

zunähern. Darüber hinaus läßt sich aus dem Beitritt zu einer übergeordneten Organisation die Pflicht herleiten, beim Abschluß eines eigenen Tarifvertrags inhaltlich auf die Entscheidungen der Spitzenverbände Rücksicht zu nehmen und Vorsorge für ihre Durchführung zu treffen. Auf diesem Weg können insbesondere etwaige Beitragsleistungen an die Gemeinsamen Einrichtungen aufrechterhalten werden. Ist beim Abschluß eines Tarifvertrags durch einen Unterverband mit dem Entstehen einer Tarifkonkurrenz oder einer Tarifpluralität zu rechnen, so können die Parteien in ihre Tarifverträge z. B. Regelungen aufnehmen, nach welchen die von den Spitzenverbänden abgeschlossenen Tarifverträge entweder Vorrang besitzen sollen oder die Arbeitgeber auch dann zu den in den übergeordneten Tarifverträgen vorgesehenen Maßnahmen verpflichtet bleiben, wenn diese im Wege der Tarifkonkurrenz oder -pluralität verdrängt werden. Um Streitfragen hinsichtlich dieser verbandsinternen Verpflichtungen verbindlich klären zu können, kann zwischen den Gewerkschaften eine Schiedsgerichtsabrede vereinbart werden, wie sie im Verhältnis der jeweiligen Tarifvertragsparteien zueinander durchaus üblich ist.

Die aus dem Beitritt in einen übergeordneten Verband resultierenden Rücksichtnahmepflichten betreffen freilich nur die Grundlagen der Tarifpolitik sowie einzelne wichtige Entscheidungen von grundsätzlicher Bedeutung. Die Unterverbände unterliegen keiner umfassenden Bevormundung durch die übergeordneten Organisationen und sind selbstverständlich berechtigt, eigenständige Wertentscheidungen zu treffen und unabhängig von den übergeordneten Tarifverträgen ei-

gene Tarifverträge mit eigenständigem Regelungsgehalt zu vereinbaren. Kommen die untergeordneten Verbände den oben angeführten verbandsinternen Verpflichtungen nicht nach, so hat dies im Außenverhältnis keine Bedeutung und läßt die Wirksamkeit der abgeschlossenen Tarifverträge unberührt.

#### D. Ausblick

Die unternehmenseinheitliche Anwendung eines einzigen Tarifvertrags ist unter ordnungspolitischen Gesichtspunkten wünschenswert. Aufgrund der derzeit geltenden gesetzlichen Lage sind jedoch alle bisherigen auf die Verwirklichung dieses Ziels gerichteten Bestrebungen des Bundesarbeitsgerichts zum Scheitern verurteilt. Zu erwägen ist, im Wege einer Gesetzesänderung die Geltung eines Tarifvertrags nur an die Tarifbindung des Arbeitgebers anzuknüpfen und damit sowohl die unternehmenseinheitliche Anwendung eines Tarifvertrags als auch die Vermeidung tarifrechtlicher Lücken zu gewährleisten. Die grundgesetzlich garantierte negative Koalitionsfreiheit muß freilich durch begleitende Regelungen gesichert werden. Solange eine entsprechende Gesetzesänderung nicht erfolgt, sollten die Lösungsvorschläge des Bundesarbeitsgerichts noch einmal überdacht werden. Die Tarifvertragsparteien sind vorerst angehalten, durch interne Regelungen und entsprechende Gestaltung ihrer Tarifverträge die mißlichen Konsequenzen der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu vermeiden.

## Tarifflicht – eine aussichtsreiche Strategie zur Reduzierung von Lohnkosten?

Prof. Dr. Wolfgang Däubler

### I. Einleitung

Aus der Sicht vieler privater Arbeitgeber sind die heute geltenden Tarifverträge eine „Übertreibung“. Die Entlohnungshöhe, aber insbesondere auch der festgeschriebene schrittweise Übergang zur 35-Stunden-Woche weckt mehr oder weniger deutlichen Unwillen. Wichtigstes Sachargument ist die Stellung im internationalen Wettbewerb; nicht nur der Europäische Binnenmarkt, sondern auch die Konkurrenz mit Japan und Südostasien sowie mit Nordamerika zwingt dazu, die Arbeitskosten im Rahmen des möglichen zu reduzieren.

Die deutschen Arbeitgeber sind typischerweise in Arbeitgeberverbänden organisiert. In der Literatur wird der Prozentsatz mit 80 bis 90% beziffert, wobei neben Industrie und Bergbau auch Handwerk und Landwirtschaft einbezogen sind.<sup>1)</sup> Dem entspricht das Vorherrschen des Verbandstarifs.

Bereits seit 10 Jahren soll es verschiedentlich zu Austritten aus Arbeitgeberverbänden gekommen sein, weil einzelne Mitgliedsfirmen mit der tarifpolitischen Entwicklung unzufrieden waren.<sup>2)</sup> In den neuen Bundesländern liegt verbreiteter Einschätzung nach der Organisationsgrad auf Arbeitgeberseite erheblich niedriger als im Westen.<sup>3)</sup>

Drohen verstärkt Austritte, liegen für die Verbände Überlegungen nahe, die internen Strukturen an die veränderte Situation anzupassen, um so einem „Exodus“ zuvorzukommen. Wichtigste Modellvorstellung ist in diesem Zusammenhang eine Differenzierung der Mitgliedschaft: Es soll in Zukunft zwei Arten von

1) LÖWISCH, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (im folgenden: MünchArbR + Verfasser), herausgegeben von RICHARDI und WLOTZKE, München 1993, § 242 Rn. 5.

2) BUCHNER NZA 1994, 2.

3) Einige Angaben bei MÜLLER/JENTSCH WSI-Mitt. 1993, 501; vgl. auch BUCHNER NZA 1994, 2.

Mitgliedern, solche mit und solche ohne Tarifbindung geben. Nach einer Umfrage der Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmen votierten die Hälfte von 500 befragten Firmen, die allesamt einem Arbeitgeberverband angehörten, für die Schaffung einer „Mitgliedschaft ohne Tarifbindung“.<sup>4)</sup> Eine Reihe von Verbänden, etwa der Verband der Holz- und kunststoffverarbeitenden Industrie Rheinland-Pfalz e. V., hat Entsprechendes bereits verwirklicht.<sup>5)</sup> Diskutiert wird auch die Schaffung von zwei verschiedenen Verbänden, von denen nur der eine tariffähig sein soll.<sup>6)</sup> Schließlich ist insbesondere von der Firma IBM ein sog. Ausgründungsmodell praktiziert worden: Große Teile des Unternehmens wurden auf neugeschaffene, selbständige Tochtergesellschaften übertragen, die keinem Arbeitgeberverband angehören.<sup>7)</sup>

In allen Fällen stellt sich die Frage, ob das angestrebte Ziel einer Senkung der Lohnkosten überhaupt erreicht werden kann. Zunächst soll der „klassische“ Fall des Verbandsaustritts behandelt werden, der schon in der Weimarer Zeit einige Probleme aufgeworfen hatte<sup>8)</sup> (unten II). Dabei wird insbesondere die Rechtsfolgende interessieren. Als nächstes soll die Zulässigkeit zweier Arten von Mitgliedschaften im Arbeitgeberverband erörtert werden (unten III). Geschieht die Schaffung eines neuen Verbandes durch „Ausgliederung“ der „Tarifwilligen“, stellt sich das Problem, ob der bisher als Tarifpartei fungierende Arbeitgeberverband einseitig auf seine Tariffähigkeit oder seine Tarifzuständigkeit verzichten kann (unten IV). Ändert demgegenüber der bisherige Arbeitgeberverband seinen Charakter nicht und treten lediglich die „tarifunwilligen“ Mitglieder aus, um einen neuen Verband außerhalb des Tariffsystems zu bilden,<sup>9)</sup> liegt ein Anwendungsfall der unter II behandelten Konstellation vor. Schließlich ist das „Ausgründungsmodell“ zu erörtern, bei dem insbesondere § 613 a BGB im Mittelpunkt stehen wird (unten V).

## II. Der Austritt aus dem Arbeitgeberverband

### 1. Zulässigkeit

Der einzelnen Mitgliedsfirma steht es frei, den Arbeitgeberverband unter Wahrung der in der Satzung vorgesehenen Fristen zu verlassen. Ob diese sechs Monate übersteigen können, erscheint im Hinblick auf die negative Koalitionsfreiheit zweifelhaft.<sup>10)</sup> Auch eine außerordentliche Kündigung kann in Betracht kommen, doch reicht es hierfür entgegen Beuthien-Meik<sup>11)</sup> 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 erheblich beeinträchtigen würde. Auch hat die außerordentliche Kündigung den Sinn, nur Fälle zu erfassen, in denen selbst ein Verbleiben für die Dauer der Austrittsfrist nicht mehr zumutbar ist. Solche Fälle sind im hier interessierenden Bereich kaum denkbar, da sich die – gleich zu besprechende – Fortdauer der Tarifbindung nach § 3 Abs. 3 TVG auch dann einstellt, wenn das Verbandsmitglied mit sofortiger Wirkung ausgetreten ist.

## 2. Fortbestehen der Tarifbindung nach § 3 Abs. 3 TVG

### a) Der Grundsatz

Nach § 3 Abs. 3 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 ist das Bestreben, in Weimar praktizierte Strategien zu vermeiden, wo sich Arbeitgeber durch Austritt der Tarifbindung zu entziehen versuchten.<sup>12)</sup> Eine Flucht unzufriedener Mitglieder aus dem Arbeitgeberverband soll verhindert<sup>13)</sup> und auf diese Weise die Ordnungsfunktion der Verbandstarife gesichert werden.<sup>14)</sup>

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 tarifschließenden Gewerkschaft beigetreten sind.<sup>15)</sup> Dasselbe gilt für Neueinstellungen während des „Weiterwirkungszeitraums“.<sup>16)</sup>

### b) Ende der Tarifbindung

War der Tarifvertrag befristet, entfällt die Bindung des ausgetretenen Arbeitgebers mit dem Ablauf des vorgesehenen Endzeitpunkts. Dasselbe gilt grundsätzlich, wenn der Tarifvertrag gekündigt wird. Unterbleibt die Kündigung, wirkt der Tarifvertrag weiter. Diese sich aus dem Wortlaut ergebende und auch in der Literatur gebilligte<sup>17)</sup> Auffassung ist in jüngster Zeit in Frage gestellt worden. Die in § 3 Abs. 3 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 wäre.<sup>18)</sup> Dem kann nicht zugestimmt werden. Anders als bei einer späteren Verlängerung eines nur auf eine bestimmte Zeit befristeten Tarifvertrags, wo mit Recht

4) Mitgeteilt bei RÖCKL DB 1993, 2382.

5) Mitgeteilt bei BUCHNER NZA 1994, 2 Fn. 2; weitere Nachw. bei RÖCKL DB 1993, 2382.

6) BUCHNER NZA 1994, 2.

7) Dazu die kurzen Mitteilungen bei BAUER/DILLER DB 1993, 1088.

8) Dazu BEUTHIEN/MEIK DB 1993, 1519.

9) Zu beiden Fällen siehe BUCHNER NZA 1994, 9 f.

10) LÖWISCH/RIEBLE, TVG, Kommentar, München 1992, § 3 Rn. 33 m. w. N.

11) DB 1993, 1518.

12) HERSCHER ZfA 1973, 192. Vgl. auch BEUTHIEN/MEIK DB 1993, 1519, wonach der Tarifvertrag in solchen Fällen nur noch nachwirkte.

13) BAUER/DILLER DB 1993, 1085.

14) LIEB NZA 1994, 337.

15) BAG ZTR 1994, 21 = DB 1994, 104 = BB 1993, 2307 = AP Nr. 15 zu § 3 TVG.

16) Allgemeine Meinung; siehe DÄUBLER, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 1993, Rn. 1509 m. N. Fn. 6; SCHWAB BB 1994, 781.

17) DÄUBLER, Tarifvertragsrecht, Rn. 1510; HAGEMEIER/KEMPEN/ZACHERT/ZILIUS, TVG, Kommentar für die Praxis, 2. Aufl., Köln 1989, § 3 Rn. 25; SCHAUB, Arbeitsrechts-Handbuch, 7. Aufl., München 1992, S. 1546/47; WIEDEMANN/STUMPF, TVG, Kommentar, 5. Aufl., München 1977, § 3 Rn. 35.

18) BAUER/DILLER DB 1993, 1086; LÖWISCH/RIEBLE § 3 Rn. 74; SCHWAB BB 1994, 781.

eine Bindung des Ausgetretenen abgelehnt wird<sup>19)</sup>, 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“ mitenthalten. 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 hinaus wirkt. Dem entsprechend hat auch das BAG sich mit der allgemeinen Formulierung begnügt, der Tarifvertrag gelte weiter, „solange (er) in seiner bisherigen Fassung weiterbesteht.“<sup>20)</sup> An anderer Stelle sprach es von der Weiterwirkung „bis zum Ablauf“<sup>21)</sup> und bezog sich dabei auf den Kommentar von Hagemeyer/Kempfen/Zachert/Zilius,<sup>22)</sup> die die auch hier vertretene (traditionelle) Auffassung teilen. Mit Recht hat deshalb jüngst Lieb die Durchsetzungschancen der neuen Auffassung skeptisch beurteilt, obwohl er ihr mit großer Sympathie begegnet.<sup>23)</sup>

Einer nicht erfolgten Kündigung ist der Fall gleichzustellen, daß die ausgesprochene Kündigung einvernehmlich wieder zurückgenommen wird.<sup>24)</sup> 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 besitzen.<sup>25)</sup> Der Tarifvertrag muß in dem Zustand weiterwirken, den er im Zeitpunkt des Austritts hatte.

Wird der weitergeltende Tarifvertrag nur zu einem Teil gekündigt<sup>26)</sup>, so bleiben die übrigen Teile erhalten, soweit ihnen selbständige Bedeutung zukommt.<sup>27)</sup> Der Schutzzweck des § 3 Abs. 3 TVG verbietet es, in solchen Fällen den Tarifvertrag insgesamt nur noch nachwirken zu lassen: Die Beschäftigten des aus dem Verband ausgetretenen Arbeitgebers würden schlechterstellen 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 Weiterwirkung nach § 3 Abs. 3 TVG. Bezieht sich das Änderungsabkommen nur auf bestimmte Passagen und Sachgebiete, sind diese „beendet“, während die unveränderten Teile nach § 3 Abs. 3 TVG weitergelten, soweit sie eigenständige Bedeutung besitzen.<sup>28)</sup> Nach einer neueren BAG-Entscheidung spricht „vielleicht“ dafür, jede Änderung des Tarifvertrags auch hinsichtlich der nicht geänderten Bestimmungen als Beendigung im Sinne des § 3 Abs. 3 TVG anzusehen.<sup>29)</sup> Dem ist in der Literatur mit Recht widersprochen worden.<sup>30)</sup> Die vom BAG ins Feld geführte Rechtssicherheit trägt ein solches, den § 3 Abs. 3 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 wird.<sup>31)</sup> Bloße Klarstellungen sowie ergänzende Vereinbarungen stellen im

übrigen keine „Änderung“ dar und lassen von daher die Weitergeltung nach § 3 Abs. 3 TVG unberührt.<sup>32)</sup>

### c) Einzelfragen

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 z. B. für einen längeren Urlaubsanspruch ist) erst im Weiterwirkungszeitraum eintritt.<sup>33)</sup> Keine rechtlich relevanten Gründe sind ersichtlich, warum dies dann anders sein soll, wenn ein langfristiger Tarifvertrag eine Arbeitszeitverkürzung in mehreren Stufen vorsieht; daß der Ausgetretene bei der Stufe stehenbleiben dürfe, die bei seinem Austritt erreicht war<sup>34)</sup>, macht aus nicht näher spezifizierten wirtschaftlichen Gründen eine Ausnahme vom Grundsatz des § 3 Abs. 3 TVG<sup>35)</sup>.

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 Abs. 1 BGB auf den Zeitpunkt der Unterzeichnung zurück, doch fehlt dem Verband im Zeitpunkt seiner Erklärung bereits die Legitimation, um auch das frühere Mitglied zu verpflichten.<sup>36)</sup>

19) HUECK/NIPPERDEY, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Bd. II/1, Berlin-Frankfurt/Main 1967, § 23 V 3 c (S. 491).

20) BAG AP Nr. 3 zu § 3 TVG Bl. 2 R.

21) BAG ZTR 1994, 21 = AP Nr. 15 zu § 3 TVG Bl. 2.

22) § 3 Rn. 21.

23) LIEB NZA 1994, 337.

24) DÄUBLER, Tarifvertragsrecht, Rn. 300, 1510.

25) Ebenso im Ergebnis HAGEMEIER/KEMPEN/ZACHERT/ZILIUS § 3 Rn. 25; anders WIEDEMANN/STUMPF § 3 Rn. 35.

26) Zur Zulässigkeit einer Teilkündigung, die besonders vereinbart sein muß, siehe BAG AP Nr. 1 und 2 zu § 74 BAT; BAG DB 1991, 871.

27) BIEBACK DB 1989, 478.

28) BIEBACK DB 1989, 479; DÄUBLER, Tarifvertragsrecht, Rn. 1513; HAGEMEIER/KEMPEN/ZACHERT/ZILIUS § 3 Rn. 26; anders WIEDEMANN/STUMPF § 3 Rn. 36.

29) BAG DB 1992, 1297.

30) Zuletzt SCHWAB BB 1994, 781.

31) Siehe etwa BAG AP Nr. 8 zu § 1 TVG Form; BAG AP Nr. 12 zu § 4 TVG Ordnungsprinzip; LAG Köln ZTR 1992, 31.

32) DÄUBLER, Tarifvertragsrecht, Rn. 1513; HAGEMEIER/KEMPEN/ZACHERT/ZILIUS § 3 Rn. 27; WIEDEMANN/STUMPF § 3 Rn. 36.

33) Ebenso für den Fall der bloßen Nachwirkung nach § 4 Abs. 5 TVG BAG ZTR 1991, 206 = DB 1991, 871.

34) So BAUER/DILLER DB 1993, 1088.

35) Dagegen auch SCHWAB BB 1994, 782; skeptisch LIEB NZA 1994, 338.

36) Ebenso im Ergebnis ArbG Gelsenkirchen, Urt. v. 29. 1. 1992, 1501-1504/91, nicht veröffentlicht.

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 erfaßt.<sup>37)</sup> Die durch § 3 Abs. 3 TVG vermittelte Tarifbindung genießt dabei keinen besonderen Schutz; welcher der konkurrierenden Tarifverträge anwendbar ist, bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen, in der Praxis nach der Regel vom Vorrang des spezielleren vor dem allgemeineren Tarif.<sup>38)</sup>

### 3. Nachwirkung des Tarifvertrags

Ist der nach § 3 Abs. 3 TVG weiterwirkende Tarifvertrag „beendet“, schließt sich nach zutreffender Auffassung des BAG eine Phase der Nachwirkung an.<sup>39)</sup> § 4 Abs. 5 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 verhindern wollen, daß inhaltsleere Arbeitsverträge entstehen.<sup>40)</sup>

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 Abmachung kann nach herrschender Auffassung auch durch Änderungskündigung erzwungen werden.<sup>41)</sup> Weiter besteht die Möglichkeit, mit Neueingestellten auch dann untertarifliche Bedingungen zu vereinbaren, wenn sie der tarifschließenden Gewerkschaft angehören.<sup>42)</sup> Wird über den Tarifvertrag bei den Einstellungsverhandlungen gar nicht gesprochen, soll nach der Rechtsprechung des BAG dieselbe Rechtsfolge eintreten, da neu begründete Arbeitsverhältnisse nicht von einem nachwirkenden Tarifvertrag erfaßt würden.<sup>43)</sup> Dies hat zwar in der Literatur erhebliche Kritik erfahren<sup>44)</sup>, 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 Weiterwirkungszeitraum des § 3 Abs. 3 TVG anschließende Nachwirkung sei mit Art. 9 Abs. 3 GG nicht vereinbar, da auch dispositive Tarifnormen der demokratischen Legitimation durch die Tarifunterworfenen bedürften, die hier nicht vorliege.<sup>45)</sup> Auch habe die Nachwirkung „Überbrückungsfunktion“, die dann überschritten sei, wenn auch nach längerer Zeit kein Tarifvertrag mehr zustande komme. Dem ist nicht nur entgegenzuhalten, daß der Wortlaut des § 4 Abs. 5 TVG keine Anhaltspunkte für eine entsprechende Restriktion bietet. Vielmehr wird auch übersehen, daß der ersatzlose Wegfall des Tarifvertrags den Arbeitgeber in vieler Hinsicht schlechter stellen könnte: So würde sich die Lohnhöhe nach § 612 Abs. 2 BGB bestimmen, was im Regelfall auf die Anwendung nicht des bei Austritt geltenden, sondern des in der Gegenwart existierenden Tarifvertrags hinauslaufen würde.<sup>46)</sup> Der Arbeitgeber müßte sich daher u. U. mit einem Lohnniveau abfinden, das er durch den Verbandsaustritt gerade verhindern wollte. Bei anderen Tarifklauseln, wie etwa über Arbeitszeit und Urlaub,

fehlt zwar eine dem § 612 Abs. 2 BGB entsprechende Vorschrift, doch ist in keiner Weise auszuschließen, daß die Arbeitsgerichte die wegfallenden Tarifverträge unter Rückgriff auf die Generalklauseln der §§ 242, 315 Abs. 1 BGB schließen und dabei das „Tarifübliche“ zugrunde legen würden. Die vom BAG angenommene Nachwirkung kommt also der Arbeitgeberseite durchaus entgegen, da – von der sogleich zu besprechenden arbeitsvertraglichen Ebene einmal abgesehen – eine Abkoppelung von der weiteren Entwicklung der tariflichen Löhne und Arbeitsbedingungen erfolgt.<sup>47)</sup>

### 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 in den Arbeitsvertrag eingehen.<sup>48)</sup> Anders verhält es sich dann, wenn ausdrücklich auf einen ganz bestimmten, durch sein Datum individualisierten Tarifvertrag verwiesen wird<sup>49)</sup> oder wenn das Gehalt im einzelnen betragsmäßig festgelegt ist.<sup>50)</sup> 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 schaffen.<sup>51)</sup> Dabei handelt es sich auch den Organisierten gegenüber nicht etwa um eine deklaratorische Bestimmung, die nur wiederholt,

37) Nach dem Austritt ist diese einschränkende Bedingung nicht mehr erfüllt. Zu einer solchen Konstellation siehe BAG AP Nr. 3 zu § 3 TVG.

38) So BAG, aaO (Fn. 37).

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

40) So BAG AP Nr. 13 zu § 3 TVG Bl. 1 R.

41) BAG AP Nr. 16 zu § 4 TVG Bl. 3 R; BAG DB 1991, 2089; SCHWAB BB 1994, 782; WIEDEMANN/STUMPF § 4 Rn. 196; a. A. HAGEMEIER/KEMPEN/ZACHERT/ZILIUS § 4 Rn. 51. Zu den Voraussetzungen einer Änderungskündigung im einzelnen siehe unten 4.

42) Dies folgt aus der fehlenden zwingenden Wirkung der Tarifnormen.

43) BAG AP Nr. 1, 8 und 16 zu § 4 TVG Nachwirkung.

44) DÄUBLER, Tarifvertragsrecht, Rn. 1464; HAGEMEIER/KEMPEN/ZACHERT/ZILIUS § 4 Rn. 52; LÖWISCH/RIEBLE § 4 Rn. 226; ROTTER, Nachwirkung der Normen eines Tarifvertrags. Eine dogmatische Untersuchung, Heidelberg 1992, S. 46 ff.; WIEDEMANN, Anmerkung zu BAG AP Nr. 8 zu § 4 TVG Nachwirkung Bl. 6 R.

45) LÖWISCH/RIEBLE § 4 Rn. 242; SCHWAB BB 1994, 782.

46) LIEB NZA 1994, 338.

47) Insoweit zutreffend BAUER/DILLER DB 1993, 1087.

48) BAG DB 1991, 1779; DÄUBLER, Tarifvertragsrecht, Rn. 333; GAUL ZTR 1991, 193; MünchArbR/LÖWISCH § 262 Rn. 11; SCHWAB BB 1994, 783.

49) BAG ZTR 1991, 376 = DB 1991, 1779.

50) BAUER/DILLER DB 1993, 1087; SCHWAB BB 1994, 783.

51) Vgl. ETZEL, Beilage 1/1987 zu NZA, S. 27.

was sowieso gilt.<sup>52)</sup> Der Arbeitgeber weiß in aller Regel gar nicht, ob der neu eingestellte Arbeitnehmer der Gewerkschaft angehört<sup>53)</sup>, er will sich daher durch die Klausel allen gegenüber in bestimmter Weise verpflichten und so für klare Verhältnisse sorgen. Da er typischerweise die Bestimmung vorformulierte, muß er sich überdies in entsprechender Anwendung des § 5 AGB-Gesetz im Streitfall an der Auslegung festhalten lassen, die zu seinen Lasten geht.<sup>54)</sup> 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 Vertrauenstatbestand in der Richtung entstehen, daß auch nach einem etwaigen Austritt aus dem Verband etwas Bisheriges erfolgen würde.<sup>55)</sup> Die Fortsetzung einer bisherigen Praxis kann immer nur für den Fall erwartet werden, daß sich keine wesentlichen Voraussetzungen geändert haben.<sup>56)</sup>

Eine Änderungskündigung kann nicht nur zu dem Zweck erfolgen, eine „lästige“ Verweisklausel 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 nur in Extremfällen Gebrauch gemacht werden: Eine betriebsbedingte Änderungskündigung, durch die die Vergütung der Beschäftigten herabgesetzt werden soll, ist nur dann zulässig, wenn andernfalls die Stilllegung des Betriebes oder die Reduzierung der Belegschaft droht.<sup>57)</sup> 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 Zulagen bezog, 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 Unvermeidlichkeit des Lohnabbaus ergibt und der überdies klarlegt, daß auch andere am Unternehmen Beteiligte Opfer zu erbringen haben.<sup>58)</sup>

### 5. Abschluß eines Firmentarifs?

Der aus dem Verband ausgetretene Arbeitgeber kann mit der Gewerkschaft einen Firmentarif abschließen. Diese kann auch während des Weiterwirkungszeitraums nach § 3 Abs. 3 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 ausgetretenen Unternehmen.<sup>59)</sup> Wenig plausibel 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 ausgetretene Unternehmen schwerlich mit der Unterstützung des Verbandes rechnen; dieser wird weder seinen Arbeitskampffonds aktivieren noch gar Maßnahmen gegen die Gewerkschaft ergreifen.<sup>60)</sup>

### 6. Zwischenergebnis

Der Austritt aus dem Verband hat für den einzelnen Arbeitgeber in aller Regel kaum Vorteile. Die bisherigen Tarifverträge verlieren zwar ihre zwingende Wirkung, doch ist ihre Beseitigung im Wege der Änderungskündigung nur in Extremfällen möglich. Die Unterschreitung des Tarifniveaus mit neu Eingestellten stößt zwar nach der Rechtsprechung auf keine Bedenken, doch kann eine unterschiedliche Entlohnung bei gleicher Arbeit zu vermeidbaren Friktionen im Betriebsablauf führen. Realistischerweise führt der Austritt daher nur zum „Einfrieren“ der Arbeitsbedingungen. Nicht einmal dieser Erfolg 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. Die relativ bescheidene Wirkung eines Verbandsaustritts<sup>61)</sup> legt den Gedanken nach einer Umstrukturierung der Arbeitgeberverbände nahe.

### III. Schaffung von Mitgliedschaften ohne Tarifbindung?

Wie in der Einleitung<sup>62)</sup> kurz skizziert, bieten verschiedene Arbeitgeberverbände eine „Mitgliedschaft

52) So aber SCHWAB BB 1994, 783.

53) Zum grundsätzlichen Verbot, nach der Gewerkschaftszugehörigkeit zu fragen, siehe DÄUBLER, Arbeitsrecht 2, 9. Aufl., Reinbek 1992, S. 80 m. w. N.

54) Zur entsprechenden Anwendung des § 5 AGB-Gesetz siehe DÄUBLER, Arbeitsrecht 2, aaO, S. 113 und ZÖLLNER Rd 1989, 157, jeweils m. w. N.

55) BAUER/DILLER DB 1993, 1087 und SCHWAB BB 1994, 785 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.

56) Vgl. BAG AP Nr. 3 zu § 3 TVG Bl. 4: Tarifkonformität begründet keinen Vertrauensschutz.

57) BAG AP Nr. 2 und 14 zu § 2 KSchG 1969; zustimmend HUECK/VON HOYNINGEN-HUENE, KSchG, 11. Aufl., München 1992, § 2 KSchG Rn. 17; KITTNER/TRITTIN, Kündigungsschutzrecht, Kommentar für die Praxis, Köln 1993, § 2 KSchG Rn. 55; KR-ROST (Becker u. a.; Gemeinschaftskommentar zum KSchG und zu sonstigen Kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften), 3. Aufl., Neuwied 1989, § 2 KSchG Rn. 107 a; MünchArbR-Hanau, § 61 Rn. 113; krit. dagegen BAUER/DILLER DB 1993, 1087 mit Fn. 37.

58) Zu Ansätzen in diese Richtung siehe die Nachw. bei KR-Rost § 2 KSchG Rn. 107 a. Sehr viel weitergehend das japanische Recht, das u. a. auch Gehaltsreduzierungen von Managern verlangt, bevor eine Kündigung erlaubt ist. Einzelheiten bei SCHREGLER, International Labour Review 132 (1993), 507 ff.

59) LAG Hamm DB 1991, 1126; BIEBACK DB 1989, 482; DÄUBLER, Tarifvertragsrecht, Rn. 1509; HAGEMEIER/KEMPEN/ZACHERT/ZILLIUS § 3 Rn. 28; KONZEN ZfA 1975, 424; a. A. BAUER/DILLER DB 1993, 1085; HUECK/NIPPERDEY, Bd. II/2, S. 1011 mit Fn. 37; WIEDEMANN/STUMPF § 3 Rn. 33 (unter unzutreffender Berufung auf Konzen).

60) Vgl. LIEBENZA 1994, 340.

61) Der Ausschuß aus dem Verband ist im übrigen dem Austritt gleichzustellen – DÄUBLER, Tarifvertragsrecht, Rn. 1508; LÖWISCH/RIEBLE § 3 Rn. 79; WIEDEMANN/STUMPF § 3 Rn. 29. Dasselbe gilt für eine Suspension der Mitgliedschaftsrechte (vgl. BEUTHIEN/MEIK DB 1993, 1518).

62) Oben I.

ohne Tarifbindung“ an.<sup>63)</sup> Soweit es um bestehende Verbände geht, werden zwei Arten von Mitgliedschaften geschaffen, wobei es Sache des einzelnen Unternehmens ist, sich der einen oder der anderen Kategorie zuzuordnen. Rechtliche Probleme ergeben sich bezüglich der Zulässigkeit (unten 1) sowie – wenn man die Zulässigkeit einmal unterstellt – hinsichtlich der Rechtsfolgen (unten 2).

### 1. Zulässigkeit

Die Herausnahme einzelner Unternehmen aus der Tarifbindung könnte gegen den verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen.<sup>64)</sup> 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 BGB stellt die internen Strukturen in weitestem Umfang zur Disposition der Mitglieder, die deshalb auch bezüglich des Status differenzieren können.<sup>65)</sup> 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 beteiligen.<sup>66)</sup> Soweit man dies vermeidet, sind aus dem Vereinsrecht als solchem keine Bedenken ersichtlich.

Ganz anders stellt sich die Situation unter tarifrechtlichen Aspekten dar. Nach § 3 Abs. 1 TVG sind die „Mitglieder der Tarifvertragsparteien“ tarifgebunden. Am Beispiel der sog. Gastmitgliedschaft hatte das BAG Gelegenheit zu der Frage Stellung zu nehmen, wer „Mitglied“ im Sinne des § 3 Abs. 1 TVG ist.<sup>67)</sup> Dabei stellte es darauf ab, daß „Mitglied“ im tarifrechtlichen Sinne nur ist, wer Stimmrecht in der Mitgliederversammlung sowie das aktive und passive Wahlrecht zu den Vereinsorganen besitzt.<sup>68)</sup> Wer diese Voraussetzung nicht erfüllt und als bloßes „Gastmitglied“ gegen Zahlung eines bestimmten Beitrags Leistungen des Verbandes in Anspruch nehmen kann<sup>69)</sup>, 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 genausowenig wie bei der allgemeinen Rechtsfähigkeit in Betracht.<sup>70)</sup> Die Tarifbindung ist daher ein automatischer Ausfluß der Mitgliedschaft.<sup>71)</sup>

Auch eine Beschränkung der Tarifzuständigkeit auf eine bestimmte Mitgliedergruppe führt nicht weiter. Zwar richtet sich die Tarifzuständigkeit nach der autonomen Satzungsbestimmung des einzelnen Verbandes und ist nach der Rechtsprechung des BAG Wirksamkeitsvoraussetzung für einen Tarifvertrag.<sup>72)</sup> Sie kann jedoch nicht als Mittel verwendet werden, um die Grundentscheidung des § 3 Abs. 1 TVG aus den Angeln zu heben. Die Rechtsprechung hatte bisher durchweg mit Fällen zu tun, in denen das Vertretungsmandat der Gewerkschaft für bestimmte Betriebe streitig war.<sup>73)</sup> Daß die Tarifzuständigkeit nicht nur in fachlich-betrieb-

licher, sondern auch in persönlicher Hinsicht frei bestimmt werden könnte<sup>74)</sup>, läßt sich den vorliegenden Entscheidungen nicht entnehmen.<sup>75)</sup> 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 ausparen; 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; alles andere wäre überdies eine übermäßige Beschränkung der Handlungsmöglichkeiten der Gegenseite.<sup>76)</sup>

### 2. Potentielle Rechtsfolgen

Unterstellt man mit Buchner<sup>77)</sup>, 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 Abs. 3 TVG entsprechende Anwendung finden. 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 Abs. 3 TVG den verallgemeinerungsfähigen Gedanken enthält, ein einseitiges Aus-

63) Überblick über diese sog. OT-Mitgliedschaften bei RÖCKL DB 1993, 2382.

64) Dazu insbes. RÖCKL DB 1993, 2383.

65) Vgl. KÜBLER, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Heidelberg 1990, § 2 II, § 10 III, IV.

66) So RÖCKL DB 1993, 2384.

67) BAG AP Nr. 12 zu § 3 TVG Verbandszugehörigkeit; BAG AP Nr. 8 zu § 11 ArbGG 1979 Prozeßvertreter.

68) BAG AP Nr. 12 zu § 3 TVG Verbandszugehörigkeit.

69) Zu diesen Leistungen kann auf der Grundlage von BAG AP Nr. 11 zu § 11 ArbGG 1979 Prozeßvertreter auch der Rechtsschutz gehören.

70) Insoweit zutreffend BUCHNER NZA 1994, 4 m. w. N. (Fn. 15).

71) SÄCKER, AR-Blattei, Tarifvertrag II, unter D II.

72) So insbes. BAG AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit; krit. dazu DÄUBLER, Tarifvertragsrecht, Rn. 89 m. w. N.

73) Siehe insbes. BAG AP Nr. 4 und 5 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit.

74) So BUCHNER NZA 1994, 6.

75) Im Fall BAG 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 AP Nr. 5 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit ging es um die Einbeziehung eines Unternehmens in die Bautarife, in BAG AP Nr. 6 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit stand der handwerkliche Charakter eines Unternehmens in Frage, und BAG AP Nr. 7 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit betraf die Zuständigkeit der ÖTV für Unternehmen des Tauchergewerbes. In BAG AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit wird auf Blatt 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 AP Nr. 5 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit Bl. 2 R: „Jede Gewerkschaft kann für sich entscheiden, für welche Arbeitnehmer in welchem Gewerbe 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.

76) Ähnlich für den Fall der gewollten Tarifunfähigkeit DÄUBLER, Tarifvertragsrecht, Rn. 73.

77) NZA 1994, 4 ff.

brechen aus der Tarifbindung zu verhindern.<sup>78)</sup> Was die weiteren Rechtsfolgen (Nachwirkung, arbeitsvertragsrechtliche Situation) angeht, kann auf die oben<sup>79)</sup> gemachten Ausführungen verwiesen werden.

#### IV. 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 und bezüglich der Beiträge eine Anrechnung erfolgt.

Keine gravierenden Probleme ergeben sich in bezug auf die weiter tarifwilligen Firmen: Der nach § 3 Abs. 3 TVG (1. Variante) oder nach § 3 Abs. 1 TVG (2. Variante) weitergeltende Tarifvertrag dürfte in absehbarer Zeit durch einen neuen abgelöst werden.

Problematisch ist allein die Frage, ob der bisher bestehende Arbeitgeberverband seine Tariffähigkeit ablegen kann. Die „gewollte Tariffähigkeit“ hatte in der Weimarer Zeit erhebliche Bedeutung, da auf diese Weise die Unterwerfung unter die Zwangsschlichtung vermieden wurde.<sup>80)</sup> Wie Löwisch berichtet<sup>81)</sup>, 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 wäre.<sup>82)</sup> 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 ein.<sup>83)</sup>

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 Weg zu gehen. Der Verzicht auf die Tariffähigkeit ist nur dadurch möglich, daß der Arbeitgeberverband sich jeder unmittelbaren oder mittelbaren Beeinflussung von Arbeits- und Wirtschaftsbedin-

gungen 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 ist.<sup>84)</sup>

Dem bisherigen Arbeitgeberverband ist es somit nicht möglich, sich selbst tarifunfähig zu machen und gleichwohl seine sonstigen Aufgaben weiterzuerfüllen. 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 Arbeitgeberverbandes nichts. Treten sie aus diesem aus, bestimmen sich die Rechtsfolgen nach dem oben Dargelegten<sup>85)</sup>. Sofern sie auf einen Austritt verzichten, würden allerdings zwei Arten von Mitgliedschaften entstehen, was nach dem oben<sup>86)</sup> Gesagten unzulässig ist.

Ob der neugegründete Verband nicht doch tariffähig ist, hängt davon ab, wie man sich zur „gewollten Tarifunfähigkeit“ stellt.<sup>87)</sup>

#### V. Das Ausgründungsmodell

Werden für einzelne Bereiche Tochtergesellschaften gegründet, treten diese keinem Arbeitgeberverband bei und übernehmen sie Teile der Belegschaft, so greift nach allgemeiner Auffassung § 3 Abs. 3 TVG nicht ein.<sup>88)</sup> Die bisherigen tariflichen Bestimmungen werden vielmehr nach § 613 a Abs. 1 Satz 2 BGB Inhalt der Arbeitsverträge und können nicht vor Ablauf eines Jahres durch Abmachung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer geändert werden. Im Vergleich zu § 3 Abs. 3 TVG ergibt sich insofern eine Abschwächung, als eine zeitliche Beschränkung auf ein Jahr eintritt und als neu Eingestellte grundsätzlich nicht erfaßt sein sol-

78) Vgl. BAG AP Nr. 3 zu § 3 TVG Bl. 2 R. Die unmittelbare und zwingende Wirkung des Tarifvertrags „soll nicht durch eine einseitige Maßnahme des Arbeitgebers (oder Arbeitnehmers) wie insbes. (!) seinen Verbandsaustritt unmittelbar beseitigt werden können“. Siehe weiter WIEDEMANN, Anm. zu BAG AP Nr. 4 zu § 3 TVG: „Der Gesetzeszweck (des § 3 Abs. 3) ist aber doch eindeutig der, daß die Mitglieder einer Gewerkschaft oder eines Arbeitgeberverbandes sich deren Normsetzung nicht willkürlich entziehen dürfen. Dieser Gesetzeszweck spricht . . . für eine unveränderte Weiterwirkung der Tarifverträge im Liquidationsstadium der Tarifvertragspartei.“

79) II 3 und 4.

80) Dazu RICHARDI, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, München 1968, S. 151 ff.

81) ZfA 1974, 29 ff.

82) LÖWISCH ZfA 1974, 31.

83) LÖWISCH ZfA 1974, 33; RICHARDI, aaO, S. 155 f.

84) HAGEMEIERS/KEMPEN/ZACHERT/ZILJUS § 2 Rn. 73; HUECK/NIPPERDEY, Bd. II/1, § 6 III 3 (S. 107); NIKISCH, Arbeitsrecht, Bd. 2, 2. Aufl., Tübingen 1959, § 70 II 2 (S. 245); MAUS, TVG, Kommentar, Göttingen 1956, § 2 Rn. 41 ff.

85) Oben II.

86) III.

87) Siehe oben 1.

88) BAUER/DILLER DB 1993, 1088 f.

len.<sup>89)</sup> Auch ist durchaus umstritten, ob alle Tarifnormen ihrer Natur nach in den Arbeitsvertrag eingehen können.<sup>90)</sup> Auf der anderen Seite können die Arbeitnehmer dem Betriebsübergang widersprechen, eine Befugnis, die auch kollektiv ausgeübt werden kann.<sup>91)</sup> Tritt dieser Fall ein, kommt zwar der Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung in Betracht, doch dürfte es das einer Kündigung vorgehende mildere Mittel sein, die in Betracht kommenden Beschäftigten den Tochterunternehmen als (echte) Leiharbeiter zur Verfügung zu stellen.<sup>92)</sup>

Nach Ablauf der Jahresfrist verlieren die ehemaligen Tarifnormen ihre zwingende Wirkung; sie gelten jedoch als dispositiven Vertragsbestimmungen weiter.<sup>93)</sup> 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 oben<sup>94)</sup> genannten Bedingungen ab. Das Mittel der Betriebsvereinbarung kann nicht zur Reduzierung der Vergütung oder zur Verlängerung der Wochenarbeitszeit eingesetzt werden, da insofern eine „tarifübliche“ Regelung existiert, die nach § 77 Abs. 3 BetrVG jede Betriebsvereinbarung ausschließt.<sup>95)</sup>

## VI. Einschätzung

Die Prüfung der tarif- und arbeitsvertraglichen Situation hat ergeben, daß der Arbeitgeber bestenfalls in der Lage ist, das einmal erreichte Tarifniveau „einzufrieren“. Wie nicht zuletzt die jüngsten Tarifabschlüsse in der Metallindustrie zeigen<sup>96)</sup>, kann ein weitergehendes Ziel – nämlich eine vorübergehende Absenkung der Arbeitsbedingungen – eher im Rahmen des bestehenden Verhandlungssystems erreicht werden. Dies führt zu der erstaunlichen Nebenfolge, daß vorher aus ihrem Verband ausgetretene Arbeitgeber mit Rück-

sicht auf die Weiter- und Nachwirkung der alten Tarifverträge nach den §§ 3 Abs. 3, 4 Abs. 5 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 streiken, 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 müssen.<sup>97)</sup> Bisher lag gerade hier die Stärke der deutschen Wirtschaft – warum sollte es in Zukunft anders sein?

89) BAUER, Unternehmensveräußerung und Arbeitsrecht: Arbeitsrechtliche Probleme bei der Übertragung von Unternehmen, Betrieben, Betriebsstellen und Gesellschaftsanteilen, Heidelberg 1983, S. 108; SEITER, Betriebsinhaberwechsel, Stuttgart-Wiesbaden 1980, S. 92; WANK NZA 1987, 506; differenzierend im Hinblick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz DÄUBLER, Tarifvertragsrecht, Rn. 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.

90) Übersicht bei DÄUBLER, Tarifvertragsrecht, Rn. 1535 ff. m. w. N.

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

92) Die Frage ist, soweit ersichtlich, noch nicht höchstrichterlich entschieden. Zur Problematik siehe BLANK/BLANKE u. a., Arbeitnehmerschutz bei Betriebsaufspaltung und Unternehmensteilung, 2. Aufl., Köln 1987, S. 255 ff., 259 ff.

93) BAG AP Nr. 46 zu § 613 a BGB = DB 1986, 698; HÜPER, Der Betrieb im Unternehmerzugriff. Arbeitnehmerinteresse und Mitbestimmung bei Betriebsübergang, Betriebsaufspaltung und Betriebsparzellierung, Frankfurt/Main 1986, S. 64/65; LÖWISCH/RIEBLE § 3 Rn. 84; SEITER, Betriebsinhaberwechsel, S. 95; WANK NZA 1987, 510.

94) II 4.

95) Ebenso BAUER/DILLER DB 1993, 1089.

96) 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.

97) Siehe etwa WELSCH WSI-Mitt. 1994, 12 ff.

## Zur arbeitsgerichtlichen Befristungskontrolle von Arbeitsverträgen nach SR 2 y Nr. 1 c BAT (Aushilfsangestellte)

– eine kritische Anmerkung aus praktischer Sicht –

Franz Vetter

1. Die ausdifferenzierte und kaum mehr überschaubare Rechtsprechung zum obigen Themenkreis mag den Eindruck erwecken, als sei alles zu diesem ehemals höchst strittigen und mit zunehmender forensischer Aktivität ruhiger gewordenen Fragenkomplex gesagt. Wenn nun zu einem an sich „abgegrastem“ Thema eine weitere Anmerkung hinzugefügt werden soll, dann hat dies seine Ursache in einem – aus praktischer Sicht – höchst unbefriedigenden (richter)rechtlichen Zustand, der nachfolgend darzustellen sein wird.

1.1 Es ist allgemein anerkannt, daß die Vereinbarung befristeter Arbeitsverhältnisse unter dem Gesichtspunkt der Vertragsfreiheit und nach § 620 BGB grundsätzlich zulässig ist. Voraussetzung ist jedoch, daß ein verständiger sachlicher Grund für die Befri-

stung vorliegt, um eine Umgehung zwingender Kündigungsschutzbestimmungen zu vermeiden. Fehlt ein solcher Grund, ist die Befristung wegen einer auf den gesetzlichen Kündigungsschutz bezogenen Gesetzesumgehung unwirksam. Eine Umgehungsabsicht ist nicht erforderlich. Entscheidend ist vielmehr die objektive Funktionswidrigkeit des Rechtsgeschäfts<sup>1)</sup>.

1) Ständige Rechtsprechung des BAG; grundlegend hierzu Großer Senat des BAG, Beschluß vom 12. 10. 1960 – GS 1/59 – BAG 10, 65 = AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

Zum Stand der Rechtsprechung bis April 1992 siehe KOCH, Die Rechtsprechung des BAG zur Zulässigkeit befristeter Arbeitsverhältnisse, NZA 1992, 154, wo einleitend auf die Vielzahl der diesbezüglichen Erkenntnisse und die statistisch feststellbare deutliche Zunahme der Rechtsprechungsaktivität hingewiesen wird.

Sehr instruktiv auch HOFMANN, Der befristete Arbeitsvertrag im Spiegel der neueren Rechtsprechung, ZTR 1993, 399 m. w. N.