

Flucht aus dem Tarifvertrag und ihre Behinderung durch die gesetzliche Weitergeltung

- I. Einleitung
 1. Die Tarifbindung als Belastung
 2. Das Recht auf Tarifaufstieg
- II. Geltungsvoraussetzungen des Verbandstarifvertrags als Angriffspunkte
 1. Überblick
 2. Tariffucht auf individueller Ebene
 - a) Beendigung der Mitgliedschaft
 - b) Trennung von Tarifgebundenheit und Arbeitsverhältnis durch Betriebsübergang nach § 613 a BGB
 - c) Herauswandern aus dem (fachlichen) Geltungsbereich des Tarifvertrages
 - d) Tarifikündigung durch das Mitglied?
 3. Tariffucht auf kollektiver Ebene
 - a) Außerordentliche Kündigung des Tarifvertrags durch eine Tarifpartei
 - b) Beseitigung einer Tarifpartei durch Verbandsauflösung oder Aufgabe der Tarifwilligkeit (oder Beschränkung der Tarifzuständigkeit)
 4. OT-Mitgliedschaft als gemeinsame Strategie von Verband und Mitglied
- III. Die Flucht aus dem (Verbands-) Tarifvertrag – nur wohin?

I. Einleitung

1. Die Tarifbindung als Belastung

Daß Arbeitgeber insbesondere mit tariflichen Arbeitsbedingungen unzufrieden sind, ist bekannt. Die Unzufriedenheit bezieht sich auf zwei Determinanten: Tarifliche Arbeitsbedingungen seien zu teuer und zu wenig flexibel. Zu teuer heißt: Die Löhne (also: Arbeitsentgelte) seien – insbesondere im als Folge der Globalisierung verschärften Standortwettbewerb¹ zu hoch, auch weil sie Bemessungsgrundlage für die Lohnnebenkosten sind.² Zu wenig flexibel heißt: Vor allem die Arbeitszeitregelungen in den Tarifverträgen stünden einem flexiblen Personaleinsatz im Wege. Die tarifliche Ar-

¹ Allgemein: *Buchner*, Das deutsche Arbeits- und Sozialrecht – Ein Standortnachteil im Gemeinsamen Markt? Vortrag vom 20. 11. 1989, herausgegeben von der Bezirksgruppe Karlsruhe des Verbandes der Metallindustrie Baden-Württemberg e. V.; *Däubler*, Das deutsche Arbeitsrecht – ein Standortnachteil? DB 1993, 781; *Fischer*, Industriestandort Deutschland – Krise oder Chance durch das Arbeitsrecht? BB 1994, 278; *Löwisch*, Der Standort Bundesrepublik Deutschland aus arbeitsrechtlicher Sicht, Schriftenreihe der Wirtschafts- und sozialpolitischen Gesellschaft Trier Nr. 19 (1990); *Sachverständigenrat*, Jahresgutachten 1995/96: Im Standortwettbewerb (1995) = Bundestagsdrucksache 13/3016.

² Speziell zur Standortgefährdung durch Tarifverträge *Buchner*, Verbandsmitgliedschaft ohne Tarifgebundenheit, NZA 1995, 761 f. *Möschel*, Tarifautonomie – ein überholtes Ordnungsmodell? WuW 1995, 704.

beitszeit sei insgesamt zu kurz, die Lage der Arbeitszeit, sei es an Wochenenden, sei es in auftragsstarken Zeiten zu wenig beweglich. Ob diese Unzufriedenheit berechtigt ist oder ob nicht vielmehr die Unternehmen ihre Möglichkeiten zu rationeller Organisation der Arbeit hinreichend genutzt und die schon bestehenden Freiräume in den Tarifverträgen gesehen, also kurz: ihre Hausaufgaben nicht gemacht haben, ist nicht zu klären. Es ist nicht Aufgabe einer Rechtsordnung, den „Akteuren“ aufzugeben, wie sie sich innerhalb bestehender Freiräume „richtig“, insbesondere zweckmäßig verhalten. Das kann sie auch gar nicht leisten, weil sich die Tarifbindung als Problem für jeden Arbeitgeber anders stellt – je nach Kapital- und Personalintensität, Betriebs- und Betriebsgröße, Zugehörigkeit zur Produktion oder Dienstleistung und dort zu unterschiedlichen Branchen, Stellung in der Arbeitsteilung vom Endproduzenten über den Modullieferanten bis hin zum Zulieferer und dementsprechend je nach wirtschaftlicher Abhängigkeit von marktmächtigen Kunden. Die Absatzbewegungen aus dem Tarifsystem sind jedenfalls so spürbar, daß von der *Krise des Flächentarifvertrags* gesprochen wird.³ Zuverlässige Zahlen fehlen freilich.

2. Das Recht auf Tarifaufstieg

Während es kaum bestreitbar ist, daß die positive Koalitionsfreiheit auch ein Recht des Einzelnen – Arbeitgebers wie Arbeitnehmers – bedeutet, sich den Tarifverträgen der selbstgewählten Koalition unterstellen zu dürfen, bedeutet die negative Koalitionsfreiheit zwar, die Mitgliedschaft beenden zu dürfen, aber keineswegs, keinen Tarifwirkungen zu unterliegen – also „in Ruhe gelassen“ zu werden, wie insbesondere die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen nach § 5 TVG zeigt.⁴ Der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Tarifbindung von Nichtorganisierten⁵ läßt sich aber eine entscheidende Grenze entnehmen: Jede Tarifgeltung bedarf einer Legitimation. Diese kann nur staatlich-demokratisch oder privatautonom-mitgliedschaftlich sein. Mit der negativen Koalitionsfreiheit ist dem einzelnen Arbeitgeber oder Arbeitnehmer das Recht eingeräumt, seiner bisherigen Koalition das mitgliedschaftliche Tarifmandat zu entziehen. Der nunmehr Nichtorganisierte hat zwar ebensowenig wie jeder andere ein Recht auf vollkommene Selbstbestimmung. Ihm ist

³ A. Junker, Der Flächentarifvertrag im Spannungsverhältnis von Tarifautonomie und betrieblicher Regelung, ZfA 1996, 383 ff.; Rieble, Krise des Flächentarifvertrages? RdA 1996, 151 ff.; Wirth, Tarifpolitik am Wendepunkt – ein Plädoyer für den Flächentarifvertrag, AuA 1997, 109; Zschert, Krise des Flächentarifvertrages? Rda 1996, 140 ff.; derselbe, Hat der Flächentarifvertrag noch eine Zukunft? AuA 1996, 293.

⁴ So BVerfG vom 14. 6. 1983 – 2 BvR 488/80 – BVerfGE 64, 208, 213 = AP Nr. 21 zu § 9 BergmannsVersorgungScheinG NRW = NJW 1984, 1225 = SAE 1984, 1 mit Anm. Scholz: „... insbesondere wird in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG nicht eingegriffen.“ MünchArbR/Löwisch III (1993) § 237 Rn. 4; § 238 Rn. 36 ff. Anders BAG vom 26. 4. 1990 – 1 ABR 84/87 – EzA § 4 TVG Druckindustrie Nr. 20 = AP Nr. 57 zu Art. 9 GG: negative Koalitionsfreiheit als Prüfungsmaßstab für Betriebsnormen; Schüren, Tarifgeltung für Außenseiter – „No taxation without representation“, RdA 1988, 138 ff.; Schlüter, Tarifmacht gegenüber Außenseitern – Zur Verfassungsmäßigkeit der tariflichen Schlichtungsstelle (§ 76 Abs. 8 BetrVG), FS Lukes (1989) S. 559 ff.

⁵ BVerfG vom 24. 5. 1977 – 2 BvL 11/74 – BVerfGE 44, 322, 345 ff. = EzA § 5 TVG Nr. 5 = AP Nr. 15 zu § 5 TVG; vom 15. 7. 1980 – 1 BvR 24/74 und 439/79 – BVerfGE 55, 7 ff. = EzA § 5 TVG Nr. 7 = AP Nr. 17 zu § 5 TVG; vom 14. 6. 1983 (Fn. 4).

aber das Recht garantiert, Fremdbestimmung nur durch den ihm gegenüber hierzu allein legitimierten Staat zu erfahren. Nur dessen Normbefehle rechnen zur „verfassungsmäßigen Ordnung“, nur sie dürfen die individuelle Freiheit beschränken. Die Fremdbestimmung durch den Staat ist im Bereich der Berufsausübung, sei es als Arbeitgeber oder als Arbeitnehmer, an die Schranken des Art. 12 GG gebunden. Insofern verbürgt die Berufsfreiheit ein Recht auf privatautonome Individualität: die Arbeitsvertragsfreiheit unabhängig von einer Bevormundung durch den Staat oder die Koalitionen.⁶

Doch ist – was von der Tariffkritik häufig übersehen wird – die Vertragsfreiheit auch im Arbeitsleben kein Recht auf einseitiges Vertragsdiktat. Die Auseinandersetzung mit dem Vertragspartner bleibt niemandem erspart. Dabei hat der Arbeitgeber auch keinen Anspruch darauf, nur mit den ihm „unterlegenen“ Arbeitnehmern auf individueller Ebene verhandeln zu müssen. Vielmehr haben diese kraft ihrer kollektiven Koalitionsfreiheit das Recht, ihre Kraft zu bündeln, also über ihre Gewerkschaft vom Arbeitgeber den Abschluß eines Haustarifvertrags zu verlangen – und notfalls zu erstreiken. Individualität kann der Arbeitgeber immer nur für sich beanspruchen, nicht aber von seinen Arbeitnehmern verlangen. Die Tariffähigkeit des einzelnen Arbeitgebers nach § 2 Abs. 1 TVG ist mithin das notwendige Korrelat zu seinem subjektiven Recht auf Tarifflicht. Anders gewendet: Sowenig die Gewerkschaft vom Arbeitgeber kollektives Verhandeln verlangen kann, sowenig kann der Arbeitgeber von seinen Arbeitnehmern Individualität einfordern.

II. Geltungsvoraussetzungen des Verbandstarifvertrags als Angriffspunkte

1. Überblick

Die Arbeitsbedingungen eines Tarifvertrages gelten normativ, also unmittelbar und zwingend, iSv § 4 Abs. 1 TVG wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- *Auf kollektiver Ebene* müssen taugliche Tarifparteien einen wirksamen Tarifvertrag geschlossen haben.
- *Auf individueller Ebene* muß ein Arbeitsverhältnis bestehen, Arbeitgeber und Arbeitnehmer müssen als Mitglieder der tarifschließenden Verbände tarifgebunden sein, also durch ihre Entscheidung für die Mitgliedschaft die Geltung des Tarifvertrags legitimiert haben.

Den Sonderfall der Tarifgeltung kraft Allgemeinverbindlicherklärung (§ 5 TVG) will hier außer Betracht lassen, weil er nur wenige Branchen betrifft.

- Zudem muß der *Geltungsanspruch* des auf kollektiver Ebene geschlossenen Tarifvertrags das auf individueller Ebene bestehende Arbeitsverhältnis erfassen – und

⁶ Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (1996) Rn. 1151 ff. Für dieses Legitimationsproblem kommt es nicht darauf an, ob sich die Tarifnormen nur zugunsten des Nichtorganisierten auswirken. So aber ein Großteil der Literatur: Schlüter (Fn. 4) S. 572; Zöllner, Tarifmacht und Außenseiter, RdA 1962, 453, 459; Lieb, Begriff, Geltungsweise und Außenseiterproblematik der Solidarnormen, RdA 1967, 441 ff.

zwar positiv dadurch, daß das Arbeitsverhältnis dem *Geltungsbereich* des Tarifvertrages unterfällt.

Hinzu kommt nach der umstrittenen Rechtsprechung des 4. Senats die negative Beschränkung, daß kein anderer im Betrieb geltender Tarifvertrag in der Tarifkonkurrenz vorgehen darf. Hierauf will ich nicht eingehen, da sich insofern eine Wende in der Rechtsprechung andeutet.⁷

Dementsprechend kann der Angriff auf die Tarifgeltung in allen drei Punkten erfolgen:

- *Auf kollektiver Ebene* können die Tarifparteien den Vertragsschluß angreifen – vor allem durch außerordentliche Kündigung. Sie können aber auch ihre Eigenschaft als taugliche Tarifpartei beseitigen, durch Verbandsauflösung, Aufgabe der Tariffähigkeit oder Beschränkung der Tarifwilligkeit.
- *Auf individueller Ebene* wird vor allem die Beendigung der die Tarifgeltung legitimierenden Mitgliedschaft praktisch. Weil sie (wie noch zu sehen sein wird) wenig Erfolg bringt, wird häufig zur Trennung des Arbeitsverhältnisses vom tarifgebundenen Arbeitgeber gegriffen – durch Ausgliederung und Übertragung des Betriebes oder eines funktionsfähigen Betriebsteils auf einen anderen Arbeitgeber, der insbesondere zu diesem Zweck vom bisherigen Arbeitgeber als juristische Person gegründet worden sein kann, mit der Folge, daß die Arbeitsverhältnisse auf den nicht tarifgebundenen Arbeitgeber übergehen, kraft Gesetzes nach § 613 a Abs. 1 BGB oder durch Universalsukzession im Zuge von Verschmelzung und Spaltung.⁸ Schließlich kann das Arbeitsverhältnis als Gegenstand der tariflichen Regelung angegangen werden, sei es durch Verselbständigung des Arbeitnehmers mit den Folgeproblemen der sogenannten Schein-Selbständigkeit, sei es durch dessen Beendigung und Verlagerung des Unternehmens oder Betriebes ins Ausland.
- Schließlich kann die Arbeitgeberseite versuchen, dem *Geltungsanspruch* des Tarifvertrages zu entgehen. Durch geschickte organisatorische Maßnahmen läßt sich erreichen, daß das Unternehmen oder einzelne Betriebe aus dem *Geltungsbereich des Tarifvertrages* herauswandern. Durch Herbeiführen einer anderweitigen Tarifbindung mit einer fremden Gewerkschaft läßt sich auf Basis der umstrittenen Rechtsprechung des BAG zur Tarifeinheit im Betrieb der Vorrang eines anderen Tarifvertrages bewirken (insofern geht es um die Flucht in einen anderen Tarifvertrag).

2. Tarifflicht auf individueller Ebene

a) Beendigung der Mitgliedschaft

aa) Vereinsrechtliche Vorgaben

Die Mitgliedschaft in einem Verband läßt sich rechtsgeschäftlich – wie jede Dauerrechtsbeziehung – auf zwei Wegen beenden: Durch einseitigen Gestaltungsakt – Aus-

⁷ Vgl. Rieble, Anmerkung BAG EzA § 4 TVG Geltungsbereich Nr. 10 mit Nachweisen.

⁸ Auf die Sonderfrage, ob das Arbeitsverhältnis im Fall des UmwG wie alle anderen Vertragsverhältnisse durch Universalsukzession übergeht oder wegen § 324 UmwG doch auch nach § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB, will ich hier nicht eingehen. Dazu etwa Boecken, Unternehmensumwandlungen und Arbeitsrecht (1996) Rn. 56 ff.

tritt oder Ausschluß als Entsprechung zur Kündigung – und durch zweiseitigen Aufhebungsvertrag.⁹

In der Vergangenheit stand der Austritt gegen den Willen des Arbeitgeberverbandes im Vordergrund. Das Austrittsrecht ist dem Mitglied garantiert – von der negativen Koalitionsfreiheit wie von § 39 BGB.¹⁰ Vom fristlosen Austritt (als Kündigung) aus wichtigem Grund (§ 626 BGB) abgesehen, beendet der normale Austritt das Mitgliedschaftsverhältnis nur dann ex nunc, wenn die Satzung keine Austrittsfrist festlegt, § 39 Abs. 2 1. Halbsatz BGB. Die nach § 39 Abs. 2 2. Halbsatz BGB zulässige *Höchstaustrittsfrist* von zwei Jahren hat der BGH mit Rücksicht auf die negative Koalitionsfreiheit bei *Gewerkschaften* auf sechs Monate beschränkt.¹¹ Für *Arbeitgeberverbände* fehlen zwar Entscheidungen. Doch gilt für Arbeitgeber die Koalitionsfreiheit und damit die Austrittsfreiheit nicht anders.¹² Das leuchtet insbesondere mit Blick auf die Tarifmacht ein: Der verbandsangehörige Arbeitgeber muß sich der auf Mitgliedschaft fußenden Befugnis seines Verbandes, für ihn Tarifverträge abschließen zu können, insbesondere mit Blick auf § 3 Abs. 3 TVG ebenso schnell entziehen können, wie der Arbeitnehmer.

Stets möglich bleibt der *fristlose Austritt aus wichtigem Grund*.¹³ Daß ein Mitglied mit der Tarifpolitik seines Verbandes nicht einverstanden ist oder sie für sein Unternehmen als wirtschaftlich unverträglich ansieht, genügt dafür aber nicht. Denn dieses Risiko ist er mit seinem Beitritt gerade eingegangen.¹⁴ Wichtiger Grund kann nur die Existenzbedrohung durch tarifliche Arbeitsbedingungen sein. Die fristlose Kündigung muß aber zudem vor dem Hintergrund der ordentlichen Kündigung gesehen werden. Die spezifische Unzumutbarkeit muß also darin bestehen, daß die ohnehin kurze Austrittsfrist von sechs Monaten nicht abgewartet werden kann. Das kann man sich mit Blick auf tarifliche Arbeitsbedingungen allenfalls dann vorstellen, wenn ein besonders belastender Tarifabschluß droht und der Arbeitgeber noch vor dessen Inkrafttreten austreten will, um ihm zu entgehen.

Das Problem stellt sich nicht mehr in der Schärfe, weil Arbeitgeberverbände verstärkt bereit sind, die Mitgliedschaft einvernehmlich durch Aufhebungsvertrag als *actus contrarius* zum Aufnahmevertrag zu beenden. Es genügt, daß sich das Mitglied und das für die Aufnahme zuständige Vereinsorgan – nach dem BGB der Vorstand,

⁹ Letzteres wird in der vereinsrechtlichen Literatur – offenbar wegen der Selbstverständlichkeit – regelmäßig nicht aufgeführt. Richtig *Krauss*, Die neue Freiheit ohne Verbandstarif, DB 1995, 1562.

¹⁰ Statt aller MünchArbR/Löwisch III (1993) § 237 Rn. 1 ff.

¹¹ BGH vom 4. 7. 1977 – II ZR 30/76 – LM Art. 9 GG Nr. 6 = AP Nr. 25 zu Art. 9 GG und vom 22. 9. 1980 – II ZR 34/80 – LM § 39 BGB Nr. 14 = AP Nr. 33 zu Art. 9 GG = NJW 1981, 340. Sieht die Satzung eine längere Austrittsfrist als die noch zulässige vor, so wird nicht etwa der fristlose Austritt möglich, sondern wird die Satzungsbestimmung auf das noch zulässige Maß geltungserhaltend reduziert; RG vom 7. 6. 1917 – IV 119/16 – RGZ 90, 306, 311.

¹² MünchArbR/Löwisch § 238 Rn. 58 ff.; *Krauss* (Fn. 9) DB 1995, 1562; *Däubler*, Tarifaufstieg – Erscheinungsformen und Rechtsfolgen, NZA 1996, 225, 226. Das LAG Düsseldorf vom 13. 2. 1996 – 16 (6) Sa 1457/95 – LAGE § 3 TVG Nr. 4 = NZA-RR 1996, 340 läßt die Frage offen.

¹³ Siehe nur *Löwisch/Rieble*, TVG (1992) § 3 Rn. 36; LAG Düsseldorf aaO.

¹⁴ Mit Recht LAG Düsseldorf aaO; ähnlich *Däubler* (Fn. 12) NZA 1996, 226; großzügig aber *Beuthien/Meik*, Wenn Tariftreue unzumutbar wird, DB 1993, 1518.

§ 26 Abs. 2 BGB – darüber einig sind, daß die Mitgliedschaft enden soll. Kündigungsfristen brauchen hierbei nicht beachtet zu werden, weil der Verein durch seine Zustimmung zur Beendigung der Mitgliedschaft auch auf die Einhaltung der Kündigungsfrist verzichtet.¹⁵ Die Gewerkschaft kann das nicht verhindern, weil sie keinen Anspruch darauf hat, daß ihr Tarifpartner keine Entlassung aus der Mitgliedschaft vornimmt.

Ausgeschlossen ist nur die rückwirkende Beendigung der Mitgliedschaft. Sie ist zwar schuldrechtlich möglich (arg. § 159 BGB), aber nicht mit Außenwirkung „zu Lasten Dritter“, auf die es wegen der Tarifgebundenheit nach § 3 Abs. 1 TVG ankommt.¹⁶

bb) Tarifrrechtliche Folgen

- Tarifabschlüsse während der auslaufenden Mitgliedschaft

Erklärt ein Arbeitgeber oder Arbeitnehmer den Austritt aus seinem Tarifverband, führt das nicht zum Wegfall der Tarifbindung: *Der Austritt wird erst mit Ablauf der satzungsgemäßen Austrittsfrist wirksam*, bis dahin gelten nicht nur die alten Tarifverträge nach §§ 4 Abs. 1, 3 Abs. 1 TVG kraft ordentlicher Tarifgebundenheit weiter, der Betreffende wird auch nach Zugang der Austrittserklärung von allen neuen Tarifverträgen erfaßt, weil er – solange die Mitgliedschaft währt – der vollen Tarifmacht unterfällt.

- Fortgeltung aktueller Tarifverträge nach § 3 Abs. 3 TVG

Mit Ende der Mitgliedschaft erlischt zwar die Tarifmacht – an die bis dahin abgeschlossenen Tarifverträge bleibt das ehemalige Mitglied aber wegen § 3 Abs. 3 TVG gebunden, weil er die von seinem Verband für ihn vereinbarten Arbeitsbedingungen einhalten muß. Der Tarifvertrag gilt nach wie vor unmittelbar und – im Unterschied zur Nachwirkung – zwingend. Weil § 3 Abs. 3 TVG die einseitige Tarifgebundenheit – und nicht die auf zweiseitiger Tarifgebundenheit fußende Tarifgeltung nach § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG – perpetuiert, können bislang nicht tarifgebundene Arbeitnehmer auch nach Beendigung der Mitgliedschaft des Arbeitgebers durch ihren Beitritt zur tarifschließenden Gewerkschaft die volle Tarifgeltung auslösen.¹⁷

Diese verlängerte Tarifbindung ist nach dem TVG *nicht befristet*. An sich muß das ehemalige Verbandsmitglied deshalb abwarten, bis der Tarifvertrag durch Fristablauf oder Kündigung endet. Es kommt also auf die *Laufzeit des Tarifvertrags* an. Während Entgelttarife normalerweise eine verhältnismäßig kurze Laufzeit von ein bis zwei Jahren haben, sind Manteltarife mit Laufzeiten selbst bis zu zehn Jahren keine Seltenheit. Wird gar während der Austrittsfrist ein solcher MTV abgeschlossen, wäre bei wortgetreuer Handhabung des § 3 Abs. 3 TVG der Ausgetretene noch für die volle Laufzeit an die Arbeitszeit- und Urlaubsregelungen oder Gemeinsamen Einrichtungen

¹⁵ Eingehend jetzt *Oetker*, Die Beendigung der Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden als tarifrrechtliche Vorfrage. ZfA 1998, 41 ff.

¹⁶ Richtig *Däubler* (Fn. 12) NZA 1996, 226 gegen *Krauss* (Fn. 9) DB 1995, 1562. Vgl. auch BAG vom 14. 10. 1960 – 1 AZR 233/58 – NJW 1961, 573 = AP Nr. 10 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

¹⁷ BAG vom 4. 8. 1993 – 4 AZR 499/92 – EzA § 3 TVG Nr. 7 – AP Nr. 15 zu § 3 TVG = SAE 1994, 158 mit Anm. *Rieble; Löwisch/Rieble* (Fn. 13) § 3 Rn. 78; *Kempen/Zachert*, TVG [3. Aufl. 1997] § 3 Rn. 25.

des MTV gebunden. Dementsprechend wird in der Literatur diskutiert, wie sich diese *lange Bindung beschränken* läßt – um das Recht auf Tarifausstieg effektiv zu machen.

Zuerst ist daran zu denken, generell die *Laufzeit von Tarifverträgen zu begrenzen*, analog § 624 BGB auf fünf Jahre.¹⁸ Aber das hilft nicht, weil § 624 BGB nur verlangt, daß nach spätestens fünf Jahren eine Kündigungsmöglichkeit bestehen muß. Kündigt der Verband nicht, so bliebe das ehemalige Mitglied nach dem Wortlaut von § 3 Abs. 3 TVG gebunden, weil der Tarifvertrag nicht „endet“. Doch ist auch die Nichtkündigung eines Tarifvertrages eine Äußerung von Tarifmacht, die gegenüber dem ehemaligen Mitglied legitimationslos erfolgt. Insofern macht es aus Sicht des Mitglieds keinen Unterschied, ob ein kündbarer Tarifvertrag nicht gekündigt wird oder ein befristeter Tarifvertrag verlängert wird. Dementsprechend wird vorgeschlagen, die erweiterte Tarifbindung nach § 3 Abs. 3 TVG zeitlich *bis zum nächstmöglichen Kündigungstermin zu beschränken*.¹⁹ Das entspricht der Rechtsprechung des BGH zur Nachhaftung ausgeschiedener Gesellschafter.²⁰ Das bedeutet – iVm dem analog § 624 BGB zu behahenden Kündigungsrecht – eine äußerste Bindung von 5 Jahren. Eine effektive Lösung vom Tarifvertrag ist das nicht. Eben in der von § 3 Abs. 3 TVG angeordneten langen Bindung ist ein Grund für das Ausweichen in das neudeutsch „Outsourcing“ genannte Ausgliedern von Betrieben und Betriebsteilen zu sehen, weil die zwingende Wirkung des Tarifvertrages nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB spätestens nach einem Jahr endet (dazu sogleich). Eben dies spricht dafür, die Tariffortgeltung nach § 3 Abs. 3 TVG rechtsfortbildend *auf ein Jahr zu begrenzen*.²¹ So bliebe der Tarifausstieg, wenigstens soweit es die zwingende Wirkung des Tarifvertrages betrifft, effektiv möglich.

Ganz abschaffen läßt sich die fortwirkende Tarifgebundenheit nicht. Denn damit verlöre der Tarifvertrag seine Funktion: Den Gewerkschaften muß eine kalkulierbare Mindestlaufzeit der zwingenden Tarifbedingungen garantiert werden, weil der Tarifvertrag sonst seine Regelungsfunktion einbüßte – und auch die Friedenspflicht als Kehrseite keine Rechtfertigung mehr fände. Damit erledigt sich auch der Einwand, die Tariffortgeltung nach Austritt schränke die negative Koalitionsfreiheit ein. Das Gegenteil ist richtig: Indem § 3 Abs. 3 TVG die Vertragsbindung vom Fortbestand der Mitgliedschaft abkoppelt, erleichtert die Vorschrift den Austritt. Ohne diesen Paragraphen könnte die Rechtsprechung des BGH zur Verkürzung der Austrittsfrist nicht aufrechterhalten werden.²²

¹⁸ Löwisch/Rieble (Fn. 13) § 1 Rn. 128, zustimmend Hanau/Kania, Stufentarifverträge, DB 1995, 1229, 230; Däubler (Fn. 12) NZA 1996, 227.

¹⁹ Löwisch/Rieble (Fn. 13) § 3 Rn 74; Bauer/Diller, Flucht aus Tarifverträgen, DB 1993, 1085, 1086; dagegen Däubler (Fn. 12) NZA 1996, 225; Säcker, Die Tarifgebundenheit, AR-Blattei Tarifvertrag III (1972) unter D III 2 b und Wiedemann/Stumpff TVG (5. Auflage 1977) § 3 Rn. 35.

²⁰ BGH vom 19. 12. 1977 – II ZR 202/76 – BGHZ 70, 132 ff. = LM § 159 HGB Nr. 6 sowie vom 8. 10. 1984 – II ZR 312/83 – LM § 159 HGB Nr. 10 = NJW 1985, 1899.

²¹ Rieble (Fn. 6) Rn. 1557; de lege ferenda auch Konzen, Die Tarifautonomie zwischen Akzeptanz und Kritik, NZA 1995, 913, 920.

²² Vgl. die Mindestmitgliedschaftszeiten für Erzeugergemeinschaften nach § 3 Abs. 1 MarktstrukturG, dazu Rieble (Fn. 6) Rn. 704.

- Nachwirkung gemäß § 4 Abs. 5 TVG

Nach ständiger Rechtsprechung des 4. Senats schließt sich an die Tariffortgeltung nach § 3 Abs. 3 TVG die Nachwirkung des ausgelaufenen Tarifvertrags in entsprechender Anwendung von § 4 Abs. 5 TVG an. Das führt zu einer „unendlichen Fortwirkung“ einer einmal begründeten Tarifgeltung.²³

Allerdings wird das bestritten.²⁴ Versteht man die Tarifnormwirkung mit der hM auch im Nachwirkungszeitraum als echte Rechtsnormwirkung, so läßt sich schwerlich die Legitimation für eine unendliche Normgeltung finden. Dafür kommt die Mindermeinung zu unzuträglichen Ergebnissen: Sie muß nämlich, wenn sie den Tarifvertrag nachwirkungs- und damit ersatzlos enden lassen will, sagen, was an dessen Stelle gelten soll.

Eine Möglichkeit besteht darin den Wegfall des Tarifvertrages dadurch aufzufangen, dem Arbeitnehmer in entsprechender Anwendung von § 612 Abs. 2 BGB einen Anspruch auf das übliche Arbeitsentgelt zuzusprechen.²⁵ Immerhin wendet die Rechtsprechung die Vorschrift auch sonst analog an, wenn sich die Tätigkeit des Dienstverpflichteten ändert.²⁶ Freilich ist das zivilrechtlich kaum haltbar, weil § 612 Abs. 2 BGB einzig dazu dient, eine Regelungslücke bei Abschluß des Dienstvertrages und nicht in seinem Verlauf oder seiner Beendigung zu schließen.²⁷ Zudem würde der Arbeitnehmer so, weil übliches Entgelt das Tarifentgelt sein soll, doch wieder das Tarifentgelt erlangen, ohne Tarifgeltung und ohne zahlendes Mitglied der Gewerkschaft zu sein. Schließlich gilt § 612 Abs. 2 nur für das Entgelt und ist für andere Arbeitsbedingungen, insbesondere den Umfang der Arbeitszeit auch nicht entsprechend anwendbar.

Deshalb bleibt als zweite Möglichkeit nur, die Arbeitsbedingungen des Arbeitsvertrages wieder aufleben zu lassen – wie beim nachwirkungslosen Außerkrafttreten von Betriebsvereinbarungen.²⁸ Das aber führt zu unerträglichen Ergebnissen, weil sich, jedenfalls bei längerwährender Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, für den Arbeitnehmer

²³ BAG vom 18. 3. 1992 – 4 AZR 339/91 – EzA § 4 TVG Nachwirkung Nr. 14 = AP Nr. 13 zu § 3 TVG mit kritischer Anm. *Löwisch/Rieble* = SAE 1993, 132 mit kritischer Anm. *Krebs*; vom 13. 7. 1994 – 4 AZR 555/93 – EzA § 4 TVG Nachwirkung Nr. 17 = AP Nr. 14 zu § 3 TVG Verbandszugehörigkeit; vom 13. 12. 1995 – 4 AZR 1062/95 – AP Nr. 3 zu § 3 TVG Verbandsaustritt mit Anmerkung *Rieble* = EzA § 3 TVG Nr. 11; vom 28. 5. 1997 – 4 AZR 546/95 – DB 1997, 2229 = EzA § 4 TVG Nachwirkung Nr. 23 = AP Nr. 26 zu § 4 TVG Nachwirkung (demnächst) nebst Parallelsache 4 AZR 545/95 (nicht veröffentlicht) für den Austritt mit nachfolgender Auflösung des Arbeitgeberverbandes.

²⁴ *Löwisch/Rieble* (Fn. 13) § 3 Rn. 74, 93, § 4 Rn. 53, 241 ff.; *Oetker*, gemeinsame Anm. zu BAG vom 18. 3. 1992 und vom 27. 11. 1991, EzA § 14 TVG Nachwirkung Nr. 14 und 15; *Bauer/Diller* (Fn. 19) DB 1993, 1086; *Zöllner/Loritz* Arbeitsrecht (4. Aufl. 1992) § 37 II 5, S. 374; *Buchner*, Die tarifrechtliche Situation bei Verbandsaustritt und bei Auflösung eines Arbeitgeberverbandes, RdA 1997, 259, 260 f.; LAG Köln vom 25. 10. 1989 – 2 Sa 474/89 – LAGE § 3 TVG Nr. 2 = NZA 1990, 502.

²⁵ Vor allem: *Lieb*, Mehr Flexibilität im Tarifvertragsrecht? „Moderne Tendenzen“ auf dem Prüfstand, NZA 1994, 289 [Teil 1], 337 [Teil 2], 338, BAG vom 14. 6. 1994 – 9 AZR 89/93 – EzA § 4 TVG Geltungsbereich Nr. 5 = AP Nr. 2 zu § 3 TVG Verbandsaustritt = SAE 1995, 75 mit Anm. *Rieble*.

²⁶ BGH vom 11. 11. 1977 – I ZR 56/77 – AP Nr. 30 zu § 612 BGB; BAG vom 16. 2. 1978 – 3 AZR 723/76 – AP Nr. 31 zu § 612 BGB = EzA § 612 BGB Nr. 8 und vom 21. 11. 1991 – 6 AZR 551/89 – AP Nr. 2 zu § 34 BAT = EzA § 2 BeschFG 1985 Nr. 15; MünchArbR/*Hanau* § 61 Rn. 12.

²⁷ Näher *Rieble* Anmerkung zu BAG vom 13. 12. 1995 AP Nr. 3 zu § 3 TVG Verbandsaustritt.

²⁸ BAG vom 9. 2. 1989 – 8 AZR 310/87 – AP Nr. 40 zu § 77 BetrVG 1972 = EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 27 und vom 21. 8. 1990 – 1 ABR 73/89 – AP Nr. 5 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung = EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 36; dazu GK-BetrVG/*Kreutz* [6. Aufl. 1998] § 77 Rn. 336, 338 f.

eine unzumutbare und nicht sachgerechte Verschlechterung seiner Arbeitsbedingungen ergäbe.

Die Nachwirkung führt dagegen zu einem vernünftigen Ergebnis: Die (tariflichen) Arbeitsbedingungen bleiben, wie sie sind; den Arbeitgeber, der zu einer Abänderung gelangen will, trifft die „Beseitigungslast“ – genauer: die Abänderungslast. Er muß die ablösende „andere Abmachung“ zur Neuregelung der Arbeitsbedingungen bewirken, sei es durch Änderungsvertrag, der idR nur durch Änderungskündigung erzwungen werden kann, sei es durch Inkraftsetzen eines neuen Tarifvertrags.²⁹ Nur reicht die vom BAG hierfür gegebene Begründung nicht aus: Die Nachwirkung will keine „Inhaltsleere“ im Arbeitsverhältnis verhindern, weil diese gar nicht einträte. Schlechtere Arbeitsbedingungen sind auch ein Inhalt des Arbeitsverhältnisses. Gewollt ist von § 4 Abs. 5 TVG vielmehr ein Bestandsschutz oder Vertragsinhaltschutz, der jede automatische Veränderung der Arbeitsbedingungen allein durch den Tarifentfall verhindert³⁰ und demjenigen, der die Änderung will, die Änderungslast auferlegt. Das entspricht allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen.

b) Trennung von Tarifgebundenheit und Arbeitsverhältnis durch Betriebsübergang nach § 613 a BGB

Kann der Arbeitgeber wegen § 3 Abs. 3 TVG an seiner Tarifgebundenheit vorerst nichts ändern, so bietet es sich für ihn an, sich von seinen Arbeitnehmern und damit von den tarifgebundenen Arbeitsverhältnissen zu trennen. Den rechtlichen Weg hierzu bietet der Betriebsübergang des § 613 a BGB: Der Arbeitgeber braucht nur einzelne Betriebe oder funktionsfähige Betriebsteile auf einen Betriebserwerber zu übertragen – vornehmlich auf eine juristische Person, deren Anteilseigner er selbst ist. Für diese Übertragung bieten sich vielfältige Möglichkeiten: Neben der vor allem steuerlich vorteilhaften Spaltung nach dem Umwandlungsgesetz kann der bisherige Arbeitgeber den Betrieb oder Betriebsteil auch verkaufen oder verpachten.

Mit dem Betriebsübergang gehen die Arbeitsverhältnisse im betroffenen Betrieb oder Betriebsteil auf den neuen Arbeitgeber über. Das Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer, mit dem sie diesen Übergang hindern können,³¹ hilft ihnen wenig. Denn sie riskieren damit die betriebsbedingte Kündigung, weil ihr Alt-Arbeitgeber keine Arbeitsplätze mehr hat, auf denen er sie beschäftigen kann. Nach neuerer BAG-Rechtsprechung erhalten sie in diesem Fall nicht einmal eine Sozialplanabfindung, weil der Verlust des Arbeitsplatzes nicht auf eine Unternehmerentscheidung des Arbeitgebers, sondern auf ihren Widerspruch zurückzuführen ist.³² Mit dem Widerspruch schlagen die Arbeitnehmer einen zumutbaren Arbeitsplatz aus (§ 112 Abs. 5 Nr. 2

²⁹ Zur Beseitigungslast zutreffend *Hromadka/Maschmann/Wallner*, Der Tarifwechsel (1996) Rn. 254.

³⁰ *Rieble* (Fn. 27).

³¹ BAG vom 22. 4. 1993 – 2 AZR 313/92 – EzA § 613 a BGB Nr. 112 = NZA 1993, 357 = DB 1994, 941; EuGH vom 16. 12. 1992 – RS C-132/91 – EzA § 613 a BGB Nr. 105 = NZA 1993, 169 = SAE 1993, 214. Zum Widerspruchsrecht im Fall der Spaltung *Lutter/Joost UmwG* (1996) § 324 Rn. 27; *Rieble*, Verschmelzung und Spaltung von Unternehmen und ihre Folgen für Schuldverhältnisse mit Dritten, ZIP 1997, 300, 306.

³² BAG vom 5. 2. 1997 – 10 AZR 553/96 – ZIP 1997, 1385 = EzA § 112 BetrVG 1972 Nr. 92.

Satz 2 BetrVG) – und zwar selbst dann, wenn bei dem neuen Arbeitgeber schlechtere Arbeitsbedingungen gelten.

Ist der im Zuge des Betriebsübergangs in die Arbeitgeber-Position nachrückende Betriebserwerber nicht Mitglied des tarifschließenden Arbeitgeberverbandes, so scheidet jede Tarifgebundenheit nach dem TVG aus – einschließlich sämtlicher Fortgeltungstatbestände. § 3 Abs. 3 TVG ist nicht anwendbar, weil der neue Arbeitgeber nie tarifgebunden war. Die Nachwirkung des § 4 Abs. 5 TVG greift nicht, weil der Tarifvertrag im Arbeitsverhältnis mit dem neuen Arbeitgeber nie normativ gegolten hat. Eben aus diesem Grund sorgt § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB für den Erhalt der tariflichen Arbeitsbedingungen zum Schutz der Arbeitnehmer: Sie werden in das Einzelarbeitsverhältnis „transformiert“, gelten also als Bestandteil des Arbeitsvertrages weiter. Das heißt an sich: Sie könnten durch Änderungsvertrag, notfalls erzwungen durch Änderungskündigung verschlechtert werden. Damit das nicht geschieht, ordnet § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB an, daß die tariflichen Arbeitsbedingungen für ein Jahr nicht verschlechtert werden dürfen. Endet der transformierte Tarifvertrag vor Ablauf des Jahres, so endet damit auch seine Unabänderlichkeit (Satz 4 Var. 1).

Der entscheidende Vorteil gegenüber der Beendigung der Mitgliedschaft liegt also nicht darin, daß der Tarifvertrag ganz wegfiel. Der neue Arbeitgeber ist auch im Fall des Betriebsübergangs vorerst weiter an den in das Arbeitsverhältnis eingegangenen Tarifvertrag gebunden; ihn trifft wiederum die Beseitigungs- oder besser: Abänderungslast. Nur wird die Abänderung durch Arbeitsvertrag früher möglich, weil die zwingende Wirkung spätestens nach einem Jahr endet.

c) Herauswandern aus dem (fachlichen) Geltungsbereich des Tarifvertrages

Tarifverträge beschränken ihren Geltungsanspruch in räumlicher, personeller und fachlicher Hinsicht. Das heißt: Sie gelten im einzelnen Arbeitsverhältnis nur, wenn dieses dem Tarifgebiet und der Branche zuzuordnen ist und wenn der Arbeitnehmer mit seinen persönlichen Voraussetzungen vom Tarifvertrag erfaßt wird. Dementsprechend kann der Arbeitgeber durch Beeinflussung dieser Geltungsvoraussetzungen den Geltungsanspruch des Tarifvertrages vernichten. Er kann etwa einen einzelnen Arbeitnehmer durch „Beförderung“ zum außertariflichen Angestellten machen, womit der Tarifvertrag nicht mehr normativ gelten kann. Er kann auch seine Betriebsstätte aus dem räumlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages, etwa einem bestimmten Bundesland, heraus verlegen. Freilich liegt in aller Regel dann die Verlagerung ins Ausland und damit aus dem Geltungsbereich des gesamten deutschen Arbeitsrechts näher. Wirklich praktisch wird die Flucht aus dem fachlichen Geltungsbereich, also der Branchenzuordnung des Tarifvertrages – mit ganzen Betrieben oder Teilen.

Denn in keinem Unternehmen sind ausschließlich Arbeitnehmer beschäftigt, deren Tätigkeit der primären Branchenzuordnung des Unternehmens entspricht. Jedes Unternehmen beschäftigt Arbeitnehmer mit Hilfsfunktionen, vom Koch in der Kantine, dem Mechaniker im Wartungsdienst bis zum Buchhalter in der Verwaltung. Solche *Hilfsabteilungen* oder bei entsprechender organisatorischer Verselbständigung auch

Hilfsbetriebe werden tarifrechtlich dem Hauptzweck des Betriebes/Unternehmens zugeordnet. Das heißt: Der Koch in der Metallkantine verdient nach Metalltarif und damit mehr, als er als Koch in einem Catering-Unternehmen mit den „schlechteren“ Tarifen der NGG verdiente. Dementsprechend haben viele Unternehmen in der Vergangenheit solche Hilfsdienste abgebaut, die Arbeitnehmer entlassen und die Arbeiten an Unternehmen fremdvergeben, vom Catering-Service über Gebäudereinigung und Wachdienst bis zur Maschinenwartung.

Als Alternative zum Abbau von Arbeitsplätzen im Unternehmen hat es sich dabei stets angeboten, die rechtliche Verbindung von Hilfsabteilung oder -betrieb zum Primärbetrieb zu zerstören und damit die tarifrechtliche Zuordnung zur Primärbranche. Dafür ist nach der Rechtsprechung des BAG eine rechtliche Trennung in zwei selbständigen Unternehmen erforderlich. Sie erfolgt in der Regel durch Ausgründung des Hilfsbetriebs, etwa der Kantine auf eine Catering-GmbH, kann aber – mit Blick auf die steuerneutrale Spaltung nunmehr auch durch Übertragung des eigentlichen Produktions- oder Dienstleistungsbereiches auf einen neuen Rechtsträger erfolgen. Daß beide Unternehmen konzernverbunden sind, spielt für das Tarifrecht keine Rolle.

Einfacher noch haben es Arbeitgeber in sogenannten *Mischbetrieben*, in denen zwei gleichberechtigte Primärzwecke verfolgt werden. Denn hier kommt es auf diejenige Branche an, die dem Betrieb das Gepräge gibt, in der also mehr Arbeitnehmer beschäftigt sind. Deshalb kann der Arbeitgeber durch Veränderung der Belegschaftszusammensetzung das Ergebnis der Tarifzuordnung in Mischbetrieben steuern: Wenn in einem Produktionsbetrieb mit eigenem Handel 50 Arbeitnehmer der Metallbranche zuzuordnen sind und 49 dem Handel, dann muß der Arbeitgeber nur zwei Verkäufer einstellen oder zwei Metallarbeiter entlassen, um aus dem Geltungsbereich des Metalltarifes herauszufallen.³³ Der Arbeitgeber kann überdies – wie bei den Hilfsbetrieben – die beiden Branchen auf verschiedene Unternehmen trennen, indem er für einen Teil einen Betriebsübergang herbeiführt.

Was tarifrechtlich geschieht, wenn ein Betrieb oder Unternehmen aus dem Geltungsbereich des Tarifvertrages herauswandert, war bislang nicht eindeutig geklärt. Früher meinte das BAG, der Tarifvertrag falle ersatzlos weg, weil er außerhalb seines Geltungsbereichs gar nicht gelten könne.³⁴ Die Literatur hat sich schon damals für eine Nachwirkung analog § 4 Abs. 5 TVG ausgesprochen.³⁵ Später – unter Geltung des mit Tarifbestandsschutz versehenen § 613a Abs. 1 BGB – hat man versucht, die Bran-

³³ BAG vom 25. 11. 1987 – 4 AZR 361/87 – EzA § 4 TVG Geltungsbereich Nr. 1 = AP Nr. 18 zu § 1 TVG Tarifverträge: Einzelhandel und vom 24. 8. 1994 – 10 AZR 980/93 = EzA § 4 TVG Bauindustrie Nr. 75 = AP Nr. 181 § 1 TVG Tarifverträge: Bau; weiter BAG vom 14. 6. 1994 (Fn. 25); vom 25. 10. 1994 – 9 AZR 66/91 – EzA § 2 VRG Bauindustrie Nr. 14 = AP Nr. 22 zu § 1 TVG Vorruhestand. Dazu auch *von Hoyningen-Huene*, Die Anwendung des branchenfremden Tarifvertrags NZA 1996, 617 ff.

³⁴ BAG vom 26. 9. 1979 – 4 AZR 819/77 – SAE 1980, 63 mit Anmerkung *Konzen* = EzA § 3 TVG Nr. 2 für einen Betrieb zur Gewinnung von Aluminium auf chemischem Wege (Schmelzflusselektrolyse) der durch Herauslösung aus dem Metallunternehmen zum Chemieunternehmen geworden war. Das BAG hat jede Weitergeltung analog § 4 Abs. 5 TVG abgelehnt: „Denn auch eine entsprechende Anwendung des § 4 Abs. 5 TVG setzt voraus, daß durch die Betriebsübernahme der fachliche Geltungsbereich des weiter anzuwendenden Tarifvertrages nicht weggefallen ist.“ So auch noch *Löwisch/Rieble* (Fn. 13) § 4 Rn. 48.

³⁵ *Wiedemann/Stumpf* (Fn. 19) § 4 Rn. 188, § 3 Rdnr. 32.

chenänderung in den Ausgründungsfällen mit der Transformation des Tarifvertrags in die Einzelarbeitsverhältnisse aufzufangen.³⁶ Das ist mehr als eine Nachwirkung, weil die in den Arbeitsvertrag transformierten Tarifbedingungen wiederum für maximal ein Jahr zwingend gelten würden. Überzeugend ist das schon deshalb nicht, weil § 613 a Abs. 1 Satz 2 BGB von seinem Schutzzweck her den Wegfall der Tarifgebundenheit beim Betriebserwerber auffangen soll. Für den Branchenwechsel muß eine allgemeine Lösung gefunden werden, die auch dann greift, wenn kein Betriebsübergang vorliegt.

Auch hier stellt sich wieder die Frage nach der Alternative: Was soll gelten, wenn der Tarifvertrag ersatzlos entfiel? Auch hier bleibt nur entweder ein Wiederaufleben der tariflichen Arbeitsbedingungen oder – wofür sich der Dritte Senat des BAG einmal ausgesprochen hat – der Rückgriff auf § 612 Abs. 2 BGB.³⁷ Beide Wege sind untauglich. Der Vierte Senat hat jetzt auch für diesen Fall die Nachwirkung in entsprechender Anwendung von § 4 Abs. 5 TVG bejaht³⁸ – mit Recht.

d) Tarifikündigung durch das Mitglied?

Bislang in der Literatur nur angedacht ist die Überlegung, ob nicht dem einzelnen Arbeitgeber bei Existenzgefährdung des Unternehmens ein individuelles außerordentliches Tarifikündigungsrecht zukommen muß, das das TVG freilich nicht vorsieht.³⁹ Die neueren Überlegungen, die die Kartellwirkung des Tarifvertrags betonen, sprechen dafür, den Grundgedanken der kartellvertragsrechtlichen Vorschrift des § 13 GWB [a.F.] hierher zu übertragen. Zudem würde dem verbandsangehörigen Arbeitgeber so nur das Recht zugestanden, daß dem einzelnen durch Haustarif gebundenen Arbeitgeber zukommt. Das will ich aus Zeitgründen hier nicht weiter vertiefen. Wie die außerordentliche Kündigung durch den Tarifverband kann auch sie den Tarifvertrag jedenfalls nicht nachwirkungslos beenden.

3. Tarifflicht auf kollektiver Ebene

Während bislang vor allem individuelle Handlungsmöglichkeiten des einzelnen Arbeitgebers gefragt waren, bringt der wachsende Austrittsdruck nunmehr auch Arbeitgeberverbände zu konkreten Überlegungen, wie sie für ihre Mitglieder die Tarifgeltung abstellen können, um dem Mitglieberschwund Einhalt zu gebieten.

a) Außerordentliche Kündigung des Tarifvertrags durch eine Tarifpartei

Der Tarifvertrag ist zuerst Vertrag. Als Vertrag ist er nach eigener Maßgabe ordentlich kündbar. Vor allem aber kommt den Tarifparteien ein Recht zur außerordentlichen Kündigung zu, wenn das Festhalten am (auch befristeten) Tarifvertrag unzumut-

³⁶ BAG vom 5. 10. 1993 – 3 AZR 586/92 – EzA § 1 BetrAVG Zusatzversorgung Nr. 6 = AP Nr. 42 zu § 1 BetrAVG Zusatzversorgungskassen = NZA 1994, 848: „Auch wenn mit dem Betriebsübergang ein Branchenwechsel verbunden ist, ändert sich an der einmal begründeten arbeitsvertraglichen Geltung der Tarifnorm nichts.“

³⁷ BAG vom 14. 6. 1994 (Fn. 25).

³⁸ Urteile vom 10. 12. 1997 – 4 AZR 247/96 – EzA § 4 TVG Nachwirkung Nr. 25 = AP Nr. 20 zu § 3 TVG und vom gleichen Tag – 4 AZR 193/97 = EzA § 4 TVG Nachwirkung Nr. 26 = AP Nr. 21 zu § 3 TVG.

³⁹ Rieble (Fn. 6) Rn. 1565 ff.; Löwisch, Tariföffnung bei Unternehmens- und Arbeitsplatzgefährdung, NJW 1997, 905, 906, These 3 und 4 mit entsprechendem Gesetzgebungsvorschlag S. 910, These 21.

bar ist. Für diese Unzumutbarkeit kann es nicht auf die Verbände ankommen, weil die tarifliche Regelung der Arbeitsbedingungen nur ihre Mitglieder trifft. Dementsprechend muß die Einhaltung des Tarifvertrages für die Mehrheit der Mitglieder unzumutbar sein. Dieses – vom BAG nunmehr obiter anerkannte Kündigungsrecht⁴⁰ – ist ein Anwendungsfall der Geschäftsgrundlagenlehre. Für jede Geschäftsgrundlagenstörung gilt, daß die Lösung vom Vertrag nicht automatisch erfolgt, sondern von der durch die Fortgeltung des Vertrages belasteten Partei mit einem Gestaltungsakt – Rücktritt oder Kündigung – geltend gemacht werden muß.⁴¹ Besondere Prinzipien des Tarifrechts sind für diese Kündigungslast nicht erforderlich.

Die Voraussetzungen des Kündigungsrechts sind zu recht außerordentlich hoch gesteckt: Tarifvertragsparteien sind keine unbedarften Vertragspartner. Sie können und müssen bei Tarifabschluß das Risiko einer Veränderung der wirtschaftlichen Umstände, insbesondere der Ertragslage der Unternehmen einschätzen und tragen deshalb das Risiko der Fehleinschätzung. Verwirklicht sich ein von einer Partei zu tragendes Risiko, ist das aber kein Grund für die fristlose Kündigung. Zudem leitet das BAG aus dem ultima-ratio-Grundsatz her, daß die kündigende Tarifpartei die Obliegenheit trifft, ein Änderungsangebot zu unterbreiten und hierüber zu verhandeln.

Entscheidend kommt es auf die Rechtsfolge an: Endet der Tarifvertrag, so greift grundsätzlich die Nachwirkung des § 4 Abs. 5 TVG. Dabei kommt es auf den Beendigungsgrund nicht an: Was für Aufhebungsvertrag, Fristablauf oder ordentliche Kündigung gilt, gilt nach dem Wortlaut des Gesetzes ebenso für die außerordentliche Kündigung. Dann aber verspricht die Kündigung wegen Unzumutbarkeit nur einen halben Erfolg: Die zwingende Wirkung des Tarifvertrages entfiere zwar; die unzumutbaren tariflichen Arbeitsbedingungen gälten aber in den einzelnen Arbeitsverhältnissen weiter. Das bewegt manche Autoren, für den Fall der außerordentlichen Kündigung des Tarifvertrages rechtsfortbildend einen Ausschluß der Nachwirkung anzunehmen.⁴² Die Frage, was gelten soll, wenn der Tarifvertrag nachwirkungslos und damit ersatzlos wegfällt, wird nur selten beantwortet. Die schon angesprochenen Möglichkeiten des Rückgriffs auf das übliche Entgelt des § 612 Abs. 2 BGB und des Wiederauflebens der vertraglichen Arbeitsbedingungen taugen hier ebensowenig wie nach Austritt und Ablauf des Tarifvertrages.

Für die außerordentliche Tarifikündigung schlagen *Belling* und *Hartmann* eine dritte Variante vor: Durch den Wegfall des aktuellen und wirksam gekündigten Tarifvertrages

⁴⁰ BAG vom 18. 12. 1996 – 4 AZR 129/96 – EzA § 1 TVG Fristlose Kündigung Nr. 2 mit Anmerkung *Rieble* = AP Nr. 1 zu § 1 TVG Kündigung mit Anmerkung *Löwisch* = NZA 1997, 830; vom 18. 6. 1997 – 4 AZR 710/95 – NZA 1997, 1234 = DB 1997, 2331; *Buchner*, Kündigung der Tarifregelungen über die Entgeltanpassung der Metallindustrie der östlichen Bundesländer, NZA 1993, 289 ff.; *Däubler*, Die Anpassung von Tarifverträgen an veränderte wirtschaftliche Umstände, ZTR 1996, 241 ff.; *Belling*, Die außerordentliche Anpassung von Tarifverträgen an veränderte Umstände, NZA 1996, 906 ff.; *Belling/Hartmann*, Die Unzumutbarkeit als Begrenzung der Bindung an den Tarifvertrag, ZfA 1997, 87 ff.; *Oetker*, Die Kündigung von Tarifverträgen, RdA 1995, 82, 93 ff.; *Otto*, Die Kündigung des Tarifvertrages aus wirtschaftlichen Gründen, FS Kissel (1994) S. 787 ff.

⁴¹ Allgemein BGH vom 26. 9. 1996 – I ZR 265/95 „Altunterwerfung“ – BGHZ 133, 316 = NJW 1997, 1702 = JZ 1997, 900 mit Anm. *Rieble*.

⁴² *Oetker* (Fn. 40) RdA 1995, 95; *Belling/Hartmann* (Fn. 40) ZfA 1997, 130; *Otto* FS Kissel (Fn. 40) S. 794.

soll der vorherige wieder aufleben – jedenfalls wenn es sich um einen unbefristeten Vorgängertarif handelt. Das läßt sich konstruktiv zwar hören: Würde der alte Tarifvertrag einvernehmlich durch den jetzt gekündigten ersetzt, kann er in der Tat wieder aufleben. War der alte Tarifvertrag befristet oder gekündigt, so könnte er als nachwirkender Tarifvertrag gem. § 4 Abs. 5 TVG an die Stelle des nachwirkungslos gekündigten treten.

Aber das hülfte nichts: Erstens ist nicht gesagt, daß der Vorgängertarifvertrag tatsächlich schlechter war als der jetzige gekündigte. Es gibt auch verschlechternde Tarifverträge. Die fristlose Kündigung des verschlechternden Tarifvertrages hätte dann die widersinnige Folge, daß sich die Arbeitsbedingungen für die Arbeitnehmer verbessern, sich die Unzumutbarkeit für die Arbeitgeber also verschärfte. Die Tarifverträge im Osten Deutschlands bieten hierfür Anschauung: Haben die Tarifpartner die Lohnangleichung an den Westen einvernehmlich verlangsamt, so würde die außerordentliche Kündigung auch des verlangsamenen Tarifvertrags dazu führen, daß sich der Entgeltanstieg durch Rückkehr zum Vorgänger beschleunigt.

Was ist, wenn der Tarifvertrag eine Arbeitszeitverkürzung ohne vollen Lohnausgleich vorgesehen hat? Eine Teilkündigung nur der Entgeltregeln ist wegen des Regelungszusammenhangs nicht zulässig. Folge des Wiederauflebens wäre mithin eine automatische Verlängerung der Arbeitszeiten, die dem Arbeitgeber etwa bei Auftragsmangel ganz ungelegen kommen kann, auf die er jedenfalls mit arbeitsorganisatorischen Maßnahmen reagieren muß, um Annahmeverzugsentgeltansprüche der Arbeitnehmer zu verhindern.

Zudem wird ein Faß von Folgeproblemen eröffnet: Was soll etwa geschehen, wenn der Arbeitgeber die letzte Tariflohnerhöhung ganz oder teilweise auf sein übertarifliches Entgelt angerechnet hat? Mit dem ersatzlosen Entfall dieser Erhöhung muß es konsequenterweise auch um die Anrechnung geschehen sein. Auch kann der neue Tarifvertrag einer veränderten Gesetzeslage Rechnung getragen haben – man denke nur an die Entgeltfortzahlung. Dann würde dessen Wiederaufleben dazu führen, daß ein nach der Vorstellung der Tarifparteien mit dem Gesetz nicht kompatibler Tarifvertrag gälte: Meines Erachtens ein klarer Eingriff in die Tarifautonomie.

Vor allem aber: Macht sich die Unzumutbarkeit tariflicher Arbeitsbedingungen am Entgelt fest, so bedeutet das Wiederaufleben des Vorgängers bei normalem Tarifgeschehen doch nur eine Lohnsenkung um 2 bis 5%.⁴³ Diese Differenz wird die Unzumutbarkeit schwerlich beheben. Also muß auch der Vorgängertarif und dessen Vorgänger und so fort gekündigt werden, bis irgendwann ein Tarifvertrag in der Vergangenheit gefunden ist, der noch zumutbar erscheint. Doch ist schon die außerordentliche Kündigung eines nunmehr nachwirkenden Vorgängertarifes dogmatisch kaum faßbar.

Meines Erachtens spricht deshalb alles dafür, auch dem fristlos gekündigten Tarifvertrag Nachwirkung zuzusprechen.⁴⁴ Die fristlose Kündigung bewirkt dann nur den Wegfall der zwingenden Wirkung.

⁴³ Vgl. Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 1997, 22.10 und 22.11, S. 616f. zur Entwicklung der Tariflöhne und -gehälter im früheren Bundesgebiet.

⁴⁴ So auch *Löwisch* (Fn. 39) NJW 1997, 908 (nach These 12); *Buchner* (Fn. 40) NZA 1993, 799.

Ganz abgesehen von diesen rechtlichen Problemen – ein entscheidender Mangel haftet der fristlosen Tarifkündigung als Mittel zum Tarifausstieg an: seine Unklarheit und Rechtsunsicherheit. Ob die Einhaltung des Tarifvertrages unzumutbar war oder nicht, werden die Tarifparteien in aller Regel unterschiedlich sehen – sonst hätten sie sich zu einem einvernehmlichen Änderungstarifvertrag verstanden. Beharrt die Gewerkschaft auf der Zumutbarkeit der Tariftreue, so steht die Wirksamkeit der Tarifkündigung im Streit. Bis das BAG entschieden hat, ob der Tarifvertrag wirksam gekündigt worden ist, vergehen Jahre. Entgegen *Oetker* kann auch eine Regelungsverfügung im vorläufigen Rechtsschutz kaum helfen.⁴⁵ Selbst wenn der Arbeitsrichter den Mut fände, durch einstweilige Anordnung den gekündigten Tarifvertrag außer Kraft zu setzen, ändert das nichts daran, daß das wirtschaftliche Risiko der Unwirksamkeit der Kündigung bei den Arbeitgebern liegen muß.

Die geringste Gefahr sind Massenklagen der Arbeitnehmer, die auf Einhaltung des Tarifvertrages pochen. Die Arbeitgeber müßten in diesem Fall erhebliche Rückstellungen bilden – für den Fall, daß ihre Kündigung als unwirksam angesehen wird. Viel eher zu gewärtigen ist – wie das besondere Beispiel der Tarifkündigung in Ostdeutschland zeigt – eine massenhafte Arbeitsniederlegung, die entweder als Streik um den Folgetarif oder als kollektive Zurückhaltung der Arbeitsleistung anzusehen ist. Rechtlich sind sowohl der Streik wie die kollektive Zurückhaltung der Arbeitsleistung umstritten.⁴⁶ Interessanterweise wird dabei vor allem der Gewerkschaft Widersprüchlichkeit vorgeworfen: Sie dürfe nicht einerseits auf den Fortbestand des Tarifvertrages pochen und zugleich dessen Friedenspflicht ignorieren. Daß sich die Arbeitgeberseite ebenso widersprüchlich verhält, indem sie das Ende des Tarifvertrages behauptet, andererseits aber nicht bestreikt werden will, bleibt außer Betracht.

Aber darauf kommt es gar nicht an: Wenn die Arbeitgeber wirtschaftlich derart bedrängt sind, daß sie zur fristlosen Kündigung des Tarifvertrages greifen, dann können sie weder jahrelange Streitigkeiten noch einen längeren Arbeitskampf ertragen.

b) Beseitigung einer Tarifpartei durch Verbandsauflösung oder Aufgabe der Tarifwilligkeit (oder Beschränkung der Tarifzuständigkeit)

Auch die kollektive Koalitionsfreiheit hat eine negative Seite: Das Recht des Verbandes, sich selbst aufzulösen. Das ist im Grundsatz unbestreitbar und unbestritten.

⁴⁵ (Fn. 40) RdA 1995, 102. Dabei sieht *Oetker* merkwürdigerweise nur die Vollzugsverfügung, die den Arbeitgeberverband zur Einwirkung auf seine Mitglieder verpflichtet. Mit dieser ist aber nichts gewonnen, weil die Einwirkungsbemühungen des Arbeitgeberverbandes erfolglos sein werden, wenn die Mitglieder die Tarifeinhaltung als unzumutbar ansehen. Will man konsequent mit dem vorläufigen Rechtsschutz helfen, dann müßte der Richter eine Regelungs-Feststellungsverfügung treffen, die analog dem Hauptsacheverfahren nach § 9 TVG normative Wirkung haben müßte. Das gibt die Vorschrift meines Erachtens nicht her. Denn dem summarisch entscheidenden Richter wird so ein Recht zum Eingriff in laufende Tarifverträge gegeben.

⁴⁶ *Oetker* (Fn. 40) RdA 1995, 101 f. Dessen Argument, die kollektive Zurückhaltung der Arbeitsleistung scheitere an der Unverhältnismäßigkeit nach § 320 Abs. 2 BGB, sticht nicht. Denn die Arbeitnehmer wollen keinen einmaligen geringen Lohnrückstand beseitigen; sie wehren sich gegen eine aus ihrer Sicht rechtswidrige Vertragsauflage für die gesamte Zukunft des Arbeitsverhältnisses. Kein Arbeitnehmer wird von § 320 Abs. 2 BGB dazu angehalten, dauerhaft unter den aus seiner Sicht nach wie vor maßgeblichen Entgelten zu arbeiten.

Daneben steht das Recht eines jeden Verbandes, seine Tariffähigkeit aufzugeben, indem die Satzung dahin geändert wird, daß der Abschluß von Tarifverträgen nicht mehr zu den Verbandsaufgaben gehört – sogenannte gewollte Tarifunfähigkeit.⁴⁷ Der Wegfall einer Tarifpartei soll dann die Tarifgeltung in Frage stellen. In der Literatur gibt es Bestrebungen, den Wegfall der Tarifpartei zu hindern oder wenigstens zu behindern, damit sich der Arbeitgeberverband nicht aus seiner Tarifverantwortung stellen kann. Die Auflösung einer Tarifpartei will eine starke Meinung in der Literatur verhindern: Die Liquidation (§ 47 BGB) dürfe erst dann abgeschlossen werden, wenn der letzte Tarifvertrag ausgelaufen ist.⁴⁸ *Buchner* hat seine Überlegungen nochmals präzisiert: Es sei gerade Aufgabe der Liquidatoren, bestehende Rechtsbeziehungen und damit auch Tarifverträge abzuwickeln, so daß der Tarifvertrag ohne weiteres weiter fortgelten könne. Die Tarifpartei in Liquidation sei eben nicht handlungsfähig, mithin nicht weggefallen.⁴⁹ Das ist richtig, soweit es um die bürgerlich-rechtliche Existenz des Vereins geht. In der Tat schreibt das Liquidationsrecht allen Verbänden vor, vor der Auflösung sämtliche Verträge abzuwickeln. Für das Tarifrecht gilt aber die Besonderheit, daß die Befugnis zum Abschluß von Tarifverträgen von der Tariffähigkeit abhängt, deren Voraussetzungen im Lauf der Liquidation und nicht erst mit deren Ende in Frage stehen.

Das zeigt gerade der Vergleich mit der gewollten Tarifunfähigkeit: Übertrüge man *Buchners* Argument hierher, so hieße das: Ein Verband darf seine Tariffähigkeit erst aufgeben, wenn alle Tarifverträge abgewickelt sind. Wegen der unterschiedlichen Laufzeiten wäre das schon ein schwieriges Unterfangen. Vor allem aber könnte die Gewerkschaft versuchen, durch das stets neue Erzwingen von Tarifabschlüssen im Wege des Arbeitskampfes den Arbeitgeberverband zur Weiterexistenz als Tarifpartei zu zwingen. Das Tarifrecht weicht mit der „Tarifwilligkeit“ gerade vom allgemeinen Verbandsrecht ab, räumt dem Tarifverband das Recht ein, im Sinne der ultravires-Doktrin durch einseitige, verbandsinterne und unter dem Schutz der Koalitionsfreiheit stehende Entscheidung die tarifliche Rechtsgeschäftsfähigkeit zu beenden und zu begrenzen, und konsequent auch geltende Tarifverträge zu Fall zu bringen. Dieser vermeintliche Systembruch findet seine Rechtfertigung darin, daß der Verband mit seinen Tarifabschlüssen nicht sich selbst, sondern seine Mitglieder verpflichtet.⁵⁰

⁴⁷ Siehe nur *Löwisch*, Gewollte Tarifunfähigkeit im modernen Kollektivarbeitsrecht, *ZfA* 1974, 29 ff.; für die Tarifzuständigkeit als Beschränkung der Tarifwilligkeit auf bestimmte Mitglieder und damit auf einen bestimmten tariflichen Geltungsbereich BAG vom 12. 12. 1995 – 1 ABR 27/95 – EzA § 2 TVG Tarifzuständigkeit als Beschränkung der Tarifwilligkeit auf bestimmte Mitglieder und damit auf einen bestimmten tariflichen Geltungsbereich BAG vom 12. 12. 1995 – 1 ABR 27/95 – EzA § 2 TVG Tarifzuständigkeit Nr. 3 = AP Nr. 8 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit = NZA 1996, 1042 = DB 1997, 682.

⁴⁸ *Heinrich Stoll*, Die Auflösung des nichtrechtsfähigen Vereines und seine Tariffähigkeit, *AcP* 133 (1931) 78 ff.; *Wiedemann*, Anm. zu BAG AP Nr. 4 zu § 3 TVG; *Buchner*, Anm. AR-Blattei Tarifvertrag III Entscheidung 4; *Wiedemann/Stumpf* (Fn. 19) § 2 Rn. 21; *Lobscheid*, Der Wegfall einer Tarifpartei, *AuR* 1972, 289 ff.; *Kunze*, Änderungen auf der Arbeitgeberseite von Kollektivvereinbarungen, *RdA* 1976, 31 ff.

⁴⁹ *Buchner* (Fn 24) *RdA* 1997, 261 ff.

⁵⁰ *Löwisch/Rieble* (Fn. 13) § 2 Rn. 89; *Reuter*, Die Mitgliedschaft ohne Tarifbindung (OT-Mitgliedschaft) im Arbeitgeberverband, *RdA* 1996, 201, 203.

Deshalb ist auch im Fall der Verbandsauflösung mit dem Auflösungsbeschluß zwar nicht vom Wegfall des Verbandes, aber doch vom Wegfall der Tariffähigkeit auszugehen, weil der Arbeitgeberverband für die Zukunft nicht mehr als vollwertiger Tarifpartner zur Verfügung steht.

- Verlust anderer Verbandsbefugnisse

Für die gewollte Tarifunfähigkeit will eine zweite Meinung den Arbeitgeberverband zumindest abstrafen: Der müsse nicht nur die Tariffähigkeit sondern insgesamt die Koalitionseigenschaft aufgeben, dürfe also seinen Mitgliedern nunmehr als Wirtschafts- oder Fachverband zur Seite stehen. Das hätte die praktische Folge, daß jede sozialpolitische Betreuung der Mitglieder unzulässig würde, insbesondere die Arbeitsrechtsberatung nebst Prozeßvertretung.⁵¹ Das ist falsch, weil man für Verbandsbefugnisse im Arbeitsleben nicht stets Tariffähigkeit verlangen darf. Damit würde den – gleich aus welchem Grunde – nicht tariffähigen Koalitionen die Betätigungsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG in weitem Umfange und ohne sachlichen Grund und damit in verfassungswidriger Weise genommen.⁵² Die Gewerkschaft hat keinen irgendgearteten Anspruch darauf, daß ihr ein Arbeitgeberverband als Tarifpartei zur Verfügung steht. Vielmehr ist das eine autonome Entscheidung der organisierten Arbeitgeber, für die sie nicht „bestraft“ werden dürfen.⁵³ Dem tariflichen Regelungsbedürfnis der Gewerkschaften ist bereits damit gedient, daß die Tariffähigkeit des einzelnen Arbeitgebers unbeschränkt in § 2 Abs. 1 TVG angeordnet ist, so daß ihr stets ein Tarifpartner zur Verfügung steht.⁵⁴

- Folgen für die geltenden Tarifverträge

Mit dem Entfall der Tariffähigkeit verliert der Verband unbestreitbar die Fähigkeit, in der Zukunft wirksame Tarifverträge abzuschließen. Denn die Tariffähigkeit ist Wirksamkeitsvoraussetzung des Tarifabschlusses.⁵⁵ Was mit den aktuellen Tarifverträgen geschieht, wenn eine Tarifpartei nach Tarifabschluß tarifunfähig *wird*, sagt das TVG nicht.

- Normative Fortgeltung nach §§ 4 Abs. 1, 3 Abs. 1 TVG

Für das Tarifrecht der Weimarer Zeit hat das Reichsgericht – mit Blick auf die damalige Zwangsschlichtung – gemeint, an der einmal begründeten Tarifgeltung ändere sich durch die nachträgliche Tarifunwilligkeit überhaupt nichts.⁵⁶ Für das TVG ist diese Auffassung noch vereinzelt vertreten worden.⁵⁷ Doch kann ein Tarifvertrag nicht

⁵¹ *Kempen/Zachert* (Fn. 17) § 2 Rn. 79 f.; ebenso *Däubler*, Tarifvertragsrecht (3. Aufl. 1993) Rn. 73; *derselbe* (Fn. 12) NZA 1996, 232; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I (1997) S. 528; ähnlich noch *Löwisch* (Fn. 47) ZfA 1974, 44 f.; angedacht auch von *Schaub*, Aktuelle Fragen des Tarifvertragsrechts, BB 1995, 2003, 2004 f.

⁵² *Buchner*, Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden ohne Tarifbindung, NZA 1994, 2, 10.

⁵³ So im Ergebnis BAG vom 16. 11. 1989 – 8 AZR 368/88 – EzA § 11 ArbGG 1979 Nr. 6 = AP Nr. 11 zu § 11 ArbGG 1979 Prozeßvertreter; *Buchner* (Fn. 52) NZA 1994, 11; *Wank/Ramrath*, Prozeßvertretung durch Vertreter von Koalitionen nach § 11 ArbGG, NZA 1993, 345 ff.; *Rieble* (Fn. 6) Rn. 1864 ff.

⁵⁴ *MünchArbR/Löwisch* § 239 Rn. 75; *Meik*, Der Kernbereich der Tarifautonomie (1987) S. 155 f.

⁵⁵ Einhellige Meinung, siehe nur *Löwisch/Rieble* (Fn. 13) § 2 Rn. 103.

⁵⁶ RG vom 29. 10. 1926 – III 550/25 – RGZ 115, 177, 180.

⁵⁷ *Hueck/Nipperdey* Arbeitsrecht II/I (7. Aufl. 1967) S. 475 und noch *Löwisch* (Fn. 47) ZfA 1974, 41, der für diesen Fall aber ein außerordentliches Kündigungsrecht bejaht hat.

unverändert normativ weitergelten, wenn eine Tarifpartei weggefallen ist. Das haben Reichsarbeitsgericht und Bundesarbeitsgericht für die Auflösung des Arbeitgeberverbandes mehrfach gesagt – zuletzt 1997.⁵⁸

Entscheidend für den Entfall des Tarifvertrags ist, daß es eine normative Wirkung ohne einen verantwortlichen Normgeber nicht geben kann. Andernfalls gelangte man zu einer „unendlich fortgeltenden“ Rechtsnorm, die nicht mehr geändert werden kann, wenn sie nicht mehr sachgemäß ist.⁵⁹

Da Tarifnormen nur durch Vertragsschluß zustande kommen, gibt es schon dann keinen verantwortlichen Normgeber mehr, wenn auch nur eine Tarifpartei wegfällt. Dies gilt nicht nur für die vom BAG entschiedene Auflösung einer Tarifpartei, sondern in gleicher Weise für ihre Tarifunfähigkeit. Der nunmehr tarifunwillige Arbeitgeberverband steht als Verhandlungspartner für Änderungsstarifverträge nicht mehr zur Verfügung.⁶⁰

• Normative Tarifweitergeltung (analog § 3 Abs. 3 TVG)

Ist der Tarifentfall „an sich“ unvermeidbar, soll nach einer Auffassung mit einer Analogie zu § 3 Abs. 3 TVG geholfen werden. Wenn sich schon der einzelne Arbeitgeber nicht durch Austritt der Tarifbindung entziehen könne, dürfen das auch nicht alle Arbeitgeber gemeinsam durch Auflösung des Arbeitgeberverbandes oder gewollte Tarifunfähigkeit können. Die Vorschrift müsse „jede“ Flucht aus dem Tarifvertrag konterkarieren.⁶¹ Das ist falsch: § 3 Abs. 3 TVG bezieht sich schon systematisch nur auf die Tarifgebundenheit nach Abs. 1, also auf die durch Mitgliedschaft „von unten her“ legitimierte Tarifgeltung. Hätte der Gesetzgeber nicht nur die Tarifflucht auf Mitgliedesebene, sondern auch die auf Verbandsebene regeln wollen, so hätte er das erstens ausdrücklich tun und zweitens systematisch in § 2 TVG verankern müssen. Vor allem aber ändert der Austritt einzelner Mitglieder nichts daran, daß der Tarifvertrag von den bestehen bleibenden Tarifparteien verantwortlich geändert werden kann.⁶²

⁵⁸ BAG vom 15. 10. 1986 – 4 AZR 289/85 – EzA § 2 TVG Nr. 16 = AP Nr. 4 zu § 3 TVG; bestätigt in der Entscheidung vom 28. 5. 1997 (Fn. 23); für den schuldrechtlichen Teil schon BAG vom 11. 11. 1970 – 4 AZR 522/69 – NJW 1971, 822 = AP Nr. 28 zu § 2 TVG = SAE 1972, 107 mit Anm. *W. Blomeyer*. Ebenso RAG vom 26. 10. 1929 – RAG 47/29 – ARS 8, 128 = JW 1930, 3498 mit zustimmender Anm. *A. Hueck* und ablehnender Anm. *Heinrich Stoll* und vom 13. 2. 1932 – RAG 241/31 – ARS 14, 595, mit ablehnender Anm. *Heinrich Stoll*; die Entwicklung der älteren Lehre ist bei *W. Blomeyer*, SAE 1972, 109ff. im wesentlichen dargestellt; besonders *Schäfer*, Die Wirkungen der Verbandsauflösung auf ein bestehendes Tarifvertragsverhältnis (Diss. Jena 1931), S. 15 ff.

⁵⁹ So vor allem *Richardi*, Kollektivgewalt und Individualwille (1968) S. 220; *Rieble* (Fn. 6) Rn. 1263 ff. Siehe schon *Schäfer* (Fn. 58) S. 19: „Weil es sich um Rechtsnormen handelt, die aus einer autonomen Gesetzgebung entstanden sind, ist der Bestand dieser Normen mit dem Bestand der Verbände verknüpft.“

⁶⁰ *Löwisch/Rieble* (Fn. 13) § 2 Rn. 105; ähnlich *Schaub* (Fn. 51) BB 1995, 2004 (für die nunmehr fehlende Tarifzuständigkeit).

⁶¹ *Däubler* (Fn. 51) Rn. 77f., 1519ff.; *derselbe* (Fn. 12) NZA 1996, 233 *Kempen/Zachert* (Fn. 17) § 2 Rn. 105, § 3 Rn. 37ff.; *Frey*, Das Schicksal des Tarifvertrags und seiner Auswirkungen bei Wegfall einer Tarifvertragspartei, RdA 1965, 363; hilfsweise auch *Buchner* (Fn. 24) RdA 1997, 264f. für die Auflösung von Tarifverbänden.

⁶² Das zeigt sich am Gegenargument *Däublers* (Fn. 51, Rn. 1521): Treten erst 90% der Mitglieder aus und beschließen dann die restlichen 10% die Auflösung (oder die Tarifunfähigkeit), so heißt das gerade nicht, daß für die ausgetretenen 90% der Tarifvertrag weitergelte. Denn mit dem Ende des Arbeitgeberverbandes als Tarifpartei endet nach dem Gesagten der Tarifvertrag und damit zwangsläufig auch die Tariffortgeltung über § 3 Abs. 3 TVG („bis der Tarifvertrag endet“); so jetzt ausdrücklich BAG vom 28. 5. 1997 (Fn. 23).

Zu recht lehnen BAG und moderne Lehre diese normative Tariffortgeltung deshalb ab.⁶³

- Nachwirkung gemäß § 4 Abs. 5 TVG

Die hM sieht nur eine Möglichkeit, den Tarifinhalt „weitergelten“ zu lassen: Durch Nachwirkung gemäß oder analog § 4 Abs. 5 TVG.⁶⁴ In der Tat wird so dem eigentlichen Bedenken gegen die normative Tariffortgeltung Rechnung getragen: Die bloß nachwirkende Tarifnorm ist dispositiv, kann also durch andere Abmachung und damit in aller Regel durch Arbeitsvertrag abgeändert werden. Ähnlich drückt das schon *Richardi* aus: Die „bisher tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ... erhalten jedoch die Herrschaft über die tarifvertraglichen Rechtsnormen, weil die Tarifparteien sie nicht mehr wahrnehmen können“.⁶⁵ Nur so lasse sich effektiv verhindern, daß die Arbeitsverträge „inhaltsleer“ werden.⁶⁶

- Vollständiger Geltungsentfall

Eine Meinung in der Literatur vertritt die Auffassung, daß mit Wegfall einer Tarifpartei – und sei es durch gewollte Tariffunfähigkeit – der Tarifvertrag überhaupt nicht mehr gelten könne. Auch die Nachwirkung sei nach dem System des TVG schließlich eine – abgeschwächte – normative Geltung, die als Minimum voraussetze, daß die Tarifparteien als Normgeber noch existent sind, damit der nachwirkende Tarifvertrag notfalls geändert werden kann.⁶⁷

Das ist aber in der Konsequenz nicht erträglich. Zwar würde das Arbeitsverhältnis nicht „inhaltsleer“, weil an Stelle der tariflichen Arbeitsbedingungen nunmehr die arbeitsvertraglichen wieder aufleben würden oder wiederum jedenfalls für das Entgelt auf § 612 Abs. 2 BGB zurückzugreifen wäre.⁶⁸ Doch sind diese Alternativen wie gesehen nicht brauchbar.

4. OT-Mitgliedschaft als gemeinsame Strategie von Verband und Mitglied

Der Drang zum Ausstieg aus der Tarifbindung hat die Arbeitgeberverbände dazu gewogen, den Austrittswilligen eine sogenannte „OT-Mitgliedschaft“ ohne Tarifbindung anzubieten, um die Unternehmen wenigstens mit den sonstigen – nicht-tariflichen – Leistungen eines Arbeitgeberverbandes zu binden.

⁶³ BAG vom 15. 10. 1986 und vom 28. 5. 1997 (Fn. 23); *Löwisch/Rieble* (Fn. 13) § 2 Rn. 106; *Schaub* Arbeitsrechts-Handbuch (8. Aufl. 1996) § 199 IV 2b, S. 1671.

⁶⁴ BAG vom 15. 10. 1986 und vom 28. 5. 1997 (Fn. 23); *Kobersky/Clasen/Menzel* TVG (Loseblatt, Stand 11/97) § 2 Rn. 100f.; *Schaub* (Fn. 51) BB 1995, 2004.

⁶⁵ (Fn 59) S. 220; ähnlich für die Nachwirkung nach Verbandsaustritt im Anschluß an die Fortgeltung nach § 3 Abs. 3 TVG BAG vom 13. 12. 1995 (Fn. 23): § 4 Abs. 5 TVG senke die Tarif-„Normen von der Dispositionsebene der Tarifvertragsparteien auf die der Arbeitsvertragsparteien“ herab (unter 1.3.2.4).

⁶⁶ *Schaub* (Fn. 51) BB 1995, 2004.

⁶⁷ *Löwisch/Rieble* (Fn. 13) § 2 Rn. 107, § 4 Rn. 241 ff.; ähnlich *Buchner* (Fn. 24) RdA 1997, 266 (sowie für den Austritt S. 260f.) freilich bezogen auf den Zeitpunkt der Beendigung der Liquidation.

⁶⁸ So BAG vom 21. 9. 1989 – 1 AZR 454/88 – AP Nr. 43 zu § 77 BetrVG 1972 mit Anm. *Löwisch* = EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 33 für den Entfall der Normen einer Betriebsvereinbarung; zu § 612 Abs. 2 BGB, BAG vom 14. 6. 1994 (Fn. 25). Diese Entscheidung ist durch die Entscheidungen des 4. Senats vom 10. 12. 1997 (Fn. 38) überholt.

Dabei lassen sich zwei verschiedene rechtliche Modelle unterscheiden: Das *Zwei-Verbände-Modell* organisiert die Arbeitgeber in zwei rechtlich getrennten Verbänden – aber mit gemeinsamer Geschäftsstelle, womöglich gemeinsamem Geschäftsführer und weitergehender Personalunion in den Organen –, einem nicht tarifwilligen und deshalb nicht tariffähigen sozialpolitischen Arbeitgeberverband (unter Umständen zugleich Wirtschaftsverband) und einem Tarifverband, der Tarifverträge abschließt. Diejenigen Arbeitgeber, die keine Tarifbindung wünschen, treten nur dem sozialpolitischen Verband bei. Diejenigen, die für die Verbandstarifbindung optieren, wählen die doppelte Mitgliedschaft in beiden Verbänden.

Das Modell der *gestuften Mitgliedschaft* behält die einheitliche Verbandsorganisation bei, schafft aber zwei rechtlich unterschiedliche Mitgliedschaften: Die ordentliche oder Vollmitgliedschaft umfaßt die Tarifbindung für das Mitglied; die außerordentliche, „OT-“ oder Gastmitgliedschaft nur die sozialpolitische und ggf. wirtschaftsverbandliche Repräsentation.

aa) Zulässigkeit und Grenzen

Gegen das Zwei-Verbände-Modell läßt sich kaum etwas einwenden, weil Gründung von Arbeitgeberverbänden wie ihre autonome Zwecksetzung vollkommen frei sind. Dementsprechend kehren hier – in Bezug auf den nicht-tariffähigen sozialpolitischen Verband lediglich diejenigen Einwände wieder, die auch schon gegen die gewollte Tarifunfähigkeit erhoben werden.⁶⁹ Das ist hier wie dort falsch: Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit verpflichtet einen Arbeitgeberverband nicht, am Tarifvertragssystem teilzunehmen. Im Gegenteil ist die Entscheidung hierüber vollkommen frei und darf weder mit dem Verlust der Koalitionseigenschaft, noch mit dem Verlust einfacher Rechte – wie der Prozeßvertretung in Arbeitsgerichtsverfahren – abgestraft werden.

Die satzungsgemäße Regelung zweier unterschiedlicher Mitgliedschaften kann sich auf die Grundüberlegung des Tarifsystems stützen, daß die Tarifgeltung (nur) durch die freiwillige Mitgliedschaft legitimiert wird.⁷⁰ Wenn aber in der Mitgliedschaft die legitimierende Unterwerfung unter die Tarifmacht des Verbandes zu sehen ist, dann muß es dem Verband kraft seiner Vereinszweckautonomie freistehen, unterschiedlich intensive Mitgliedschaften in der Satzung vorzusehen, von denen die eine die Legitimation für die Tarifnormsetzung in sich trägt, die andere nicht.⁷¹

Ergänzend läßt sich auf die Befugnis zur autonomen Regelung der Tarifzuständigkeit verweisen: Auch sie erlaubt jedem Tarifverband eine Aufteilung der Mitglieder in solche mit und ohne Tarifgebundenheit – aber auf der Grundlage abstrakter Festlegungen über den räumlichen, persönlichen und fachlichen Einzugsbereich der Koalition. Derjenige, der von vornherein nicht unter die Tarifzuständigkeit eines Tarifverbandes fällt, hat gar nicht die Wahl, Vollmitglied zu werden. Damit wird

⁶⁹ So explizit *Däubler* (Fn. 12) NZA 1996, 232.

⁷⁰ Aus verfassungsrechtlicher Sicht BVerfG vom 14. 6. 1983 (Fn. 4).

⁷¹ Vor allem *Buchner* (Fn. 52) NZA 1994, 4 ff. und (Fn. 2) NZA 1995, 767 f. Ergänzend der Hinweis von *A. Junker* Anmerkung zu BAG vom 23. 10. 1996 SAE 1997, 176, daß das deutsche Verbandsrecht grundsätzlich Mitgliedschaften unterschiedlicher Intensität zuläßt, sie im Aktiengesetz sogar ausdrücklich geregelt sind (Stamm- und Vorzugsaktien).

im Ergebnis nichts anderes erreicht als mit dem Zwei-Verbände-Modell, das ebenfalls auf zwei unterschiedlich intensiven Mitgliedschaften fußt – nur eben in zwei Verbänden. Dementsprechend läßt die herrschende Meinung solche OT-Mitgliedschaften zu.⁷²

Die vereins- und tarifrechtlichen Einwendungen hiergegen stehen nicht:

- Das *Vereinsrecht* mit seinem – bei mächtigen Verbänden verschärften – *Gleichbehandlungsgrundsatz* steht nicht entgegen: Wenn den Mitgliedern die freie Wahl zwischen beiden Mitgliedschaftstypen überlassen wird, so kann der Unterschied in der Tarifbindung nicht willkürlich sein.⁷³ Daß der vereinsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz der falsche Ansatz ist, zeigt schon dessen Schutzrichtung: Er will Mitglieder vor grundlosen Benachteiligungen schützen. Wollte sich ein OT-Mitglied gegen die Beschränkung auf eine OT-Mitgliedschaft wehren, könnte es die Aufnahme als Vollmitglied begehren – unter Berufung auf den Aufnahmeanspruch in solche Verbände, auf deren Mitgliedschaft es angewiesen ist. In der Diskussion geht es aber um den Schutz der Gewerkschaften, denen ein „vollwertiger“ Tarifpartner erhalten werden soll; sie sind vom Vereinsrecht in Ansehung des Arbeitgeberverbands aber nicht geschützt.⁷⁴
- Etwas ernster zu nehmen sind die tarifrechtlichen Einwände. Freilich hat keiner der Kritiker nachweisen können, daß die Koalitionsfreiheit oder das TVG die Koalitionen darauf beschränkten, ausschließlich die Vollmitgliedschaft anzubieten – nach dem Motto „Alles-oder-Nichts“. Diesbezügliche Argumentation rangiert im Bereich bloßer Behauptung.⁷⁵

Daß die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie eine solche Beschränkung gebiete, ist gleichfalls bloße Behauptung. Es ist schon nicht plausibel dargetan, daß die Funkti-

⁷² LAG Rheinland-Pfalz vom 17. 2. 1995 – 10 Sa 1092/94 – LAGE Art. 9 GG Nr. 10 mit im Ergebnis zustimmender Anmerkung *Thüsing* = NZA 1995, 800; *Büchner* (Fn. 52) NZA 1994, 2ff.; *derselbe* (Fn. 2) NZA 1995, 761 ff.; *Reuter* (Fn. 50) RdA 1996, 201 ff.; *A. Junker* (Fn. 71) SAE 1997, 172 ff.; *Thüsing*, Die Mitgliedschaft ohne Tarifbindung in Arbeitgeberverbänden, ZTR 1996, 481 ff., *Sven Otto*, Die rechtliche Zulässigkeit einer tarifbindungsfreien Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden, NZA 1996, 624 ff.; NZA 1996, 624 ff. Das BAG hat in der Entscheidung vom 23. 10. 1996 – 4 AZR 409/95 [A] – EzA § 97 ArbGG 1979 Nr. 3 = AP Nr. 15 zu § 3 TVG Verbandszugehörigkeit = NZA 1997, 383 = SAE 1997, 169 die Frage offengelassen und das Verfahren gemäß § 97 Abs. 5 ArbGG ausgesetzt – damit die Tarifzuständigkeit des Verbandes für seine OT-Mitglieder im Status-Beschlußverfahren des § 97 ArbGG geklärt werden kann.

⁷³ *Buchner* (Fn. 2) NZA 1995, 765 f.; *Thüsing*, Der Außenseiter im Arbeitskampf (1996) S. 154 f.; so selbst *Däubler* (Fn. 12) NZA 1996, 230.

⁷⁴ Zum Teil wird mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz nur die Ausgestaltung der Mitgliedschaft kritisiert, aus der unterschiedlichen Tarifbindung eine Abstufung in den Mitgliederrechten und -pflichten zwingend abgeleitet – insbesondere mit Blick auf die Beiträge, soweit sie einen Arbeitskampf-Fonds speisen (vor allem *Röckl*, Zulässigkeit einer Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden ohne Tarifbindung DB 1993, 2382, 2383; *Däubler*, Fn. 12, NZA 1996, 230; hiergegen zutreffend *Thüsing*, Fn. 72, ZTR 1996, 484; *A. Junker*, Fn. 71, SAE 1997, 176 f.) oder das gleiche Stimmrecht kritisiert. Auch insofern ist das Vereinsrecht aber tarifrechtlich unbeachtlich: Der Verstoß der Satzung gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz kann immer nur zur Kassation der entsprechenden Satzungsbestimmung führen, nie aber aus einem Verband mit OT-Mitgliedern einen solchen nur mit tarifgebundenen Mitgliedern machen (richtig *A. Junker*, Fn. 71, SAE 1997, 177).

⁷⁵ Vor allem *Däubler* (Fn. 12) NZA 1996, 230 f.: „Die Tarifbindung ist daher ein automatischer Ausfluß der Mitgliedschaft“, dem folgend *Kempen/Zachert* (Fn. 17) § 2 Rn. 90. Richtig dagegen die hM, die in § 3 Abs. 1 TVG nur eine negative Beschränkung dahin sieht, daß Nichtmitglieder nicht tarifgebunden sind, nicht aber positiv, daß alle Mitglieder tarifgebunden sein müßten, statt aller *A. Junker* (Fn. 71) SAE 1997, 179.

onsfähigkeit der Tarifautonomie durch die OT-Mitgliedschaft überhaupt beeinträchtigt wird. Die Gewerkschaften sind frei darin, vom OT-Mitglied einen Haustarif zu fordern; Art. 9 Abs. 3 GG garantiert ihnen nicht das Vorhandensein eines Arbeitgeberverbandes als Tarifpartner.⁷⁶

Dasselbe gilt für die von einigen Stimmen behauptete Paritätsstörung.⁷⁷ Doch fehlt hierfür jeder auch nur halbwegs handfeste Beleg. Daß die Unterstützung der Vollmitglieder durch die OT-Mitglieder eine Gewerkschaft in der Tarifaueinandersetzung wirklich schwächen kann, muß anhand konkreter Tatsachen belegt werden. Vermutungen rechtfertigen keinen Eingriff in die von Art. 9 Abs. 3 GG besonders geschützte Verbandsautonomie. Die entscheidende Kraft des Arbeitgeberverbandes bezieht er durch seine Aussperrungsbefugnis – sie kommt den OT-Mitgliedern gerade nicht zu. Die Beitrags- und Organisationskraft der OT-Mitglieder wird kaum eine Tarifaueinandersetzung entscheiden.⁷⁸ Schwerer wird es für die Gewerkschaften allein dadurch, daß sie womöglich eine Vielzahl von Haustarifverhandlungen führen müssen. Eben diesen Nachteil mutet ihnen die negative Koalitionsfreiheit ohnehin zu.

Hat man sich bisher durchgerungen, so ist die Frage nach den tarifrechtlichen Folgen einfach zu beantworten: Hat der Arbeitgeberverband das Modell der gestuften Mitgliedschaft eingeführt, so ist der Wechsel von der Voll- zur OT-Mitgliedschaft gleich dem Austritt zu behandeln: Der Tarifvertrag gilt bis zu seinem Ende nach § 3 Abs. 3 TVG fort, anschließend greift die Nachwirkung des § 4 Abs. 5 TVG.⁷⁹

Effektiver wirkt das Zwei-Verbände-Modell, wenn der bisherige Arbeitgeberverband seine Tariffähigkeit aufgibt und das Tarifgeschäft dem neugegründeten Tarifverband zuweist: Die Tarifverträge wirken dann von vornherein nur noch nach, § 4 Abs. 5 TVG. Der Umstand, daß ein Teil oder gar alle Mitglieder dem neu gegründeten Tarifverband beitreten, führt nicht zu einer Tarifrechtsnachfolge.

III. Flucht aus dem (Verbands-) Tarifvertrag – nur wohin?

Wie gesehen kann keine der Fluchtstrategien den bislang geltenden Tarifvertrag beseitigen. Seine Arbeitsbedingungen wirken zumindest auf Arbeitsvertragebene nach, so daß den Arbeitgeber eine Abänderungslast trifft. An ihr führt kein Weg vorbei. Der Rückgriff auf das übliche Arbeitsentgelt nach § 612 Abs. 2 BGB paßt von vornherein nicht. Das Wiederaufleben der arbeitsvertraglichen Bedingungen ist

⁷⁶ Richtig A. Junker (Fn. 71) SAE 1997, 179 f.; Reuter (Fn. 50) RdA 1996, 205.

⁷⁷ Etwa Schaub (Fn. 63) § 206 II 8 d, S. 1728; derselbe (Fn. 51) BB 1995, 2005; Däubler (Fn. 12) NZA 1996, 231.

⁷⁸ Zutreffend A. Junker (Fn. 71) SAE 1997, 180, der überdies darauf hinweist, daß die Gewerkschaften mit ihren Pensionären (und Arbeitslosen) ebenfalls „Gastmitglieder ohne Tarifbindung“ haben, die die Gewerkschaft finanziell unterstützen; Thüsing (Fn. 72) ZTR 1996, 485.

⁷⁹ Herrschende Meinung, etwa Buchner (Fn. 52) NZA 1994, 9; Reuter (Fn. 50) RdA 1996, 208; „hilfsweise“ auch Däubler (Fn. 12) NZA 1996, 231 f.

in der Konsequenz unerträglich. Man stelle sich vor, ein Arbeitnehmer sei 1987 eingestellt worden und habe seither zehn Jahre lang stets unter Tarifgeltung gearbeitet. Würde der vollständige also nachwirkungslose Wegfall des Tarifvertrags die arbeitsvertraglichen Arbeitszeit- und Entgeltregeln wieder aufleben lassen, hätte das einschneidende Konsequenzen: Der Arbeitnehmer würde auf den Stand von 1987 zurückgeworfen, müßte insbesondere eine Entgeltabsenkung um etwa 30% hinnehmen.⁸⁰

Mit der Flucht aus dem Tarifvertrag kann der Arbeitgeber oder der Verband nur zweierlei erreichen: Stets wird die Verbandstarifmacht, also die Befugnis zum Abschluß künftiger Tarifverträge beseitigt. Dafür büßt der Arbeitgeber den Schutz der Friedenspflicht ein und ist der Haustarifforderung der Gewerkschaft und einem etwaigen Hausarbeitskampf ausgesetzt.

Zweitens können einige der Fluchtstrategien die zwingende Wirkung des Tarifvertrages vorzeitig entfallen lassen oder verkürzen und so den Weg zur Abänderung der tariflichen Arbeitsbedingungen frei machen. Die Beendigung der Mitgliedschaft und der Betriebsübergang muten dem Arbeitgeber bzw. dem Betriebserwerber für eine gewisse Zeit die zwingende Wirkung des Tarifvertrages zu. Alle anderen Fluchtmöglichkeiten – vom Herauswandern aus dem fachlichen Geltungsbereich über die außerordentliche Tarifikündigung bis hin zur Verbandsauflösung oder der gewollten Tarifunfähigkeit beseitigen die zwingende Wirkung hingegen sofort und eröffnen dem Arbeitgeber damit umfassende Abänderungsmöglichkeiten.

Die gebräuchliche Wendung der *Flucht aus dem Tarifvertrag*⁸¹ erweist sich also als falsch. Aus dem aktuell geltenden Tarifvertrag kann der Arbeitgeber wegen der umfassenden Nachwirkung nicht einfach fliehen. Stets bleiben die tariflichen Arbeitsbedingungen auf dem bisherigen Stand eingefroren. Nur die Inflation verhilft dem Arbeitgeber auf mittlere Sicht zu einer Reallohnminderung. Der Arbeitgeber darf nicht fragen „Wie komme ich raus?“ sondern muß mit Blick auf seine Abänderungslast nach seiner Alternative zum fortwirkenden Tarifvertrag fragen. Ohne Regelung der Arbeitsbedingungen geht es nicht. Selbst wenn der Unternehmer eine echte Lohnsenkung anstrebt oder eine Verlängerung der betrieblichen Arbeitszeit, muß er doch wissen mit welchem rechtlichen Instrumentarium er seine Ziele erreichen will. Also lautet die viel wichtigere Frage: „Wo will ich hin?“

Das Arbeitsrecht stellt drei konkurrierende Regelsysteme zur Verfügung: Den Tarifvertrag, den Arbeitsvertrag (insbesondere als Einheitsregelung) und die Betriebsvereinbarung.

Der abändernde Arbeitsvertrag ist rechtlich schwer zu erreichen, weil die einseitige (Massen-)Änderungskündigung des Arbeitgebers den Änderungskündigungsschutz überwinden muß. Zwar besteht weithin Einigkeit darüber, daß die Änderungskündi-

⁸⁰ Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 1997, 22.10 und 22.11, S. 616 f zur Entwicklung der Tariflöhne und -gehälter im früherem Bundesgebiet; siehe schon *Rieble* Anmerkung AP Nr. 3 zu § 3 TVG Verbandsaustritt.

⁸¹ *Bauer/Diller* (Fn. 19) DB 1993, 1085 ff.; *Däubler*, Tariffucht – eine aussichtsreiche Strategie zur Reduzierung von Lohnkosten? ZTR 1994, 448 ff.

gung erleichtert werden soll,⁸² doch fehlt für das Entgelt jeder Maßstab für die Zumutbarkeit der Änderung: Auf welchen Lohnverzicht muß sich der Arbeitnehmer redlicherweise einlassen? Befindet sich das Unternehmen in der Krise, droht zumindest ein Arbeitsplatzabbau, so gibt es keinen Grund, dem Vertrag als Regelungsverfahren zu mißtrauen. Wie der Fall Viessmann, aber auch der Tarifbruch im Osten Deutschlands zeigt, sind die Mitarbeiter durchaus zur einvernehmlichen Absenkung der Tarifbedingungen bereit, wenn so ihr Arbeitsplatz erhalten werden kann.

Mit Blick auf den Änderungskündigungsschutz versuchen viele Unternehmen die Flucht in den anderen Tarifvertrag. Der Haustarif ist wenig willkommen, weil sich die Unternehmen dadurch der Gewerkschaft und insbesondere der Gefahr des Hausarbeitskampfes ausliefern. Es geht also um die Flucht in einen anderen, günstigeren Verbandstarifvertrag – um ein bestehendes Tarifgefälle auszunutzen. Sie sieht sich zwei zentralen Problemen ausgesetzt.

- Einmal will das BAG – in verfassungsrechtlich angreifbarer Weise – die Geltung des neuen Tarifvertrages verhindern, soweit es um die Konkurrenz von DGB-Gewerkschaften geht: Das BAG führt über die DGB-Satzung eine Besitzstandswahrung zugunsten der zuletzt zuständigen DGB-Gewerkschaft ein.⁸³
- Zweitens gilt für den nachwirkenden Tarifvertrag wie für den nach § 613 a Abs. 1 Satz 2 BGB ins Arbeitsverhältnis transformierten Tarifvertrag das Prinzip der Einzelablösung. Daß der Arbeitgeber einem anderen Arbeitgeberverband beitrifft, hilft ihm nichts; denn tarifrechtlich ist für die Geltung des neuen Tarifvertrags beiderseitige Tarifgebundenheit erforderlich. Die Arbeitnehmer müßten also in die nunmehr zuständige Gewerkschaft übertreten und so in die Verschlechterung der Arbeitsbedingungen einwilligen.
- Helfen ließe sich nur mit den typischen dynamischen Bezugnahmeklauseln im Arbeitsvertrag: Sie müßten in ihrer Dynamik den Tarifwechsel erfassen und dem Mitglied der bislang zuständigen Gewerkschaft die Verschlechterung der Arbeitsbedingungen zumuten, obschon die Arbeitnehmer sich durch Verweigerung ihres Übertretts gegen die Verschlechterung entschieden haben. Das wirft einmal bislang nicht gelöste Probleme der Vertragskontrolle auf. Zum anderen geht es auch um die Konkurrenz von Gewerkschaften: Eine Minderheitsgewerkschaft könnte durch Tarifabschluß mit dem Arbeitgeber so zu Lasten der Mitglieder der im Unternehmen repräsentativen Gewerkschaft deren nachwirkenden Tarifvertrag beseitigen – womöglich ohne dort ein einziges Mitglied zu haben.⁸⁴ Bezeichnenderweise haben die

⁸² Etwa *Krause*, Die Änderungskündigung zum Zweck der Entgeltreduzierung, DB 1995, 574 ff.; *Stahlbacke*, Grundfragen der betriebsbedingten Kündigung, DB 1994, 1361, 1368 mit Nachweisen.

⁸³ BAG vom 12. 11. 1996 – 1 ABR 33/96 – EzA § 2 TVG Tarifzulässigkeit Nr. 6 = AP Nr. 10 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit.

⁸⁴ Besonders großzügig *Zöllner*, Veränderung und Angleichung tariflich geregelter Arbeitsbedingungen nach Betriebsübergang, DB 1995, 1401, 1404 f.; *Hromadka*, Tarifvertrag und Arbeitsvertrag bei der Ausgründung von Betriebsteilen, DB 1996, 1872, 1877. Die Bedenken zeigt die Entscheidung des BAG vom 4. 9. 1996 – 4 AZR 135/95 – EzA § 3 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 7 mit instruktiver Anmerkung *Buchner* = AP Nr. 5 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag auf. Das BAG hat die Ablösung durch Bezugnahmeklausel dort ausdrücklich nur für den Fall zugelassen, „wenn die Tarifverträge von derselben Gewerkschaft abgeschlossen werden“.

Arbeitsgerichte in den wenigen Entscheidungen hierzu diese verschlechternde Dynamik der Bezugnahmeklausel verneint – wenn auch mit anfechtbarer Begründung. Eine dogmatisch „saubere“ Lösung steht noch aus.⁸⁵

Die Betriebsvereinbarung scheidet wegen des Tarifvorbehalts in § 77 Abs. 3 BetrVG als Regelungsinstrument zur Ablösung von Tarifverträgen gerade aus – nach der richtigen Auffassung des BAG, die für die „Üblichkeit“ keine Tarifbindung des Arbeitgebers verlangt.⁸⁶ Das ist geltendes Recht und nach meiner Auffassung von der Koalitionsfreiheit im Grundsatz geboten, weil der Betriebsrat als vom Gesetzgeber installierte „Zwangsorganisation“ den Gewerkschaften keine Konkurrenz bei der autonomen Regelung der Arbeitsbedingungen machen – und insbesondere nicht bei der Tariffucht helfen darf.⁸⁷ Überdies ist für die Ablösung des nachwirkenden Tarifvertrags durch Betriebsvereinbarung die Frage aufgeworfen, ob die Verschlechterung von Arbeitsbedingungen zur Aufgabe der Betriebsvereinbarung rechnen kann.⁸⁸

Nun hat der Juristentag vorgeschlagen, den Betriebspartnern in der Unternehmenskrise sogar das Durchbrechen des zwingend geltenden Tarifvertrages zu erlauben.⁸⁹ Die hierfür erforderliche Gesetzesänderung ist nicht in Sicht. Als minus, also minder starken und deshalb verhältnismäßigeren Eingriff in den Tarifvertrag ist es denkbar, in der Unternehmenskrise (und nur dann⁹⁰) nicht den Tarifvorrang, sondern den Tarifvorbehalt des § 77 Abs. 3 BetrVG zu lockern und den Betriebspartnern durch freiwillige Betriebsvereinbarung die verschlechternde Ablösung der nur nachwirkenden Tarifnormen zu gestatten.⁹¹ Das ließe sich meines Erachtens auch ohne Gesetzesänderung durch vorsichtige Rechtsfortbildung bewerkstelligen. Deren Ausgangspunkt könnte die von der herrschenden Meinung für § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG bejahte Ermächtigung der Betriebspartner sein, qua Kurzarbeits-Betriebsvereinbarung in den Arbeitsvertrag einzugreifen,⁹² eben um Arbeitsplätze zu retten.

Freilich bleiben Bedenken: Eine derartige Betriebsvereinbarung ist kein Ausdruck von Selbstbestimmung. Wenn alle Arbeitnehmer mit dem Lohnverzicht einverstanden sind, genügt der freiwillig zustandekomene Arbeitsvertrag. Es geht vielmehr darum, die Verweigerer unter den Arbeitnehmern zur Lohnsenkung zu zwingen – also eine dem Arbeitsrecht sonst fremde, das Günstigkeitsprinzip hintertreibende Höchst-

⁸⁵ Fall IBM: LAG Hamburg vom 7. 6. 1995 – 4 Sa 115/94 – ArbuR 1996, 75, 77 und ArbG Mainz vom 27. 7. 1995 – 1 Ca 3007/94 – ArbuR 1996, 240; Fall Dräger: ArbG Lübeck vom 15. 8. 1996 – 1 Ca 525/96 – AiB 1997, 418; vgl. jetzt auch den Kunstgriff des BAG (vom 28. 5. 1997, Fn. 23): Nennung der Vergütungsgruppe im Arbeitsvertrag soll Bezugnahmeklausel einschränken.

⁸⁶ BAG vom 24. 1. 1996 – 1 AZR 597/95 – EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 55 = AP Nr. 8 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt = NZA 1996, 948; zur Kritik GK-BetrVG/*Kreutz* [6. Aufl. 1998] § 77 Rn. 83.

⁸⁷ *Rieble* (Fn. 6) Rn. 1483 ff.

⁸⁸ Etwa *Hromadka*, Mehr Flexibilität für die Betriebe – Ein Gesetzesvorschlag, NZA 1996, 1235.

⁸⁹ NJW 1996, 2994 – Beschluß 3; *Hromadka* (Fn. 88) NZA 1996, 1239; *Löwisch* (Fn. 39) NJW 1997, 906 – These 2.

⁹⁰ Weil nur dann die Berufsfreiheit des Arbeitgebers wie der vom Arbeitsplatzverlust bedrohten Arbeitnehmer den Eingriff in die Tarifautonomie deckt; *Löwisch* (Fn. 39) NJW 1997, 906.

⁹¹ So schon *Buchner* (Fn. 40) NZA 1993, 299.

⁹² BAG vom 14. 2. 1991 – 2 AZR 415/90 – EzA § 87 BetrVG 1972 Kurzarbeit Nr. 1 = AP Nr. 4 zu § 615 BGB Kurzarbeit = NZA 1991, 607; kritisch *Waltermann*, Anordnung von Kurzarbeit durch Betriebsvereinbarung? NZA 1993, 679; *Heinze*, Die arbeitsrechtliche Zulässigkeit der Einführung von Kurzarbeit, RdA 1998, 14 ff.

arbeitsbedingung durchzusetzen. Deshalb wird in der Literatur auch nicht allein dem Betriebsrat vertraut, sondern eine Abstimmung in der Belegschaft mit entsprechendem Quorum vorgeschlagen – etwa 75%.⁹³ Systemgerechter ist es, solche Verschlechterungen dem der Vertragsebene eigenen und geeigneteren Instrument der Änderungskündigung zu überlassen – zumal so der erforderliche Individualrechtsschutz gewahrt bleibt.⁹⁴

⁹³ *Konzen* (Fn. 21) NZA 1995, 919; *Hromadka* (Fn. 88) NZA 1996, 1239; vgl. auch den neuen und wegen seiner Systemfremdheit zum 1. 1. 1999 schon wieder aufgehobenen § 1 Abs. 4 Satz 2 KSchG, der privilegierte Sozialauswahlrichtlinien in betriebsratslosen Betrieben von der Zustimmung von 2/3 der Belegschaft abhängig macht.

⁹⁴ Insofern mag man daran denken, daß die einvernehmliche Vertragsänderung durch 2/3 oder 3/4 der Belegschaft die Zumutbarkeit der Vertragsänderung auch für die ablehnenden Arbeitnehmer indiziert.