der Tarifvertrag von vornherein unbefristet; die Tatsache, daß die Kündigung unterbleibt und daß man als Einzelfirma im Rahmen der verbandsinternen Willensbildung insoweit in der Minderheit bleibt, ist von vornherein im „Normprogramm“ mitenthalten²⁰. Daß dies zu einer relativ langen Bindung führen kann, ist zuzugeben, macht die Regelung aber nicht verfassungswidrig, da das betreffende Unternehmen während der Zeit seiner Mitgliedschaft einen Tarif mitlegitimiert hat, der eben weit über den Tag hinauswirkt. Dementsprechend hat auch das BAG sich mit der allgemeinen Formulierung begnügt, der Tarifvertrag gelte weiter, „solange (er) in seiner bisherigen Fassung weiterbesteht“²¹. An anderer Stelle sprach es von der Weiterwirkung „bis zum Ablauf“²² und bezog sich dabei auf den Kommentar von *Hagemeier/Kempen/Zachert/Zilius*²³, die die auch hier vertretene (traditionelle) Auffassung teilen. Mit Recht hat deshalb *Lieb* die Durchsetzungschancen der neuen Auffassung skeptisch beurteilt, obwohl er ihr mit großer Sympathie begegnet²⁴.

Einer nicht erfolgten Kündigung ist der Fall gleichzustellen, daß die ausgesprochene Kündigung einvernehmlich wieder zurückgenommen wird²⁵. Verließ der Arbeitgeber seinen Verband nach Ausspruch der Kündigung, aber vor deren Rücknahme, so ist er nicht mehr gebunden: Der im Zeitpunkt des Austritts vorhandene Zustand kann nicht nachträglich durch Organisationen korrigiert werden, die dem Ausgetretenen gegenüber keine Legitimation mehr besitzen²⁶. Der Tarifvertrag muß in dem Zustand fortwirken, den er im Zeitpunkt des Austritts hatte.

7) BGH, NJW 1981, 340.

8) Krauss, DB 1995, 1562.

9) DB 1993, 1518.

10) Feger, AiB 1995, 491.

11) Anders wohl Krauss, DB 1995, 1562.

12) *Schaub*, BB 1994, 2006 verweist darauf, daß die Tarifbindung nur bei solchen Arbeitsverhältnissen erhalten blieb, die schon beim Verbandsaustritt bestanden.

13) *Schaub*, BB 1994, 2006.

14) Feger, AiB 1995, 491; *Lieb*, NZA 1994, 337; *Schaub*, BB 1995, 2003; im Ergebnis auch *Konzen*, NZA 1995, 919, der eine Beseitigung wohl als Verfassungsverstoß qualifizieren würde.

15) BAG, NZA 1994, 34 = AP Nr. 15 zu § 3 TVG. Zustimmung Feger, AiB 1995, 492; Krauss, DB 1995, 1562.

16) *Löwisch/Rieble*, TVG, 1992, § 3 Rdnr. 78; *Däubler*, TarifvertragsR, 3. Aufl. (1993), Rdnr. 1509; *Schwab*, BB 1994, 781.

17) *Däubler* (o. Fußn. 16), Rdnr. 1510; *Hagemeier/Kempen/Zachert/Zilius*, TVG, 2. Aufl. (1989), § 3 Rdnr. 25; *Schaub*, ArbeitsR-Hdb., 7. Aufl. (1992), S. 1546 f.; *Wiedemann/Stumpf*, TVG, 5. Aufl. (1977), § 3 Rdnr. 35.

18) *Bauer/Diller*, DB 1993, 1086; *Löwisch/Rieble* (o. Fußn. 16), § 3 Rdnr. 74; *Schwab*, BB 1994, 781.

19) *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des ArbeitsR, 7. Aufl., Bd. II/1, 1967, S. 491.

20) Zustimmung *Hanau/Kania*, DB 1995, 1232. Wie hier auch Feger, AiB 1995, 493.

21) BAG 44, 191 = AP Nr. 3 zu § 3 TVG.

22) BAG, NZA 1994, 34 = AP Nr. 15 zu § 3 TVG.

23) *Hagemeier/Kempen/Zachert/Zilius* (o. Fußn. 17), § 3 Rdnr. 21.

24) *Lieb*, NZA 1994, 337.

25) *Däubler* (o. Fußn. 16), Rdnr. 300, 1510.

26) Ebenso im Ergebnis *Hagemeier/Kempen/Zachert/Zilius* (o. Fußn. 17), § 3 Rdnr. 25; anders *Wiedemann/Stumpf* (o. Fußn. 17), § 3 Rdnr. 35.

Insbesondere bei Mantel- und Rahmentarifverträgen ist der Fall denkbar, daß über viele Jahre hinweg einvernehmlich auf eine Kündigung verzichtet wird. Für den Verband und seine Mitglieder als solche ist dies unproblematisch: Ausgeschlossen ist in Anlehnung an § 624 BGB nur, sich ohne Kündigungs- und damit Revisionsmöglichkeit für einen längeren Zeitraum als für fünf Jahre zu binden²⁷. Aus der Perspektive des ausgetretenen Mitglieds stellt sich die Situation insoweit anders dar, als es keine Möglichkeit mehr besitzt, auf die Willensbildung des Verbandes einzuwirken. Insoweit wird man ihm daher das Recht einräumen müssen, sich spätestens fünf Jahre nach seinem Austritt von dem Tarifvertrag lossagen zu können. Der Gesetzgeber hat diesen Fall nicht bedacht; die für arbeitsvertragliche Vereinbarungen geltende Höchstbindung hierher zu übertragen, ist auch deshalb unproblematisch, weil die Zielsetzung des § 3 III TVG nur in marginaler Weise berührt wird.

Wird der fortgeltende Tarifvertrag nur zu einem Teil gekündigt – was aufgrund besonderer Abmachung zulässig ist²⁸ –, so bleiben die übrigen Teile erhalten, soweit ihnen selbständige Bedeutung zukommt²⁹. Der Schutzzweck des § 3 III TVG verbietet es, in solchen Fällen dem Tarifvertrag insgesamt die Verbindlichkeit zu nehmen: Die Beschäftigten des aus dem Verband ausgetretenen Arbeitgebers würden schlechter stehen als diejenigen, die bei einem verbandsangehörigen Unternehmen tätig sind.

Wird der Tarifvertrag geändert, ohne daß er vorher gekündigt wurde, ist genauso zu entscheiden. Bezieht sich die Änderung auf das gesamte Vertragswerk, endet die Fortgeltung nach § 3 III TVG. Bezieht sich das Änderungsabkommen nur auf bestimmte Passagen und Sachgebiete, sind diese „beendet“, während die unveränderten Teile nach § 3 III TVG weitergelten, soweit sie eigenständige Bedeutung besitzen³⁰. Nach einer neueren BAG-Entscheidung spricht „viele“ dafür, jede Änderung des Tarifvertrags auch hinsichtlich der nicht geänderten Bestimmungen als Beendigung i. S. des § 3 III TVG anzusehen³¹. Dem ist in der Literatur mit Recht widersprochen worden³². Die vom BAG ins Feld geführte Rechtssicherheit trägt ein solches, den § 3 III TVG relativierendes Ergebnis nicht, da es ja nur um die Weitergeltung „eigenständiger Regelungskomplexe“ geht, und im Rahmen der Teilnichtigkeit von Tarifverträgen seit langem ohne jede praktische Schwierigkeit mit der entsprechenden Rechtsfigur operiert wird³³. Praktische Bedeutung hat dies insbesondere in den Fällen, in denen ein Rahmen- oder Manteltarif nur in einzelnen Teilbereichen geändert wird. Enthält ein Lohnarif auch noch andere Regelungen, bleiben diese jedoch trotz der Lohnerhöhung unverändert, so haben die Tarifparteien damit zu erkennen gegeben, daß es sich insoweit um eine relativ selbständige Regelung handelt, die nicht angetastet werden soll³⁴. Schließlich dürfte unstreitig sein, daß bloße Klarstellungen sowie ergänzende Vereinbarungen keine „Änderung“ darstellen und deshalb die Weitergeltung nach § 3 III TVG unberührt lassen³⁵.

c) *Sonderprobleme.* Die Tarifbindung erstreckt sich auf alle im Zeitpunkt des Austritts verbindlichen Tarifverträge. Ohne Bedeutung ist, daß sie teilweise oder ganz erst zu einem späteren Zeitpunkt in Kraft treten sollen. Wird am 31. 1. eine Lohnerhöhung für den 1. 4. unterschrieben, so ist daran auch ein Verbandsmitglied gebunden, dessen Austritt am 1. 2. wirksam wird. Dasselbe gilt dann, wenn eine Anspruchsvoraussetzung (z. B. die Erreichung eines bestimmten Lebensalters, das Voraussetzung zum Beispiel für einen längeren Urlaubsanspruch ist) erst im Fortgeltungszeitraum eintritt³⁶. Keine rechtlich relevanten Gründe sind ersichtlich, warum dies anders sein soll, wenn ein langfristiger Tarifvertrag eine Arbeitszeitverkürzung in mehreren Stufen vorsieht; daß der Ausgetretene bei der Stufe stehenbleiben dür-

fe, die bei seinem Austritt erreicht war³⁷, macht aus nicht näher spezifizierten wirtschaftlichen Gründen eine Ausnahme vom Grundsatz des § 3 III TVG³⁸. Dasselbe gilt im übrigen auch dann, wenn die jeweils folgende Stufe nicht bereits normativ geregelt ist, sondern die Tarifparteien lediglich zu einer entsprechenden Änderung verbindlich verpflichtet sind³⁹.

Erfolgt der Austritt zu einem Zeitpunkt, in dem zugunsten des Verbandes eine „Erklärungsfrist“ in bezug auf den neuen Tarifvertrag lief, ist zu unterscheiden: War das Ergebnis als definitives gedacht, von dem sich die einzelne Tarifpartei zurückziehen konnte, wurde davon aber kein Gebrauch gemacht, ist der Ausgetretene gebunden; insofern verhält es sich wie mit einer unterbleibenden Kündigung. Wurde dagegen nur ein Verhandlungsergebnis fixiert, das während der „Erklärungsfrist“ von den entscheidenden Instanzen genehmigt oder abgelehnt werden mußte, so ist der ausgeschiedene Arbeitgeber nicht mehr gebunden – zwar wirkt die Genehmigung nach § 184 I BGB auf den Zeitpunkt der Unterzeichnung zurück, doch fehlt dem Verband im Augenblick seiner Erklärung bereits die Legitimation, um auch das frühere Mitglied zu verpflichten⁴⁰. Durch einen Verbandsaustritt kann Tarifkonkurrenz eintreten. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ein fachlich an sich einschlägiger Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt, dabei aber der Vorbehalt gemacht wurde, Mitglieder anderer Arbeitgeberverbände seien nicht erfaßt⁴¹. Die durch § 3 III TVG vermittelte Tarifbindung soll in dieser Situation keinen besonderen Schutz genießen; welcher der konkurrierenden Tarifverträge anwendbar ist, bestimmt sich laut BAG nach den allgemeinen Grundsätzen, in der Praxis nach der Regel vom Vorrang des speziellen vor dem allgemeineren Tarif⁴².

3. Nachwirkung des Tarifvertrags

Ist der nach § 3 III TVG fortgeltende Tarifvertrag „beendet“, schließt sich nach zutreffender Auffassung des BAG eine Phase der Nachwirkung an⁴³. § 4 V TVG auch hier eingreifen zu lassen, rechtfertigt sich mit seiner allgemeinen Formulierung sowie mit der vom BAG angestellten Erwägung, der Gesetzgeber habe mit Hilfe der Nachwirkung verhin-

27) *Hanau/Kania*, DB 1995, 1230; *Löwisch/Rieble* (o. Fußn. 16), § 1 Rdnr. 128. Für eine Begrenzung der Fortwirkung nach § 3 III TVG auf ein Jahr de lege ferenda *Konzen*, NZA 1995, 920.

28) *BAGE* 50, 277 = AP Nr. 1 zu § 74 BAT; *BAGE* 50, 258 = NZA 1986, 337 = AP Nr. 2 zu § 74 BAT; *BAG*, DB 1991, 871.

29) *Bieback*, DB 1989, 478.

30) *Bieback*, DB 1989, 479; *Däubler* (o. Fußn. 16), Rdnr. 1513; *Hagemeier/Kempfen/Zachert/Zilius* (o. Fußn. 17), § 3 Rdnr. 26; *Schaub*, BB 1995, 2003; anders *Wiedemann/Stumpf* (o. Fußn. 17), § 3 Rdnr. 36.

31) *BAG*, DB 1992, 1297. Ähnlich *Hanau/Kania*, DB 1995, 1231.

32) *Schwab*, BB 1994, 781; wohl auch *Schaub*, BB 1994, 2006.

33) S. etwa *BAGE* 40, 327 = AP Nr. 8 zu § 1 TVG Form; *BAGE* 51, 178 = NZA 1986, 790 = AP Nr. 12 zu § 4 TVG Ordnungsprinzip; *LAG Köln*, ZTR 1992, 31.

34) Dies übersieht *Feger*, AiB 1995, 494.

35) *Däubler* (o. Fußn. 16), Rdnr. 1513; *Hagemeier/Kempfen/Zachert/Zilius* (o. Fußn. 17), § 3 Rdnr. 27; *Krauss*, DB 1995, 1562; *Wiedemann/Stumpf* (o. Fußn. 17), § 3 Rdnr. 36.

36) Ebenso für den Fall der bloßen Nachwirkung nach § 4 V TVG *BAG*, DB 1991, 871.

37) So *Bauer/Diller*, DB 1993, 1088.

38) Dagegen auch *Hanau/Kania*, DB 1995, 1231 und *Schwab*, BB 1994, 782; skeptisch *Lieb*, NZA 1994, 338.

39) *Hanau/Kania*, DB 1995, 1233. Inwieweit bei „mittelbaren Stufentarifen“, die auf künftige Tarifverträge als Bezugsgröße verweisen, anderes gelten muß, soll hier nicht untersucht werden.

40) Ebenso im Ergebnis *ArbG Gelsenkirchen*, Urt. v. 29. 1. 1992 – 1501–1504/91 unveröff.

41) Nach dem Austritt ist diese einschränkende Bedingung nicht mehr erfüllt. Zu einer solchen Konstellation s. *BAGE* 44, 191 = AP Nr. 3 zu § 3 TVG.

42) So *BAGE* 44, 191 = AP Nr. 3 zu § 3 TVG.

43) *BAG*, DB 1991, 2088; *BAG*, AP Nr. 13 zu § 3 TVG = DB 1992, 1297.

dern wollen, daß inhaltsleere Arbeitsverträge entstehen⁴⁴. Durch den Übergang in den Zustand bloßer Nachwirkung verbessert sich die Rechtsposition des Arbeitgebers. Die Tarifnormen haben nur noch unmittelbare, jedoch keine zwingende Wirkung mehr, so daß auch in Arbeitsverträgen von ihnen abgewichen werden kann. Eine solche Abweichung kann nach herrschender Auffassung auch durch Änderungskündigung erzwungen werden⁴⁵. Weiter besteht die Möglichkeit, mit Neueingestellten sogar dann untertarifliche Bedingungen zu vereinbaren, wenn sie der tarifschießenden Gewerkschaft angehören⁴⁶. Wird über den Tarifvertrag bei den Einstellungsverhandlungen gar nicht gesprochen, soll er nach der Rechtsprechung des BAG in diesen Fällen auch nicht als dispositive Norm eingreifen⁴⁷. Dies hat zwar in der Literatur erhebliche Kritik erfahren⁴⁸, doch gibt es keine Anhaltspunkte dafür, daß das BAG seine Position ändert und so auch eine abweichende Praxis möglich wäre.

Trotz dieser Abschwächungen der Tarifwirkung wird neuerdings die These vertreten, die sich an den Fortgeltungszeitraum des § 3 III TVG anschließende Nachwirkung sei mit Art. 9 III GG nicht vereinbar, da auch dispositive Tarifnormen der demokratischen Legitimation durch die Tarifunterworfenen bedürften, die hier nicht vorliege⁴⁹. Zudem habe die Nachwirkung „Überbrückungsfunktion“, die dann überschritten sei, wenn auch nach längerer Zeit kein Tarifvertrag mehr zustandekomme. Dem ist einmal entgegenzuhalten, daß der Wortlaut des § 4 V TVG keine Anhaltspunkte für eine entsprechende Restriktion bietet. Die im Zeitpunkt des Tarifabschlusses bestehende demokratische Legitimation genügt angesichts der Tatsache, daß die Tarifnormen nur noch dispositiven Charakter besitzen. Wollte man anders entscheiden, müßte man § 4 V TVG insgesamt für verfassungswidrig erklären, da ja auch Verbandsmitglieder mit Rücksicht auf die Kündigung des Tarifvertrags ihren Willen bekundet haben, grundsätzlich nichts mehr mit dem Vertragswerk zu tun haben zu wollen. Im übrigen wird auch übersehen, daß der ersatzlose Wegfall des Tarifvertrags den Arbeitgeber in vieler Hinsicht schlechter stellen könnte.

So würde sich die Lohnhöhe nach § 612 II BGB bestimmen, was im Regelfall auf die Anwendung nicht des bei Austritt geltenden, sondern des in der Gegenwart existierenden Tarifvertrags hinauslaufen würde⁵⁰. Der Arbeitgeber müßte sich daher unter Umständen mit einem Lohnniveau abfinden, dem er durch den Verbandsaustritt gerade entkommen wollte. Bei anderen Tarifklauseln, wie etwa über Arbeitszeit und Urlaub, fehlt zwar eine dem § 612 II BGB entsprechende Vorschrift, doch ist durchaus damit zu rechnen, daß die Arbeitsgerichte die wegfallenden Tarifverträge unter Rückgriff auf die Generalklauseln der §§ 242, 315 I BGB ersetzen und dabei das „Tarifübliche“ zugrundelegen würden. Die vom BAG angenommene Nachwirkung hat also für die Arbeitgeberseite durchaus ihre positiven Wirkungen, da eine Abkoppelung von der weiteren Entwicklung der tariflichen Löhne und Arbeitsbedingungen erfolgt⁵¹.

4. Die verbleibende arbeitsvertragliche Position der Arbeitnehmer

Der mit dem Verbandsaustritt gewollte Erfolg, die bisherigen Tarifverträge inhaltlich „einzufrieren“ und in ihrer Wirkung zu reduzieren, wird dann nicht erreicht, wenn in den Arbeitsverträgen auf die „jeweils in der Branche“ geltenden Tarifverträge Bezug genommen wird. In diesem Fall müßte der Arbeitgeber zusätzlich noch Änderungskündigungen aussprechen, um sich endgültig aus dem Einzugsbereich des Verbandstarifs zu entfernen. Wird im Arbeitsvertrag überhaupt auf Tarifverträge verwiesen, liegt im Zweifel eine sog. dynamische Verweisung vor; es sollen also die jeweils geltenden Tarifverträge den Inhalt des Arbeitsverhältnisses bestimmen⁵². Anders verhält es sich dann, wenn ausdrück-

lich auf einen ganz bestimmten, durch sein Datum individualisierten Tarifvertrag verwiesen wird⁵³ oder wenn das Gehalt im einzelnen betragsmäßig festgelegt ist⁵⁴. Hinter der dynamischen Verweisung steht die Erwägung des Arbeitgebers, die Personalverwaltung zu vereinfachen, keine irrationalen, von den Betroffenen nicht akzeptierten Unterschiede in den Löhnen und Arbeitsbedingungen zuzulassen und schließlich nicht durch untertarifliche Arbeitsbedingungen einen Anreiz zum Gewerkschaftsbeitritt zu schaffen⁵⁵. Dabei handelt es sich auch den Organisierten gegenüber nicht etwa um eine deklaratorische Bestimmung, die nur wiederholt, was sowieso gilt⁵⁶. Der Arbeitgeber weiß in aller Regel gar nicht, ob der neu eingestellte Arbeitnehmer der Gewerkschaft angehört⁵⁷, er will sich daher durch die Klausel allen gegenüber in bestimmter Weise verpflichten und so für klare Verhältnisse sorgen.

Auch nicht verbandsangehörige Arbeitgeber greifen häufig auf eine solche Klausel zurück. Da der einzelne Arbeitnehmer oft gar nicht weiß, ob sein Arbeitgeber „organisiert“ ist, läßt sich die Verweisung auch nicht in dem Sinne auffassen, sie wolle lediglich die fehlende Gewerkschaftszugehörigkeit „ersetzen“. Da der Arbeitgeber typischerweise die Bestimmung vorformulierte, muß er sich überdies in entsprechender Anwendung des Grundgedankens des § 5 AGB-Gesetz im Streitfall an der Auslegung festhalten lassen, die zu seinen Lasten geht⁵⁸. Dies bedeutet, daß in vielen Fällen auch neue Lohnabschlüsse und Arbeitszeitverkürzungen an die Beschäftigten „weitergegeben“ werden müssen, sofern keine Änderungskündigung erfolgt.

Fehlt es an einer dynamischen Verweisung, kann eine solche allerdings auch nicht mit Hilfe der Rechtsfigur einer Betriebsübung gewissermaßen nachgeschoben werden. Die Tatsache, daß der Arbeitgeber als Verbandsmitglied in der Vergangenheit neue Tarifverträge immer anwandte, läßt keinen Vertrauensstatbestand in der Richtung entstehen, daß auch nach einem etwaigen Austritt aus dem Verband etwas Derartiges erfolgen würde⁵⁹. Die Fortsetzung einer bisherigen Praxis kann immer nur für den Fall erwartet werden,

44) So BAG, NZA 1992, 700 = AP Nr. 13 zu § 3 TVG. Ebenso Krauss, DB 1995, 1562; Schaub, BB 1994, 2006.

45) BAG, AP Nr. 16 zu § 4 TVG; BAG, DB 1991, 2089; Schwab, BB 1994, 782; Wiedemann/Stumpf (o. FuBn. 17), § 4 Rdnr. 196; a. A. Hagemeier/Kempfen/Zachert/Zilius (o. FuBn. 17), § 4 Rdnr. 51. Zu den Voraussetzungen einer Änderungskündigung im einzelnen s. unten 4.

46) Dies folgt aus der fehlenden zwingenden Wirkung der Tarifnormen. 47) BAGE 6, 90 = NJW 1958, 1843 = AP Nr. 1 zu § 4 TVG Nachwirkung; BAGE 27, 22 = AP Nr. 8 zu § 4 TVG Nachwirkung; BAG, AP Nr. 16 zu § 4 TVG Nachwirkung.

48) Däubler (o. FuBn. 16), Rdnr. 1464; Hagemeier/Kempfen/Zachert/Zilius (o. FuBn. 17), § 4 Rdnr. 52; Löwisch/Rieble (o. FuBn. 16), § 4 Rdnr. 226; Rotter, Nachwirkung der Normen eines Tarifvertrags, 1992, S. 46 ff.; Wiedemann, Anm. zu BAGE 27, 22, AP Nr. 8 zu § 4 TVG Nachwirkung.

49) Löwisch/Rieble (o. FuBn. 16), § 4 Rdnr. 242; Schwab, BB 1994, 782.

50) Vgl. Feger, AiB 1995, 495; Krauss, DB 1995, 1562; Lieb, NZA 1994, 338; Schaub, BB 1994, 2006.

51) Insoweit zutreffend Bauer/Diller, DB 1993, 1087. S. auch Schaub, BB 1995, 2003.

52) BAG, DB 1991, 1779; Däubler (o. FuBn. 16), Rdnr. 333; Gaul, ZTR 1991, 193; Löwisch, in: Münchener Hdb. zu ArbeitsR., § 262 Rdnr. 11; Schwab, BB 1994, 783.

53) BAG, DB 1991, 1779.

54) Bauer/Diller, DB 1993, 1087; Schwab, BB 1994, 783.

55) Vgl. Etzel, NZA 1987, Beil. 1, S. 27.

56) So aber Schwab, BB 1994, 783.

57) Zum grundsätzlichen Verbot, nach der Gewerkschaftszugehörigkeit zu fragen, s. Däubler, ArbeitsR. 2, 10. Aufl. (1995), S. 84.

58) Zur entsprechenden Anwendung des § 5 AGBG s. Däubler (o. FuBn. 57), S. 121 und Zöllner, RdA 1989, 157, jew. m. w. Nachw.

59) Ebenso Feger, AiB 1995, 497. Bauer/Diller, DB 1993, 1087 und Schwab, BB 1994, 784 stellen demgegenüber auf den fehlenden Rechtsbindungswillen ab; dieser ist jedoch nicht Voraussetzung einer Betriebsübung, die ja gerade dann eingreift, wenn ein Verpflichtungswille des Arbeitgebers zweifelhaft ist – liegt er vor, bewegt man sich im Bereich normaler vertraglicher Einigung.

daß sich keine wesentlichen Voraussetzungen geändert haben⁶⁰.

5. Gestaltungsmittel des Arbeitgebers

a) *Betriebsvereinbarung*. Der Arbeitgeber wird vermutlich primär daran denken, sich den nachwirkenden Tarifnormen im Wege der Betriebsvereinbarung zu entziehen. Auch insoweit sind ihm jedoch enge Grenzen gezogen. Der Verbandsaustritt führt zwar dazu, daß die Tarifverträge im Betrieb ihre zwingende Wirkung verlieren, doch ändert er nichts an der Tatsache, daß entsprechende Fragen „üblicherweise“ durch Tarifvertrag geregelt werden⁶¹. Dies bedeutet, daß Betriebsvereinbarungen grundsätzlich an § 77 III BetrVG scheitern⁶². Eine Ausnahme gilt nur für solche Gegenstände, bei denen der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht besitzt⁶³. Lohnhöhe, Wochenarbeitszeit und Urlaubsdauer scheiden daher von vornherein aus, während die Lage der Arbeitszeit – etwa die Einbeziehung des Samstags – durchaus mit dem Betriebsrat verhandelt werden kann.

b) *Änderungskündigung*. Zweites denkbare Mittel ist eine Änderungskündigung. Sie kann nicht nur zu dem Zweck erfolgen, eine „lästige“ Verweisungsklausel abzubauen. Möglich ist auch, daß der Arbeitgeber zu diesem Mittel greifen will, um das Niveau des nur noch nachwirkenden Tarifvertrags zu unterschreiten. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG kann von dieser Möglichkeit jedoch lediglich in Extremfällen Gebrauch gemacht werden. Eine betriebsbedingte Änderungskündigung, durch die die Vergütung der Beschäftigten herabgesetzt werden soll, ist nur dann zulässig, wenn andernfalls Arbeitsplätze geopfert werden müßten oder gar die Stilllegung des Betriebs droht⁶⁴. Das schlichte Bedürfnis, Lohnkosten zu sparen, um auf dem Markt billigere Angebote machen zu können, reicht ersichtlich nicht aus. Da sich die Rechtsprechung auf den Abbau übertariflicher Leistungen bezieht, kann überdies nicht damit gerechnet werden, daß sie bei Änderungskündigungen zur Unterschreitung des in der Branche üblichen Tarifniveaus großzügigere Maßstäbe anlegen wird. Im Gegenteil ist anzunehmen, daß auch in Fällen eines drohenden Arbeitsplatzabbaus verstärkt ein „Spar- und Sanierungsplan“ verlangt wird, aus dem sich die Unvermeidbarkeit des Lohnabbaus ergibt, und der überdies klarlegt, daß auch andere am Unternehmen Beteiligte Opfer zu erbringen haben⁶⁵.

c) *Änderungsverträge*. Bei schlechter Wirtschaftslage des Unternehmens kann es für den Arbeitgeber aussichtsreich sein, eine einvernehmliche Änderung der Arbeitsverträge zu erreichen. In der Literatur ist darauf verwiesen worden, daß als Mittel hierfür auch die Gesamtzusage in Betracht kommt⁶⁶: Der Arbeitgeber macht die neuen (schlechteren) Arbeitsbedingungen im Betrieb bekannt und rechnet damit, daß die Beschäftigten dies ohne Widerspruch hinnehmen. Allerdings ist das Risiko beträchtlich, daß diese Rechnung nicht aufgeht und insbesondere solche Arbeitnehmer Widerspruch anmelden, die wie Betriebsratsmitglieder oder gesuchte Spezialisten aus rechtlichen oder faktischen Gründen „unkündbar“ sind. In diesen Fällen bleibt als Ausweg nur der Firmentarif, da es schwerlich praktikabel wäre, auf Dauer zwischen den widersprechenden und den übrigen Belegschaftsmitgliedern zu differenzieren.

d) *Abschluß eines Firmentarifs*. Der aus dem Verband ausgestretene Arbeitgeber kann mit der Gewerkschaft einen Firmentarif abschließen. Diese kann auch während des Fortgeltungszeitraums nach § 3 III TVG eine entsprechende Forderung stellen und mit einer Streikdrohung untermauern. Die Gewerkschaft ist durch die Friedenspflicht nur ihrem Tarifpartner gegenüber gebunden, nicht aber gegenüber dem einzelnen ausgestretenen Unternehmen⁶⁷. Wenig plau-

sibel wäre eine Vorstellung, wonach die Tarifparteien einen Vertrag zugunsten potentiell austretender Firmen schließen, so daß sich diese entsprechend § 328 BGB auf die Friedenspflicht berufen könnten: Die Tarifparteien haben kein erkennbares Interesse, auch solche Fälle miteinzubeziehen. Kommt es zum Arbeitskampf, kann das ausgestretene Unternehmen schwerlich mit der Unterstützung des Verbandes rechnen; dieser wird weder seinen Arbeitskampffonds aktivieren noch gar Maßnahmen gegen die Gewerkschaft ergreifen⁶⁸. Der abgeschlossene Firmentarif geht als der speziellere dem nach § 3 III TVG weitergeltenden Verbandstarif vor⁶⁹.

6. Zwischenergebnis

Der Austritt aus dem Verband hat für den einzelnen Arbeitgeber in aller Regel kaum tarifrechtliche Vorteile. Die bisherigen Tarifverträge verlieren zwar nach einiger Zeit ihre zwingende Wirkung, doch ist ihre Beseitigung im Wege der Änderungskündigung nur in Extremfällen möglich. Die Unterschreitung des Tarifniveaus mit Neueinstellungen stößt zwar nach der Rechtsprechung auf keine Bedenken, doch sind Neueinstellungen unter den gegebenen Umständen sowieso selten; auch würde eine unterschiedliche Entlohnung bei gleicher Arbeit zu vermeidbaren Fraktionen im Betriebsablauf führen. Realistischerweise führt der Austritt daher nur zum „Einfrieren“ der Arbeitsbedingungen, wozu allerdings auch fest vereinbarte Steigerungen in der Zukunft gehören. Nicht einmal die Festlegung auf diesen Status quo wird erreicht, wenn die Arbeitsverträge auf die Tarifverträge in ihrer jeweils geltenden Fassung verweisen. Eine Änderungskündigung ist auch hier nur unter sehr engen Voraussetzungen möglich. Inwieweit diese Rechtslage auch in der Praxis immer Beachtung findet, ist schwer zu beurteilen. Die Tatsache, daß typischerweise erst nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses geklagt wird⁷⁰, könnte die Vermutung nahelegen, daß jedenfalls in kleineren Betrieben am Gesetz vorbei das Tarifniveau unterschritten wird. Als Indiz in diese Richtung mag die Tatsache gelten, daß auf einer hochrangig besetzten Tagung Vertreter kleiner und mittlerer Unternehmen mit Überraschung rea-

60) Vgl. BAGE 44, 191 = AP Nr. 3 zu § 3 TVG: Tarifkonformität begründet keinen Vertrauensschutz.

61) Zum Begriff der Tarifüblichkeit s. Berg, in: Däubler/Kittner/Klebe/Schneider, BetrVG, 4. Aufl. (1994), § 77 Rdnrn. 71 ff. m. w. Nachw.

62) Ebenso in vorliegendem Zusammenhang Feger, AiB 1995, 496; Krauss, DB 1995, 1563 f.; Schaub, BB 1995, 2006.

63) So für den Fall des § 87 I BetrVG; BAGE 54, 191 = NZA 1987, 639 = AP Nr. 21 zu § 77 BetrVG 1972, st. Rspr. Dasselbe muß auch für andere Mitbestimmungsrechte gelten, so: Däubler, ArbeitsR 1, 14. Aufl., (1995), Rdnr. 931.

64) BAGE 38, 106 = NJW 1982, 2839 = AP Nr. 2 zu § 2 KSchG 1969; BAG, NZA 1986, 824 = AP Nr. 14 zu § 2 KSchG 1969; zustimmend Hueck/v. Hoyningen-Huene, KSchG, 11. Aufl. (1992), § 2 KSchG Rdnr. 17; Kittner/Trittin, KündigungsschutzR., 2. Aufl. (1995), § 2 KSchG Rdnrn. 165 ff.; Rost, in: KR., 3. Aufl. (1989), § 2 KSchG Rdnr. 107 a; Hanau, in: Münchener Hdb. z. ArbeitsR. § 61 Rdnr. 113; kritisch dagegen Bauer/Diller, DB 1993, 1087.

65) Zu Ansätzen in diese Richtung s. die Nachweise bei Rost, in: KR., § 2 KSchG Rdnr. 107 a. Sehr viel weitergehend das japanische Recht, das u. a. auch Gehaltsreduzierungen von Managern verlangt, bevor eine Kündigung von Dauerbeschäftigten erlaubt ist. Einzelheiten bei Schregle, International Labour Review 132 (1993), 507 ff.

66) Krauss, DB 1995, 1565.

67) LAG Hamm, DB 1991, 1126; Bieback, DB 1989, 482; Däubler (o. Fußn. 16), Rdnr. 1509; Hagemeyer/Kempfen/Zachert/Zilius (o. Fußn. 17), § 3 Rdnr. 28; Konzen, ZfA 1975, 424; a. A. Bauer/Diller, DB 1993, 1085; Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des ArbeitsR., Bd. II 2, S. 1011 m. Fußn. 37; Wiedemann/Stumpf (o. Fußn. 17), Rdnr. 33 (unter unzutreffender Berufung auf Konzen).

68) Vgl. Lieb, NZA 1994, 340.

69) Feger, AiB 1995, 498.

70) Dazu Däubler, AuR 1995, 307; Gamillscheg, in: Festschr. f. Henckel, 1995, S. 216 jew. m. w. Nachw.

gierten, als die Vorschrift des § 3 III TVG vorgestellt wurde⁷¹.

III. Verbandswechsel

1. Voraussetzungen

Angesichts der Schwierigkeiten, die tariflichen Arbeitsbedingungen effektiv abzustreifen, und angesichts des Risikos, in Auseinandersetzungen um einen Firmentarif verstrickt zu werden, kann es für einzelne Firmen attraktiv erscheinen, sich einem anderen Arbeitgeberverband anzuschließen, der (aus ihrer Sicht) günstigere Tarifverträge abgeschlossen hat. Unter den gegebenen Umständen kommt dies allerdings nur in Betracht, wenn der neue Verband eine Tarifzuständigkeit auch für das fragliche Unternehmen beansprucht. Dies ist beispielsweise bei konkurrierenden Verbänden in derselben Branche, häufig aber auch in Bezug auf Mischbetriebe der Fall⁷².

2. Rechtsfolgen

a) *Anwendung des § 3 III TVG.* Nach allgemeiner Auffassung gelten die bisherigen Tarifverträge auch in einem solchen Fall nach § 3 III TVG weiter⁷³. Dies leuchtet dann unmittelbar ein, wenn der neue Verband – weil er etwa erst vor kurzem gegründet wurde – noch gar keine Tarifverträge abgeschlossen hat oder weil solche nur im Verhältnis zu einer anderen Gewerkschaft bestehen, die im Betrieb über keine Mitglieder verfügt: Hier ist genausowenig wie beim reinen Austritt ein „Ersatz“ für den tariflichen Schutz in Sicht.

b) *Rechtslage bei Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität.* Hat der neue Verband Tarifverträge mit einer anderen Gewerkschaft, besitzt diese jedoch Mitglieder im Betrieb, tritt ein Fall der sog. Tarifpluralität ein: Im Verhältnis zu den Mitgliedern der anderen Gewerkschaft besteht Tarifbindung nach § 3 I TVG, im Verhältnis zu den Mitgliedern des bisherigen gewerkschaftlichen Tarifpartners tritt die Fortgeltung nach § 3 III TVG ein. Dabei sollte man es belassen; die abweichende Auffassung des BAG, die bei Tarifpluralität die Regeln über die Tarifkonkurrenz anwenden will⁷⁴, ist auf so nachhaltige Kritik gestoßen⁷⁵, daß sie wohl in absehbarer Zeit aufgegeben wird. Die Situation ist eine andere, wenn der neue Verband mit derselben Gewerkschaft Tarifverträge abgeschlossen hat oder wenn die Tarifverträge mit der anderen Arbeitnehmerorganisation betriebliche oder betriebsverfassungsrechtliche Normen enthalten, die nach § 3 II TVG ohne Rücksicht auf die Organisationszugehörigkeit der einzelnen Arbeitnehmer im ganzen Betrieb gelten. In beiden Fällen tritt eine Tarifkonkurrenz der Art ein, daß potentiell zwei verschiedene Tarifverträge auf dieselben Arbeitsverhältnisse Anwendung finden. Problematisch ist, ob die hier bestehende Kollision nach den allgemeinen Grundsätzen, insbesondere durch Vorrang des spezielleren Tarifs zu lösen ist⁷⁶, oder ob § 3 III TVG eine Entscheidung in dem Sinne enthält, daß auch in solchen Fällen ausschließlich die vom alten Verband geschlossenen Tarifverträge weiterlaufen. Das BAG hat die allgemeinen Grundsätze angewandt, ohne sich argumentativ mit irgendwelchen Bedenken auseinanderzusetzen⁷⁷. Dies kann nicht befriedigen. Will § 3 III TVG „Unterlaufungsstrategien“ verhindern und den tariflich begründeten Schutz sicherstellen, so muß er gerade auch dann eingreifen, wenn der Arbeitgeber den Verband wechselt, um in den Genuß für ihn „angenehmerer“ Tarifverträge zu kommen. Die Flucht in einen „billigeren“ Arbeitgeberverband ist überdies vermutlich die sehr viel größere Gefahr als der schlichte Verbandsaustritt, wäre hier doch eine „Bereinigung mit einem Schlag“ denkbar. Anders ausgedrückt: Nimmt man § 3 III TVG ernst, so

muß der Bestandsschutz nicht nur im relativ harmlosen Fall des reinen Verbandsaustritts, sondern auch beim Übertritt sichergestellt sein⁷⁸. Die Lösung des Konkurrenzproblems ergibt sich somit beim Verbandswechsel unmittelbar aus dem Gesetz⁷⁹.

IV. Schaffung einer OT-Mitgliedschaft

Um eine Abwanderung von Mitgliedern zu verhindern, ist eine Reihe von Arbeitgeberverbänden bereit, eine OT (= ohne Tarif)-Mitgliedschaft einzuräumen: Die abgeschlossenen Tarifverträge sollen nur noch die „tarifwilligen“, nicht mehr die „tarifunwilligen“ Mitglieder binden⁸⁰. In der Literatur wird eine solche Gestaltung überwiegend abgelehnt⁸¹, während sie das LAG Rheinland-Pfalz⁸² unbeanstandet gelassen hat.

1. Verstoß gegen vereinsrechtliche Grundsätze?

Die Herausnahme einzelner Unternehmen aus der Tarifbindung könnte gegen den verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen⁸³. Dieser verbietet jedoch herkömmlicherweise nur „willkürliche“ Differenzierungen, die hier in aller Regel nicht vorliegen werden: Die Entscheidung des einzelnen Unternehmens, sich nicht auch in tariflichen Angelegenheiten vertreten zu lassen, erscheint als ausreichende sachliche Berechtigung. Das traditionelle Vereinsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs stellt die internen Strukturen in weitestem Umfang zur Disposition der Mitglieder, die deshalb auch bezüglich des Status differenzieren können⁸⁴. Dabei dürfen allerdings keine ersichtlich irrationalen Differenzierungen vorgenommen werden; so wäre es unzulässig, die „tariffreien“ Mitglieder in gleicher Weise an der Aufbringung und der Verwaltung des Streikfonds zu beteiligen⁸⁵. Soweit man dies vermeidet, sind aus dem Vereinsrecht als solchem keine Bedenken ersichtlich.

2. Die Tarifbindung der Mitglieder als zwingender Grundsatz

Ganz anders stellt sich die Situation unter tarifrechtlichen Aspekten dar. Nach § 3 I TVG sind die „Mitglieder der Tarifvertragsparteien“ tarifgebunden. Am Beispiel der sog. Gastmitgliedschaft hatte das BAG Gelegenheit, zu der Frage Stellung zu nehmen, wer „Mitglied“ i. S. des § 3 I TVG ist⁸⁶. Dabei stellte es darauf ab, daß „Mitglied“ im tarifrechtlichen Sinne nur ist, wer Stimmrecht in der Mitgliederversammlung so-

71) S. den Bericht von Böhm, NZA 1994, 498.

72) Zu weiteren Konstellationen s. Feger, AiB 1995, 499.

73) BAGE 44, 191 = AP Nr. 3 zu § 3 TVG; Bieback, DB 1989, 477 f.; Gerhards, BB 1995, 1290.

74) BAG, NZA 1991, 736 = AP Nr. 20 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz.

75) Insb. Kraft, RdA 1992, 166; Reuter, JuS 1992, 108; Zöllner/Loritz, ArbeitsR, 4. Aufl. (1992), § 37 IV 2; Däubler (o. Fußn. 16), RdNr. 1502 ff. Für eine differenzierende Lösung Schaub, BB 1995, 2005. Wie das BAG allein Sacker/Oetker, ZfA 1994, 1 ff.

76) Zu den Grundsätzen über die Tarifkonkurrenz s. Däubler (o. Fußn. 16), RdNr. 1482 ff. m. w. Nachw.

77) BAGE 44, 191 = AP Nr. 3 zu § 3 TVG.

78) Für Vorrang des § 3 III TVG gegenüber den allgemeinen Regeln über die Tarifkonkurrenz Bieback, DB 1989, 481; Konzen, ZfA 1975, 431; Hagemeyer/Kempen/Zachert/Zilius (o. Fußn. 17), § 3 RdNr. 29; Wiedemann/Stumpf (o. Fußn. 17), § 3 RdNr. 38; ebenso Gerhards, BB 1995, 1290; a. A. Feger, AiB 1995, 499 (aber mit Mißbrauchsvorbehalt).

79) Zur derzeit wenig realistischen Frage, was geschieht, wenn die Tarifverträge des neuen Verbandes für die Arbeitnehmer günstiger sind, s. Däubler (o. Fußn. 16), RdNr. 1518 m. w. Nachw.

80) Dazu zuletzt Buchner, NZA 1995, 761 ff.

81) Däubler, ZTR 1994, 453; Röckl, DB 1993, 2384; Schaub, BB 1994, 2007; anders Buchner, NZA 1994, 4 ff. und ders., NZA 1995, 761 ff.

82) LAG Rheinland-Pfalz, NZA 1995, 800 ff.

83) Dazu insb. Röckl, DB 1993, 2383.

84) Vgl. Kübler, GesellschaftsR, 3. Aufl. (1990), § 2 II, § 10 III, IV.

85) So Röckl, DB 1993, 2384.

86) BAGE 12, 285 = NJW 1962, 1314 = AP Nr. 12 zu § 3 TVG Verbandszugehörigkeit; BAGE 51, 163 = AP Nr. 8 zu § 11 ArbGG 1979 Prozeßvertreter.

wie das aktive und passive Wahlrecht zu den Vereinsorganen besitzt⁸⁷. Wer diese Voraussetzung nicht erfüllt und als bloßes „Gastmitglied“ gegen Zahlung eines bestimmten Beitrags Leistungen des Verbandes in Anspruch nehmen kann⁸⁸, ist deshalb nicht tarifgebunden. Umgekehrt folgt daraus, daß „Vollmitglieder“ automatisch auch von Tarifverträgen erfaßt werden, sofern der Verband insgesamt tariffähig ist. Wollte man auch insoweit eine Differenzierung zulassen, müßte man eine partielle (auf bestimmte Mitglieder beschränkte) Tariffähigkeit in Kauf nehmen; eine solche Aufspaltung kommt jedoch genauso wenig wie bei der allgemeinen Rechtsfähigkeit in Betracht⁸⁹. Die Tarifbindung ist daher ein automatischer Ausfluß der Mitgliedschaft⁹⁰. Insoweit ist die Gestaltungsbefugnis der Koalitionsmitglieder im Interesse der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie beschränkt⁹¹. Entgegen *Buchner*⁹² enthält § 3 I TVG kein zusätzliches Erfordernis der Art, daß sich das Mitglied auch der tariflichen Normsetzungsbefugnis unterworfen haben müsse.

Wollte man die Beteiligung am Tarifsysteem in das Belieben der Verbandsmitglieder stellen, würde man eine neue Art von Vereinigung schaffen, die jedenfalls keine Koalition im herkömmlichen Sinne mehr wäre: Für diese wird nämlich vorausgesetzt, daß sie das geltende Tarifrecht als für sich verbindlich anerkennt⁹³ und damit auch grundsätzlich zum Abschluß von Tarifverträgen bereit ist. Wäre diese Voraussetzung nur noch in bezug auf 5 oder 10% aller Mitglieder (im Extremfall: nur noch für ein Mitgliedsunternehmen) erfüllt, würde das genannte Koalitionserfordernis jede Plausibilität verlieren. Anders ausgedrückt: Man kann nicht auf der einen Seite die Koalitionseigenschaft zwingend davon abhängig machen, daß das bestehende Tarifvertragsrecht anerkannt wird, und andererseits zugestehen, daß sich die Mehrheit der Mitglieder dem Einwirkungsbereich von Tarifverträgen von vornherein entzieht. Dies hat nichts damit zu tun, ob man die Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmer- wie der Arbeitgeberseite sich spiegelbildlich entsprechen läßt oder ob man der Koalitionsfreiheit der Arbeitgeber quasi-dienende Funktion beimißt: Meinungsverschiedenheiten darüber sind im vorliegenden Zusammenhang ohne Belang⁹⁴.

3. OT-Mitgliedschaften und Paritätsprinzip

*Schaub*⁹⁵ hat darauf verwiesen, daß die Zulassung von OT-Mitgliedschaften die Verhandlungsparität zwischen Arbeitgeberverband und Gewerkschaft stört. Dies ergibt sich daraus, daß die Arbeitgeberseite gewissermaßen mit begrenztem Einsatz spielen kann: Sie kann ihr von allen Mitgliedsfirmen getragenes organisatorisches und finanzielles Potential in vollem Umfang einsetzen, riskiert jedoch nur, daß die „tarifoffenen“ Mitglieder tarifliche Bindungen eingehen müssen. Dies ist besonders gravierend, wenn man bedenkt, daß vermutlich gerade solche Mitgliedsfirmen die OT-Mitgliedschaft wählen werden, bei denen nur ein relativ bescheidener gewerkschaftlicher Organisationsgrad besteht, so daß ihnen kein durch Streik erzwungener Firmentarif droht. Umgekehrt werden die Unternehmen, bei denen die Gewerkschaft einen hohen Organisationsgrad besitzt, die normale Mitgliedschaft beibehalten, da ihnen andernfalls ein möglicherweise unangenehmer Firmentarif ins Haus stehen würde. Auf der einen Seite wird so die Bündelung der Kräfte ermöglicht, auf der anderen Seite riskieren nur solche Unternehmen die „Lasten“ eines Tarifvertrags, die ihn sowieso nicht vermeiden könnten.

4. Rechtfertigung mit dem Grundsatz der freien Wahl der Tarifzuständigkeit?

In der Literatur ist der Standpunkt vertreten worden, die OT-Mitgliedschaft lasse sich mit dem Gedanken rechtfertigen, der Verband könne seine Tarifzuständigkeit auf

eine bestimmte Mitgliedergruppe beschränken⁹⁶. Dies ist schon deshalb nicht überzeugend, weil die autonome Bestimmung der Tarifzuständigkeit nicht als Mittel verwendet werden darf, um die Grundentscheidung des § 3 I TVG oder das Paritätsprinzips aus den Angeln zu heben. Doch ganz abgesehen davon: Die Rechtsprechung hatte bisher durchweg mit Fällen zu tun, in denen das Vertretungsmandat der Gewerkschaft für bestimmte Betriebe in fachlicher Hinsicht streitig war⁹⁷. Daß die Tarifzuständigkeit nicht nur in fachlich-betrieblicher, sondern auch in persönlicher Hinsicht frei bestimmt werden könnte, läßt sich den vorliegenden Entscheidungen nicht entnehmen⁹⁸. Erstreckt man gleichwohl die Wahlfreiheit auch auf diesen Bereich, so ist nur eine Bestimmung nach abstrakten Merkmalen wie Arbeiter, Angestellte oder EDV-Fachleute, nicht eine Ausklammerung konkreter Einheiten oder Individuen möglich. Es bleibt also dabei, daß nicht einzelne Mitglieder auf ihren Wunsch hin von der Verbandskompetenz zum Abschluß von Tarifverträgen ausgenommen werden können. Eine ganz andere Frage ist, ob die tatsächlich abgeschlossenen Tarife bestimmte Unternehmen aussparen; dies wird faktisch nur dann in Betracht kommen, wenn gleichzeitig ein firmenbezogener Verbandstarif oder ein Firmentarif abgeschlossen wird. Ein OT-Modell läßt sich daher nur dann verwirklichen, wenn beide Tarifparteien den Geltungsbereich des Tarifvertrags entsprechend beschränken.

5. Potentielle Rechtsfolgen

Unterstellt man gleichwohl mit *Buchner*⁹⁹, daß bestimmte Mitgliedsunternehmen aus der Tarifzuständigkeit ausgeklammert werden dürfen, so ergibt sich bei den für die Zukunft ausgenommenen Unternehmen die Frage, inwieweit die bisherigen Tarifverträge weitergelten. Seinem Sinn nach muß § 3 III TVG entsprechende Anwendung finden.

87) *BAGE* 12, 285 = *NJW* 1962, 1314 = *AP Nr.* 12 zu § 3 TVG Verbandszugehörigkeit.

88) Zu diesen Leistungen kann auf der Grundlage von *BAGE* 63, 255 = *NZA* 1990, 666 = *AP Nr.* 11 zu § 11 ArbGG 1979 Prozeßvertreter auch der Rechtsschutz gehören.

89) Insoweit zutreffend *Buchner*, *NZA* 1994, 4 m. w. Nachw.

90) *Säcker*, *AR-Blattei*, Tarifvertrag II (unter D II).

91) Auch *BVerfG*, *DB* 1995, 1465 geht davon aus, daß die „Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie“ zu Begrenzungen bestimmter Ausübungsformen der Koalitionsfreiheit führt.

92) *Buchner*, *NZA* 1995, 768.

93) *BVerfGE* 4, 96 (107) = *NJW* 1954, 1881; *BVerfGE* 18, 18 (28) = *NJW* 1964, 1267; *BAG*, *AP Nr.* 25 zu § 2 TVG.

94) Anders *Buchner*, *NZA* 1995, 767.

95) *Schaub*, *BB* 1994, 2007.

96) *Buchner*, *NZA* 1994, 6.

97) S. insb. *BAGE* 50, 179 = *NZA* 1986, 480 = *NJW* 1987, 514 = *AP Nr.* 4 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit; *BAG*, *NZA* 1989, 138 = *AP Nr.* 5 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit.

98) Im Fall *BAGE* 50, 179 = *NZA* 1986, 480 = *NJW* 1987, 514 = *AP Nr.* 4 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit ging es um die Zuständigkeit der IG Chemie Papier Keramik für die Firma Allfloor, einen Teppichhersteller, in *BAG*, *NZA* 1989, 138 = *AP Nr.* 5 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit ging es um die Einbeziehung eines Unternehmens in die Baurate, in *BAGE* 62, 44 = *NZA* 1989, 687 = *AP Nr.* 6 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit stand der handwerkliche Charakter eines Unternehmens in Frage, und *BAG*, *NZA* 1991, 21 = *AP Nr.* 7 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit betraf die Zuständigkeit der ÖTV für Unternehmen des Tauchergewerbes. In *BAGE* 50, 179 = *NZA* 1986, 480 = *NJW* 1987, 514 = *AP Nr.* 4 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit wird auf Bl. 7 R. fachlich-betrieblicher und persönlicher Zuständigkeitsbereich in eins gesetzt, wenn es heißt: „Auf welche Arbeitnehmer und damit (!) auf welche Betriebe eine Gewerkschaft ihre Zuständigkeit erstreckt, bestimmt sie aufgrund ihrer Satzungsautonomie...“ Ähnlich *BAG*, *NZA* 1989, 138 = *AP Nr.* 5 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit Bl. 2 R.: „Jede Gewerkschaft kann für sich entscheiden, für welche Arbeitnehmer in welchem Gewerbebereich oder in welchen Gewerbebezügen sie tätig werden will.“ Nirgends ist davon die Rede, sie könne ihre Zuständigkeit zwar auf bestimmte Betriebe erstrecken, dort aber einzelne Arbeitnehmer oder Arbeitnehmergruppen auch dann aus ihrer Tarifzuständigkeit ausnehmen, wenn sie Mitglieder seien.

99) *Buchner*, *NZA* 1994, 4 ff. und *ders.*, *NZA* 1995, 761 ff.

Aus Sicht der Arbeitnehmer wie vom Ordnungsgedanken des Tarifsystems her kann es keinen Unterschied machen, ob eine Arbeitgeberfirma aus dem Verband austritt oder ob sie dort verbleibt, sich gleichzeitig aber den Status eines tariffreien Unternehmens zulegt. Auch in anderen Zusammenhängen wurde betont, daß § 3 III TVG den verallgemeinerungsfähigen Gedanken enthält, ein einseitiges Ausbrechen aus der Tarifbindung zu verhindern¹⁰⁰. Was die weiteren Rechtsfolgen (Nachwirkung, arbeitsvertragsrechtliche Situation) angeht, kann auf die oben¹⁰¹ gemachten Ausführungen verwiesen werden.

V. Schaffung zweier Arbeitgeberverbände

1. Schaffung einer selbständigen „Tarifgemeinschaft“

Denkbar ist einmal, daß diejenigen Verbandsmitglieder, die weiterhin Tarifverträge abschließen wollen, aus der bisherigen Organisation ausscheiden und einen eigenen Parallelverband („Tarifgemeinschaft“) gründen. Dies könnte auch in der Weise geschehen, daß die Mitgliedschaft im bisherigen Verband aufrechterhalten bleibt also eine Doppelmitgliedschaft entsteht und bezüglich der Beiträge eine Anrechnung erfolgt. Keine gravierenden Bedenken ergeben sich in bezug auf die weiter tarifwilligen Firmen: Der nach § 3 III TVG (erste Variante) oder nach § 3 I TVG (zweite Variante) weitergeltende Tarifvertrag dürfte in absehbarer Zeit durch einen neuen ersetzt werden. Problematisch ist allein die Frage, ob der bisher bestehende Arbeitgeberverband seine Tariffähigkeit ablegen kann. Die „gewollte Tarifunfähigkeit“ hatte in der Weimarer Zeit erhebliche Relevanz, da auf diese Weise die Unterwerfung unter die Zwangsschlichtung vermieden wurde¹⁰².

Wie Löwisch berichtet¹⁰³, hatte sie auch in der Bundesrepublik Anfang der 70er Jahre nicht nur theoretische Bedeutung. Ist der Arbeitgeberverband nicht mehr tariffähig, fehlt es ihm gegenüber an einem tariflich regelbaren Ziel, weshalb ein gegen ihn geführter Arbeitskampf nach herrschender Meinung rechtswidrig wäre¹⁰⁴. Die Zulässigkeit des Verzichts wird mit der Freiwilligkeit der Koalitionsbildung begründet. Sie müsse sich auch auf die Wahl von Koalitionszielen und Koalitionsmitteln erstrecken, weshalb keinem Verband das Mittel des Tarifvertrages aufgedrängt werden dürfe. Der Gewerkschaft stehe im einzelnen Arbeitgeber immer noch ein ausreichender Verhandlungspartner gegenüber, im Notfall greife das Gesetz über Mindestarbeitsbedingungen ein¹⁰⁵.

Darin ist richtig, daß ebenso wie die Gründung auch die Auflösung von Arbeitgeberverbänden frei ist. Es bleibt dem Verband daher unbenommen, auf diesem Wege den Verlust der Tariffähigkeit herbeizuführen. Auch ist es ihm nicht verwehrt, sich mit allen ihm zur Verfügung stehenden Mitteln gegen den Abschluß von (neuen) Tarifverträgen zu wehren, wenn er solche nicht akzeptieren will. Darüber hinaus aber dem Arbeitgeberverband zu gestatten, die Kräfte der Mitgliedsfirmen zu „bündeln“ und gleichzeitig auf die Tariffähigkeit zu verzichten, würde die Gewerkschaft übermäßig benachteiligen – selbst der Abschluß eines Firmentarifs würde aufs äußerste erschwert. Es wäre zudem ein widersprüchliches Verhalten, einerseits die Arbeitgeberinteressen im Verband kollektiv vertreten und die Arbeitgeberstellung dadurch verstärken zu wollen, andererseits aber der kollektiven Auseinandersetzung aus dem Wege zu gehen. Der Verzicht auf die Tariffähigkeit ist nur dadurch möglich, daß der Arbeitgeberverband sich jeder unmittelbaren oder mittelbaren Beeinflussung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gegenüber der Arbeitnehmerseite enthält und nur noch Interessenvertretung gegenüber staatlichen Stellen oder gegenüber der Öffentlichkeit betreibt, was im Klartext heißt, daß er seinen

Vereinszweck ändert und zum reinen Industrieverband wird. Solange ein Verband als Gegenspieler der Gewerkschaft agiert, und sei es auch „verdeckt“, etwa durch Rechtsberatung oder durch Koordinierung von Einzelaktivitäten, kann er sich der Tariffähigkeit nicht entledigen, da sie eine automatische Folge eines solchen Verhaltens ist¹⁰⁶. Dem bisherigen Arbeitgeberverband ist es somit nicht möglich, sich selbst tarifunfähig zu machen und gleichwohl seine sonstigen Aufgaben weiter zu erfüllen. Insofern scheidet diese Gestaltungsform aus.

2. Eigene Organisation der nichttarifwilligen Mitglieder

Bilden die tarifunwilligen Mitglieder einen eigenen Verband, so ändert sich an der Tariffähigkeit des bisherigen Arbeitgeberverbands nichts. Treten sie aus diesem aus, bestimmen sich die Rechtsfolgen nach dem oben Dargelegten¹⁰⁷. Sofern sie auf einen Austritt verzichten, würden allerdings zwei Arten von Mitgliedschaften entstehen, was – wie ausgeführt¹⁰⁸ – unzulässig ist. Ob der neugegründete Verband nicht doch tariffähig ist, hängt davon ab, wie man sich zur „gewollten Tarifunfähigkeit“ stellt¹⁰⁹.

VI. Das Ausgründungsmodell

Werden für einzelne Bereiche oder Betriebe Tochtergesellschaften gegründet, treten diese keinem Arbeitgeberverband bei und übernehmen sie Teile der Belegschaft, so greift nach allgemeiner Auffassung § 3 III TVG nicht ein¹¹⁰. Stattdessen findet § 613a I 2 BGB Anwendung, und zwar auch in den Fällen, in denen die Ausgründung im Wege der Spaltung nach dem UmwG erfolgt¹¹¹. Dies bedeutet, daß die tariflichen Bestimmungen Inhalt der Arbeitsverträge werden und erst nach Ablauf eines Jahres durch Abmachung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer geändert oder aufgehoben werden können. Im Vergleich zu § 3 III TVG ergibt sich insofern eine Abschwächung, als eben diese Frist von einem Jahr besteht und Neueingestellte grundsätzlich nicht erfaßt sein sollen¹¹². Auch ist durchaus umstritten, ob alle Tarifnormen ihrer Natur nach in den Arbeitsvertrag eingehen können¹¹³. Auf der anderen Seite können die Arbeitnehmer dem Betriebsübergang widersprechen, eine Befugnis, die auch kollektiv ausgeübt wer-

100) Vgl. BAGE 44, 191 = AP Nr. 3 zu § 3 TVG: Die unmittelbare und zwingende Wirkung des Tarifvertrags „soll nicht durch eine einseitige Maßnahme des Arbeitgebers (oder Arbeitnehmers) wie insbesondere (!) seinen Verbandsaustritt unmittelbar beseitigt werden können“. S. weiter Wiedemann, Anm. zu BAGE 53, 179 = NZA 1987, 246 = AP Nr. 4 zu § 3 TVG: „Der Gesetzeszweck (des § 3 III) ist aber doch eindeutig der, daß die Mitglieder einer Gewerkschaft oder eines Arbeitgeberverbands sich deren Normsetzung nicht willkürlich entziehen dürfen. Dieser Gesetzeszweck spricht für eine unveränderte Weiterwirkung der Tarifverträge im Liquidationsstadium der Tarifvertragspartei.“

101) S. unter Gliederungspunkten II 3 und 4.

102) Dazu Richardi, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, 1968, S. 151 ff.

103) Löwisch, ZfA 1974, 29 ff.

104) Löwisch, ZfA 1974, 31.

105) Löwisch, ZfA 1974, 33; Richardi (o. FuBn. 102), S. 155 f.

106) Hagemeyer/Kempen/Zachert/Zilius (o. FuBn. 17), § 2 Rdnr. 73; Hueck/Nipperdey (o. FuBn. 19), S. 107; Nikisch, ArbeitsR, Bd. II, 2. Aufl. (1959), S. 245. Ähnlich Schaub, BB 1995, 2004.

107) S. Gliederungspunkt II.

108) S. obigen Gliederungspunkt IV.

109) S. unter 1.

110) Bauer/Diller, DB 1993, 1088 f.

111) Däubler, RdA 1995, 141 ff.; Kania, DB 1995, 625.

112) Bauer, Unternehmensveräußerung und Arbeitsrecht, 1983, S. 108; Seiter, Betriebsinhaberwechsel, 1980, S. 92; Wank, NZA 1987, 506; differenzierend im Hinblick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz Däubler (o. FuBn. 16), Rdnr. 1549. Zu beachten ist weiter, daß sich Änderungen der Tarife nicht mehr auf die Arbeitsverträge auswirken, es sei denn, es hätte ein bereits vorher fest vereinbarter Stufenplan vorgelegen. Dazu Bolck, ZTR 1994, 16.

113) Übersicht bei Däubler (o. FuBn. 16), Rdnrn. 1535 ff. m. w. Nachw. Sehr restriktiv Zöllner, DB 1995, 1408

den kann¹¹⁴. Tritt dieser Fall ein, kommt zwar der Anspruch einer betriebsbedingten Kündigung in Betracht, doch dürfte es das einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses vorgehende mildere Mittel sein, die in Betracht kommenden Beschäftigten den Tochterunternehmen als (echte) Leiharbeiter zur Verfügung zu stellen¹¹⁵.

Nach Ablauf der Jahresfrist verlieren die ehemaligen Tarifnormen ihre zwingende Wirkung; sie gelten jedoch als dispositive Vertragsbestimmungen weiter¹¹⁶. Eine Änderung ist durch Abschluß eines neuen Tarifvertrags oder durch arbeitsvertragliche Abmachung möglich, die auch durch Änderungskündigung erzwungen werden kann. Letztere hängt aber vom Vorliegen der oben¹¹⁷ genannten Bedingungen ab. Auch vor Ablauf der Jahresfrist werden die ehemaligen Tarifnormen hinfallig, wenn für das betreffende Arbeitsverhältnis ein neuer Tarifvertrag mit entsprechendem Regelungsgegenstand eingreift¹¹⁸. Eine Betriebsvereinbarung kann nur dann ablösende Wirkung entfalten, wenn sie ihrerseits nicht gegen § 77 III BetrVG verstößt¹¹⁹.

VII. Auflösung des Arbeitgeberverbands

Löst sich der Arbeitgeberverband auf, so findet nach Auffassung des BAG¹²⁰ § 3 III TVG keine entsprechende Anwendung. Dahingestellt blieb, ob der Tarifvertrag ab sofort nur noch nachwirkt oder ob dies erst vom frühesten Kündigungszeitpunkt an der Fall ist¹²¹. Legt man dies zugrunde, so könnte man die Frage stellen, ob die Drohung mit der Selbstauflösung oder gar diese selbst nicht eine (unerlaubte) Kampfmaßnahme wäre, nimmt sie doch dem Tarifvertrag während seiner Laufzeit einen entscheidenden Teil seiner Verbindlichkeit. Durch die Verknüpfung mit aktuellen oder künftigen Verhandlungen („der Tarifvertrag muß zu einem Rahmen werden“) wird die Gegenseite unter Druck gesetzt, obwohl die Friedenspflicht nicht abgelaufen ist. Ob dies wirklich so zu sehen ist, kann allerdings dahinstehen, da der BAG-Rechtsprechung im Ergebnis nicht zu folgen ist.

Bei seiner Entscheidung hat sich das BAG nicht einmal konsequent an früheren eigenen Aussagen orientiert. So hatte es etwa den Zweck des § 3 III TVG in der Weise bestimmt, es gehe um den Schutz der Arbeitnehmer vor dem Mißbrauch privater Gestaltungsmöglichkeiten, die Tarifbindung dürfe nicht durch einseitige Maßnahmen wie „insbesondere Verbandsaustritte“ beseitigt werden¹²². Eine entsprechende Anwendung auf den Fall der Auflösung hätte sich um so mehr angeboten, als § 3 III TVG ja nicht ausdrücklich vom Verbandsaustritt spricht. Betrachtet man seinen systematischen Zusammenhang mit § 3 I TVG, so wird Tarifgebundenheit durch Verbandsmitgliedschaft geschaffen, und diese Tarifgebundenheit soll bis zum Ende des Tarifvertrags andauern. Wie die Mitgliedschaft im Verband verloren geht, ob durch Austritt, Ausschluß oder Auflösung des Verbandes, wird nicht angesprochen. Außerdem kann die Auflösung in der Weise erfolgen, daß zunächst 90% der Mitgliedsfirmen austreten und die verbliebenen dann die Liquidation beschließen¹²³. Nach Auffassung des BAG wären in einem solchen Fall die 90% weiter tarifgebunden, die letzten 10% nicht. Dies vermag auch bei wohlwollender Betrachtung der Rechtsprechung nicht so ganz einzuleuchten.

Dazu kommt ein weiteres. Beschließen Vereinigungen ihre Auflösung, so ändert dies an bestehenden Verpflichtungen grundsätzlich nichts; diese müssen vielmehr im Rahmen des Liquidationsverfahrens erfüllt oder auf andere Weise abgewickelt werden. Übertragen auf den Arbeitgeberverband bedeutet dies, daß die Liquidatoren berufen wären, den Tarifvertrag zum frühestmöglichen Zeitpunkt zu kündi-

gen¹²⁴. Bedenkt man, daß nach einer früheren Entscheidung des BAG der obligatorische Teil des Tarifvertrags automatisch hinfallig wird¹²⁵, so sieht man sich mit einem gewissen Erstaunen der Situation gegenüber, daß der Bestand von Tarifverträgen weniger geschützt ist als der eines beliebigen Kauf- oder Werkvertrags.

Allein angemessen erscheint daher eine zumindest entsprechende Anwendung von § 3 III TVG. Die Tarifnormen „überleben“ so einen ihrer Schöpfer, nicht anders als dies bei Satzungen einer aufgelösten Gemeinde oder bei Recht aus der Weimarer Zeit der Fall ist. Angesichts der gleichbleibenden Tarifwirkung werden so auch alle Überlegungen zum Vorliegen einer Kampfmaßnahme hinfallig.

VIII. Einschätzung der aktuellen Entwicklung

Die Prüfung der tarif- und arbeitsvertraglichen Situation hat ergeben, daß der Arbeitgeber bestenfalls in der Lage ist, das einmal erreichte Tarifniveau „einzufrieren“. Weitergehende Ziele wie eine vorübergehende Absenkung der Löhne und Arbeitsbedingungen können eher im Rahmen des bestehenden Verhandlungssystems erreicht werden, wie nicht zuletzt die Metalltarife des Jahres 1994 zeigen¹²⁶. Diese führten zu der erstaunlichen „Nebenfolge“, daß vorher aus ihrem Verband ausgetretene Arbeitgeber mit Rücksicht auf die Weiter- und Nachwirkung der alten Tarifverträge gem. §§ 3, 4 V TVG nunmehr schlechter stehen als die Verbandsmitglieder. Wenn man zusätzlich noch die Möglichkeit in Rechnung stellt, daß es der Gewerkschaft zumindest mittelfristig möglich sein könnte, für einen Firmentarif zu streiken¹²⁷, spricht die wirtschaftliche Vernunft für das Verbleiben in den bisherigen Strukturen. Wer auf dem Weltmarkt bessere Angebote machen will, wird sich in erster Linie um eine rationellere Organisation der Arbeitsabläufe und um Innovationen auf allen Ebenen einschließlich der Produkte bemühen müssen¹²⁸. Bisher lag gerade hier die Stärke der deutschen Wirtschaft – warum sollte es in Zukunft anders sein?

114) BAG, DB 1994, 941 unter Bezugnahme auf EuGH, DB 1993, 230.

115) Die Frage ist, soweit ersichtlich, noch nicht höchststrichlich entschieden. Zur Problematik s. *Blanke/Blanke* u. a., Arbeitnehmerschutz bei Betriebsaufspaltung und Unternehmensteilung, 2. Aufl. (1987), S. 255 ff., 259 ff. Gegebenenfalls können sich Arbeitnehmer auf diesen Ausweg nur dann berufen, wenn sie zu einer entsprechenden Änderung ihres Arbeitsvertrags bereit sind.

116) BAGE 50, 158 = NZA 1986, 422 = NJW 1987, 863 = AP Nr. 46 zu § 613a BGB; *Hüper*, Der Betrieb im Unternehmerzugriff. Arbeitnehmerinteresse und Mitbestimmung bei Betriebsübergang, Betriebsaufspaltung und Betriebsparzellierung, 1986, S. 64 (65); *Löwisch/Rieble* (o. Fußn. 16), § 3 Rdnr. 84; *Seiter*, Betriebsinhaberwechsel, S. 95; *Wank*, NZA 1987, 510.

117) Vgl. Gliederungspunkt II 4.

118) Einzelheiten bei *Däubler*, TarifvertragsR, Rdnrn. 1554 ff. S. den Fall BAG, BB 1995, 2065.

119) *Kania*, DB 1995, 626.

120) BAGE 53, 179 = NZA 1987, 246 = AP Nr. 4 zu § 3 TVG m. Anm. *Wiedemann*. Wie BAG auch *Schaub*, BB 1995, 2004.

121) BAGE 53, 179 = NZA 1987, 246.

122) BAGE 44, 191 = AP Nr. 3 zu § 3 TVG.

123) Zur Austauschbarkeit von Austritt und Auflösung *Hagemeyer/Kemper/Zachert/Zilius* (o. Fußn. 17), § 3 Rdnr. 31 a; ähnlich *Wiedemann*, Anm. zu BAGE 53, 179 = NZA 1987, 246 = AP Nr. 4 zu § 3 TVG.

124) Damit erledigt sich auch das Bedenken von *Schaub* (BB 1995, 2004), es träte mangels möglicher Kündigung eine Versteinigung des Tarifvertrags ein.

125) BAG, NJW 1971, 822 = AP Nr. 28 zu § 2 TVG.

126) Der VW-Tarifvertrag über die Einführung der 28,8-Stunden-Woche ist abgedruckt in NZA 1994, 111; das Verhandlungsergebnis zwischen Gesamtmetall und IG Metall findet sich in NZA 1994, 355.

127) S. die von *Hensche* genannten Beispielsfälle aus den neuen Bundesländern, wo die Firmentarife ein höheres Niveau als die gültigen Verbandstarife erreicht hatten (berichtet bei *Böhm*, NZA 1994, 498).

128) S. etwa *Welsch*, WSI-Mitt 1994, 12 ff.