

Darstellung der Möglichkeiten eines Arbeitgebers zur Beendigung seiner Tarifbindung und Schaffung von Neuregelungen mit den Arbeitnehmern^{*}

Seminararbeit von

Michael Obst

1. Juni 2005

^{*} Mit freundlicher Unterstützung von

Baumgartner & Partner Unternehmensberatung GmbH / Dr. Fratschner / Kurze
Mühren 13 / 20095 Hamburg/Tel: 040 - 28 41 64 - 0 / info@baumgartner.de /
info@haustarif.com

Autor:

Michael Obst
Markt 65
95679 Walderhof
Email: michael.obst@gmx.net

Erstprüfer:

Prof. Dr. Hirdina



FACHHOCHSCHULE ASCHAFFENBURG

FACHBEREICH WIRTSCHAFT UND RECHT

WÜRZBURGER STRASSE 45

D-63743 ASCHAFFENBURG

Inhaltsverzeichnis

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	V
1 EINFÜHRUNG	1
2 KRITIK AM FLÄCHENTARIFVERTRAG	2
3 GRUNDLAGEN DES TARIFRECHTS	3
3.1 Formen des Tarifvertrags	3
3.2 Inhalt eines Tarifvertrags	3
3.3 Tarifbindung und normative Wirkung	4
3.4 Öffnungsklauseln	4
3.5 Günstigkeitsprinzip	5
4 RECHTLICHE HINDERNISSE DER LÖSUNG VOM VTV	6
4.1 Allgemeinverbindliche Tarifverträge	6
4.2 Kündigungsfristen des Arbeitgeberverbandes	6
4.3 Fortgeltung	7
4.4 Nachwirkung	8
4.5 Der Tarifvorbehalt	9
4.6 Hürden für die Zulässigkeit der Änderungskündigung	11
4.7 Bezugnahmeklauseln	12
4.8 Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität	14

5 DIE LÖSUNG VOM FLÄCHENTARIFVERTRAG	16
5.1 Austritt und tarifvorbehaltswidrige BV	16
5.2 Austritt und BV im Rahmen des §87 I BetrVG	18
5.3 Austritt, Regelungsabrede u. Änderungsvereinbarung	20
5.4 Austritt und Massenänderungskündigungen	21
5.5 Herauswachsen aus dem fachlichen Geltungsbereich	23
5.6 Wechsel des AG-Verbandes	25
5.7 Abschluss eines Haustarifvertrags	28
5.8 Outsourcing und Betriebsübergang	29
6 FAZIT	33
7 LITERATUR- UND QUELLENVERZEICHNIS	34
7.1 Bücher und Studien	34
7.2 Aufsätze und Artikel	34
7.3 Internetquellen	35
7.4 Urteile	35
8 ANLAGEN	37

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Auffassung
Abg.	Arbeitsbedingungen
AG	Arbeitgeber
AG-Verband	Arbeitgeberverband
AN	Arbeitnehmer
ArbRB	Arbeitsrechtsberater (Zeitschrift)
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BR	Betriebsrat
bspw.	beispielsweise
BuW	Betrieb und Wirtschaft (Zeitschrift)
BV	Betriebsvereinbarung
ebd.	eben da
evt.	eventuell
gem.	gemäß
HTV	Haustarifvertrag
JabAR	Jahrbuch des Arbeitsrechts
Kap.	Kapitel
m.E.	meines Erachtens
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
o.ä.	oder ähnliches
OT-Mitgliedschaft	Mitgliedschaft im AG-Verband ohne Tarifbindung
Rd.	Randnummer
TR	Tarifrecht
TV	Tarifvertrag
u.U.	unter Umständen
v.	von
VTV	Verbandstarifvertrag / Flächentarifvertrag
z.B.	zum Beispiel
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht

1 Einführung

Unter den tarifgebundenen Arbeitgebern in Deutschland herrscht offenbar Unzufriedenheit mit dem Verbandstarifvertrag (VTV). Viele denken über die Beendigung ihrer Tarifbindung nach. In einer Umfrage der Unternehmensberatung Baumgartner & Partner gaben 77% der beteiligten Unternehmen an, sie wären in fünf Jahren "wahrscheinlich" oder "sehr wahrscheinlich" nicht mehr an einen Tarif gebunden¹. Bereits heute ist eine Steigerung bei der Anzahl abgeschlossener Haustarifverträge zu beobachten. Das kann als Indikator dafür gewertet werden, daß sich tatsächlich immer mehr Firmen vom Verbandstarifvertrag zurückziehen².

Dabei ist der Ausstieg nicht immer frei von Schwierigkeiten. Einige Arbeitgeber hätten sich dabei "eine blutige Nase geholt"³, berichtet die Unternehmensberatung Baumgartner & Partner. Häufig kehren Betriebe innerhalb kurzer Zeit zur Tarifbindung zurück oder schaffen es zumindest nicht, günstigere Regelungen auf Betriebsebene zu vereinbaren^{4, 5}.

Verantwortlich für mißlungene Ausstiegsversuche dürften nicht zuletzt rechtliche Hindernisse sein. Zwar ist der Austritt aus dem Verbandstarifvertrag relativ unproblematisch, bei der Neugestaltung der Arbeitsbedingungen wird ein Unternehmer aber auf einige rechtliche Fallstricke stoßen. In dieser Seminararbeit wird diese Problematik dargestellt. Weiterhin werden verschiedene Wege aufgezeigt, wie rechtliche Hindernisse umgangen werden können.

¹ Baumgartner & Partner Unternehmensberatung GmbH (Hrsg.), Flucht aus dem Flächentarifvertrag, Hamburg, Dezember 2004, S.21, bestellbar unter www.baumgartner.de

² Vgl. Lehmann, Stabilität und Veränderung der Flächentarifbindung von Arbeitgebern in Deutschland, S.22

³ Friedrich Fratschner im Interview, in: Eschbach, Hans, Haustarife machen flexibler, in: Handelsblatt, 19.01.2005

⁴ Vgl. Lehmann, Stabilität und Veränderung der Flächentarifbindung von Arbeitgebern in Deutschland, S.229

⁵ Vgl. Löwisch/Rieble, Tarifvertragsrechtliche und arbeitskampfrechtliche Fragen des Übergangs vom Haustarif zum Verbandstarif, in: Festschrift Schaub, 1998, S.457

2 Kritik am Flächentarifvertrag

Um darzustellen, wie die Tariffucht des Unternehmens rechtlich gestaltet werden soll, muß zunächst klar sein, in welchen Bereichen Arbeitgeber eine Abweichung vom VTV anstreben. Zu diesem Zweck wird auf die Ergebnisse zweier Studien zurückgegriffen.

Wie eingangs erwähnt, führte die Unternehmensberatung Baumgartner & Partner eine Umfrage unter 108 Firmen durch. Man kam letztlich zu folgenden Ergebnissen: Die befragten Unternehmen sehen u.a. die im VTV vereinbarten Lohnsätze als zu hoch, die Arbeitszeiten als zu niedrig und die Urlaubszeiten als zu lang an⁶. Speziell in Bezug auf die Entlohnung wird zudem kritisiert, daß die tariflichen Bestimmungen einen Leistungsbezug der Vergütung behindern würden⁷. Eine Dissertation der Universität Hannover hat ebenfalls Gründe für die Unzufriedenheit der Arbeitgeber und ihren Rückzug aus dem Flächentarifvertrag untersucht. Darin wurden die Festlegung einer zu geringen Wochenarbeitszeit, sowie deren unflexible Gestaltung als einer der Hauptkritikpunkte ausgemacht⁸. Weiterhin wurde eine zu starre und undifferenzierte Einteilung der Lohngruppen bemängelt⁹.

Sicherlich existieren noch andere Motive für die Flucht aus dem Tarifvertrag. Aus Gründen der Übersichtlichkeit erscheint es jedoch angebracht, sich auf eine überschaubare Anzahl zu konzentrieren. Diese Arbeit wird sich deshalb darauf beschränken, zu untersuchen, ob und wie folgende Änderungen durch den Ausstieg aus dem VTV erreicht werden können:

- **Absenkung der Entlohnung unter Tarifniveau**
- **Flexibilisierung der Lohngestaltung (Leistungsbezug)**
- **Dauerhafte Ausweitung der wöchentlichen Arbeitszeit**
- **Flexibilisierung der Arbeitszeit**
- **Verringerung des Jahresurlaubs**

⁶ Baumgartner & Partner Unternehmensberatung GmbH (Hrsg.), Flucht aus dem Flächentarifvertrag, Hamburg, Dezember 2004, S.16, bestellbar unter www.baumgartner.de

⁷ Vgl. N.N., Mehr Spielraum bei der Vergütung verlangt, in: Handelsblatt, 19.01.2005

⁸ Vgl. Lehmann, Stabilität und Veränderung der Flächentarifbindung von Arbeitgebern in Deutschland, S.172, S.199, S.228

⁹ Vgl. ebd., S.199, S.228

3 Grundlagen des Tarifrechts

Bevor die Problematik des Tarifausstiegs und der Neuregelungen ausführlich erörtert wird, sollen hier zunächst einige Grundlagen des Tarifrechts dargestellt werden.

3.1 Formen des Tarifvertrags

Wenn von Tarifverträgen und den daraus resultierenden Schwierigkeiten die Rede ist, so ist meist der Verbandstarifvertrag (=Flächentarifvertrag) gemeint. Dieser wird i.d.R. zwischen einem Arbeitgeberverband und einer Gewerkschaft vereinbart und gilt für ein bestimmtes Gebiet, z.B. das Bundesland Bayern¹⁰. Im Gegensatz dazu beschränkt sich der Geltungsbereich eines Haustarifvertrages (=Firmentarifvertrag) auf ein einzelnes Unternehmen. Er wird dementsprechend zwischen einer Gewerkschaft und einem Arbeitgeber geschlossen. Letzterer kann laut §2 I TVG ausdrücklich Tarifpartei sein und Firmentarifverträge abschließen¹¹.

3.2 Inhalt eines Tarifvertrags

Der Inhalt eines TV ist gesetzlich geregelt. Er gliedert sich in den obligatorischen (schuldrechtlichen) und den normativen Teil¹².

Ersterer enthält die "Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien" (§1 I TVG). Üblicherweise regelt man in diesem Abschnitt die Friedens-, Einwirkungs-, Durchführungs- und Verhandlungspflicht, sowie häufig das In-Kraft-Treten, die Laufzeit und Kündigung des TV¹³. Die Friedenspflicht verbietet es den Tarifparteien, während der Laufzeit eines Tarifvertrags Arbeitsk Kampfmaßnahmen (z.B. Streiks) zu ergreifen. Die Einwirkungspflicht fordert von den Tarifpartnern (beispielsweise Arbeitgeberverbänden), daß sie ihre Mitglieder zur Einhaltung des Tarifvertrages anhalten¹⁴.

Für den normativen Teil kommen laut §1 I TVG nur "Rechtsnormen" in Frage, welche "den Inhalt, den Abschluß und die Beendigung von Ar-

¹⁰ Vgl. Fuchs, Tarifvertragsrecht - Ein Leitfadens, S.78

¹¹ Vgl. Fuchs, Tarifvertragsrecht - Ein Leitfadens, S.35+36

¹² Vgl. Fuchs, Tarifvertragsrecht - Ein Leitfadens, S.47

¹³ Vgl. Fuchs, Tarifvertragsrecht - Ein Leitfadens, S.47-58

¹⁴ Vgl. Fuchs, Tarifvertragsrecht - Ein Leitfadens, S.68

beitsverhältnissen sowie betriebliche und betriebsverfassungsähnliche Fragen ordnen können". Man unterscheidet verschiedene Kategorien von Bestimmungen im normativen Teil¹⁵, die Inhalts-, Abschluß- und Beendigungsnormen, sowie die betrieblichen oder betriebsverfassungsrechtlichen Normen¹⁶. Bestimmungen über **Lohnhöhe und -gestaltung**, die **Dauer und Verteilung der wöchentlichen Arbeitszeit**, sowie die **Dauer des Urlaubs** gehören zu den Inhaltsnormen¹⁷. Diese Arbeit beschränkt sich daher auf die Untersuchung dieser Normenkategorie.

3.3 Tarifbindung und normative Wirkung

An Inhaltsnormen sind gemäß §3 I TVG nur Mitglieder der Tarifparteien gebunden. Voraussetzung ist also die sogenannte beiderseitige Tarifgebundenheit. Der Arbeitgeber muß Mitglied des AG-Verbands und der Arbeitnehmer Mitglied der Gewerkschaft sein¹⁸. Dann gelten die Regelungen des Verbandstarifvertrags nach §4 I S.1 TVG unmittelbar und zwingend. Dabei bedeutet unmittelbar, daß sie automatisch gelten, ohne daß AG und AN irgendwelche Abmachungen treffen müßten. Wegen der zwingenden Wirkung sind jegliche anderen Vereinbarungen unwirksam, wenn sie dem Wortlaut des Tarifvertrags entgegen stehen oder diesen zum Nachteil des Arbeitnehmers ergänzen. Dies ist unabhängig von der Form, in der die andere Abmachung getroffen wurde. Es macht keinen Unterschied, ob es sich um eine Betriebsvereinbarung, eine Regelungsabrede oder individualvertragliche Regelungen handelt¹⁹.

3.4 Öffnungsklauseln

Inhaltsnormen können dann wirksam durch Betriebsvereinbarungen oder andere Abmachungen abgeändert werden, wenn der Tarifvertrag dies ausdrücklich erlaubt (§4 III TVG i.V.m. §77 III S.2 BetrVG). Man spricht von sogenannten Öffnungsklauseln²⁰. Relativ selten werden aber Bestimmungen über die Dauer der Wochenarbeitszeit oder die Lohnhöhe im Rahmen von Öffnungsklauseln geändert. Dies kann man darauf zurückführen, daß in diesen Bereichen Öffnungsklauseln "regelmäßig nicht vorgesehen" sind²¹. Falls sie existieren, werden sie häufig dennoch nicht genutzt, weil sie als Härtefallklauseln ausgestaltet sind. Der Arbeitgeber, der sich darauf berufen will, muß nachweisen, daß er sich in einer wirtschaftlichen Notlage befindet. Dies beinhaltet häufig umfassende Infor-

¹⁵ Vgl. Fuchs, Tarifvertragsrecht - Ein Leitfaden, S.58

¹⁶ Vgl. Fuchs, Tarifvertragsrecht - Ein Leitfaden, S.58-66

¹⁷ Vgl. Fuchs, Tarifvertragsrecht - Ein Leitfaden, S.58-60

¹⁸ Vgl. Fuchs, Tarifvertragsrecht - Ein Leitfaden, S.129

¹⁹ Vgl. Schaub, Hindernisse der TV-freien Gestaltung v. Abg., in: ZTR, 2000, S.11

²⁰ Vgl. Hold, Flucht aus dem TV, in: BuW, 2003, S.478

²¹ Hold, Flucht aus dem TV, in: BuW, 2003, S.477

mations- und Offenlegungspflichten und wird von den Unternehmen daher aus Imagegründen gemieden²². Weiterhin lassen Öffnungsklauseln meist nur Regelungen durch Betriebsvereinbarung zu. Wo ein Betriebsrat fehlt oder das Verhältnis belastet ist, scheidet die Nutzung einer Öffnungsklausel daher aus²³. Diese eignen sich deshalb in den seltensten Fällen für Lohnkürzungen oder Arbeitszeitverlängerungen.

3.5 Günstigkeitsprinzip

Von den Inhaltsnormen eines Tarifvertrages kann wegen §4 III TVG dann abgewichen werden, wenn die Änderungen für den Arbeitnehmer günstiger sind²⁴. Einfachstes Beispiel wäre die Vereinbarung einer höheren Entlohnung im einzelnen Arbeitsvertrag. Damit wären jedoch Änderungen, wie sie hier angestrebt werden, nicht zu erreichen. Weder die **Absenkung der Entlohnung unter Tarifniveau**, die **Ausweitung der wöchentlichen Arbeitszeit** noch die **Verringerung des Jahresurlaubs** erscheinen für den Arbeitnehmer günstiger. Es gibt aber hierzu andere Auffassungen. Bauer²⁵ sieht eine Verlängerung der Arbeitszeiten bei vollem Lohnausgleich für den Mitarbeiter als günstiger an, soweit diesem ein Wahlrecht zwischen alter und neuer Regelung eingeräumt wird. Weiterhin gibt es Stimmen in der Literatur, die sogar eine Verlängerung der Arbeitszeit ohne Lohnausgleich und Lohnkürzungen dann für günstiger halten, wenn im Gegenzug eine Beschäftigungsgarantie vom Arbeitgeber gewährt wird²⁶. Die Rechtsprechung hat dem allerdings eindeutig eine Absage erteilt. Zwischen Regelungen, die insgesamt als günstiger anzusehen sind, muß ein innerer Zusammenhang bestehen. Eine Kürzung von Entgelten bzw. die Verlängerung der Arbeitszeit einerseits und eine Beschäftigungsgarantie andererseits sind aber "völlig unterschiedlich geartete Regelungsgegenstände, für deren Bewertung es keinen gemeinsamen Maßstab gibt. Sie können nicht miteinander verglichen werden. Eine Beschäftigungsgarantie ist nicht geeignet, Verschlechterungen beim Arbeitsentgelt oder bei der Arbeitszeit zu rechtfertigen"²⁷. Die in Kapitel 2 festgelegten Änderungsabsichten sind folglich nicht über das Günstigkeitsprinzip durchzusetzen.

²² Vgl. Lehmann, Stabilität und Veränderung der Flächentarifbindung von Arbeitgebern in Deutschland, S.260+272

²³ Vgl. ebd., S.253+254

²⁴ Vgl. Hold, Flucht aus dem TV, in: BuW, 2003, S.478

²⁵ Vgl. Bauer, Flucht aus Tarifverträgen, in: Festschrift Schaub, 1998, S.32

²⁶ Vgl. Schaub, Hindernisse der TV-freien Gestaltung v. Abg., in: ZTR, 2000, S.12

²⁷ BAG 20.04.1999 - 4 AZR 72/98, Rd. 112

4 Rechtliche Hindernisse der Lösung vom VTV

Im vorangegangenen Kapitel wurde also geklärt, daß eine Veränderung der Arbeitsbedingungen zu Ungunsten des Arbeitnehmers innerhalb eines Verbandstarifvertrages nicht oder nur selten möglich ist. Deswegen bleibt für den Arbeitgeber nur die Lösung vom Flächentarifvertrag. Dabei wird er jedoch auf rechtliche Hindernisse stoßen, die im folgenden beschrieben sind.

4.1 Allgemeinverbindliche Tarifverträge

Die Lösung von den Bestimmungen eines Tarifvertrages ist von vornherein ausgeschlossen, wenn der Tarifvertrag von der Bundesregierung für allgemeingültig erklärt worden ist. Der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit hat nach §5 I S.1 TVG das Recht, den Geltungsbereich eines Tarifvertrages auf eine ganze Branche auszudehnen, wenn bestimmte Voraussetzungen gegeben sind. Als Konsequenz entfalten die Bestimmungen des Tarifvertrages dann ihre zwingende und unmittelbare Wirkung auch auf nicht organisierte Arbeitgeber und Arbeitnehmer (§5 IV TVG)²⁸. Bevor ein Unternehmen sich also Gedanken darüber macht, wie die Tarifbindung beendet werden kann, muß auf der Internetseite des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit²⁹ überprüft werden, ob der relevante Tarifvertrag für allgemeingültig erklärt wurde. Ist dies der Fall, kommt für die Lösung vom Flächentarifvertrag nur noch ein Branchenwechsel (siehe Kap. 5.5+5.6) oder ein Haustarifvertrag (siehe Kap. 5.7) in Frage.

4.2 Kündigungsfristen des Arbeitgeberverbandes

Soweit der Verbandstarifvertrag nicht für allgemeinverbindlich erklärt wurde, kann der Arbeitgeber die Tarifbindung beenden. Grundsätzlich braucht er hierfür nur aus dem Arbeitgeberverband auszutreten, weil er dann nicht mehr Mitglied einer Tarifvertragspartei ist und §3 I TVG auf seinen Betrieb nicht mehr angewendet werden kann. Damit der Austritt

²⁸ Vgl. Fuchs, Tarifvertragsrecht - Ein Leitfaden, S.138+142

²⁹ Vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, Homepage, unter: <http://www.bmwa.bund.de/Redaktion/Inhalte/Pdf/allgemeinverbindlich-erklarte-tarifvertraege,property=pdf.pdf>

wirksam ist, muß der Arbeitgeber die relevanten Bestimmungen der Satzung des Verbandes berücksichtigen. Insbesondere muß er die dort vorgesehene Kündigungsfrist einhalten³⁰. Laut Urteil des BGH vom 22.9.1980³¹ darf diese aber nicht mehr als sechs Monate betragen, weil sonst die individuelle, aus Art. 9 III GG abgeleitete Koalitionsfreiheit unzumutbar beeinträchtigt würde. An während der Austrittsfrist - also nach der Kündigung der Mitgliedschaft - vereinbarte Änderungen des TV ist das Unternehmen allerdings noch gebunden. Das erscheint konsequent, da der AG zu diesem Zeitpunkt noch Mitglied im AG-Verband ist und Einfluß auf die Tarifverhandlungen nehmen kann³².

Eine Alternative zum vollständigen Austritt aus dem AG-Verband ist die Mitgliedschaft 'Ohne Tarifbindung' (OT-Mitgliedschaft). Der Vorteil liegt darin, daß der Unternehmer Mitglied im AG-Verband bleibt und weiterhin dessen Serviceleistungen - etwa Rechtsberatung - in Anspruch nehmen kann. Im Gegenzug zahlt das Unternehmen weiter Beiträge. Allerdings ist die Tarifbindung bei einer OT-Mitgliedschaft satzungsmäßig ausgeschlossen und das OT-Mitglied darf auch keine Möglichkeit haben, auf die Tarifverhandlungen Einfluß zu nehmen. Dann sieht die herrschende Meinung auch kein Problem bei der Zulässigkeit und Wirksamkeit von OT-Mitgliedschaften³³.

Festzuhalten bleibt, daß dem Arbeitgeber bei der Loslösung vom Flächentarifvertrag zunächst die Kündigungsfrist für Austritt aus Verband oder Wechsel in die OT-Mitgliedschaft entgegen steht.

4.3 Fortgeltung

Doch selbst wenn der AG den Austritt aus seinem Verband bzw. den Wechsel zu einer OT-Mitgliedschaft vollzogen hat, ist er noch nicht frei von seiner Tarifbindung³⁴. Die besteht nach §3 III TVG solange fort, "bis der Tarifvertrag endet". Es kommt also auf dessen Laufzeit an. Die ist bei Entgelttarifverträgen relativ gering und beträgt meist ein bis zwei Jahre. Manteltarifverträge werden hingegen über einen längeren Zeitraum abgeschlossen³⁵. Einige Tarifverträge sind sogar unbefristet und enden unter Umständen überhaupt nicht. In diesen Fällen beschränkt die Rechtsprechung die Fortgeltung: Ein unbefristeter Tarifvertrag endet dann, wenn nur eine einzige seiner Bestimmungen im Zuge von Tarifverhandlungen geändert wird³⁶.

³⁰ Vgl. Bauer, Flucht aus Tarifverträgen, in: Festschrift Schaub, 1998, S.19

³¹ BGH 22.9.1980 - II ZR 34/80

³² Vgl. Hold, Flucht aus dem TV, in: BuW, 2003, S.477

³³ Vgl. Schaub, Hindernisse der TV-freien Gestaltung v. Abg., in: ZTR, 2000, S.13

³⁴ Vgl. Berg, Rechtliche Auswirkungen einer OT-Mitgliedschaft, in: AuR, 2001, S.396

³⁵ Vgl. Schaub, Hindernisse der TV-freien Gestaltung v. Abg., in: ZTR, 2000, S.11

³⁶ BAG 7.11.2001 - 4 AZR 703/00; Entscheidungsgrund 1. c)

Die Fortgeltung gemäß §3 III TVG beschränkt sich auf die normativen Bestimmungen des Tarifvertrags. Änderungen im Bereich der Inhaltsnormen bleiben dem Arbeitgeber damit auch für eine gewisse Zeit nach dem Austritt aus seinem Verband oder dem Wechsel zur OT-Mitgliedschaft verwehrt. Gleichzeitig sieht er sich eventuell mit Streiks konfrontiert. Die Friedenspflicht, welche den Gewerkschaften Arbeitskampfmaßnahmen während der Laufzeit eines Tarifvertrages verbietet, endet nämlich schon zum Zeitpunkt des Austritts oder Wechsels^{37,38}, weil sie im obligatorischen Teil des TV geregelt ist.

Nach dem Ablauf der Fortgeltung kann der Arbeitgeber bei neu eingestellten Arbeitnehmern die Arbeitsbedingungen zunächst völlig frei festlegen. Die Nachwirkung der Tarifbestimmungen gilt für diese Mitarbeiter nicht, selbst wenn sie Gewerkschaftsmitglieder sein sollten^{39, 40}. Was sich hinter dem Begriff "Nachwirkung" verbirgt, ist Thema des nächsten Kapitels.

4.4 Nachwirkung

Das Ende eines Tarifvertrages und damit des Fortgeltungszeitraums bedeutet keineswegs, daß die tariflichen Bestimmungen nun an Geltung verlieren würden. Sie verlieren nur die zwingende, nicht aber die unmittelbare Wirkung. Der Arbeitgeber darf also nun Vereinbarungen schließen, welche die vormals gültigen, tarifvertraglichen Normen ablösen. Macht er das nicht, dann gilt aber der Tarifvertrag weiter. Man sagt, seine Bestimmungen wirken gemäß §4 V TVG nach⁴¹. Anderenfalls würden Arbeitsverhältnisse nach Ablauf eines Tarifvertrages inhaltsleer werden, was Gesetzgeber und Rechtsprechung vermeiden wollen⁴². Nachwirkende Tarifbestimmungen können durch Haustarifvertrag, Betriebsvereinbarung (BV) oder einzelvertragliche Maßnahmen abgeändert werden. Die Beendigung der Nachwirkung kann m.E. durchaus als das Haupthindernis bei der Lösung vom VTV bezeichnet werden. Aus diesem Grund wird sich auch das Kapitel 5 ausführlich mit diesem Problem beschäftigen.

³⁷ Vgl. Fuchs, Tarifvertragsrecht - Ein Leitfaden, S.129

³⁸ Vgl. Zachert / Kempen, Tarifvertragsgesetz - Kommentar für die Praxis, S.541

³⁹ Vgl. Berg, Rechtliche Auswirkungen einer OT-Mitgliedschaft, in: AuR, 2001, S.396

⁴⁰ BAG 28.01.1987 - 5 AZR 323/86, Rd. 18

⁴¹ Vgl. Fuchs, Tarifvertragsrecht - Ein Leitfaden, S.155-157

⁴² Vgl. Hold, Flucht aus dem TV, in: BuW, 2003, S.478

4.5 Der Tarifvorbehalt

4.5.1 Die Regelungssperre des §77 III BetrVG

Wie erwähnt wäre eine Ablösung der tarifvertraglichen Bestimmungen im Stadium der Nachwirkung durch eine Betriebsvereinbarung möglich. Eine Betriebsvereinbarung wird zwischen AG und dem Betriebsrat (BR) geschlossen (§77 II S.1 BetrVG). Sie hat auf Betriebsebene in etwa dieselbe Wirkung wie der Tarifvertrag und wird daher sogar als dessen Parallelform bezeichnet. Auch die Betriebsvereinbarung gilt gemäß §77 IV S.1 BetrVG "unmittelbar und zwingend"⁴³. Sie wäre damit grundsätzlich ein Mittel, um nachwirkende Tarifbestimmungen abzulösen.

Allerdings schiebt dem die Regelungssperre des §77 III BetrVG zum Teil einen Riegel vor. Wenn ein Tarifvertrag Tatbestände regelt oder diese üblicherweise in einem Tarifvertrag geregelt werden, dann darf darüber keine Betriebsvereinbarung geschlossen werden. Man spricht hier vom Tarifvorbehalt und bei Verstößen von tarifvorbehaltswidrigen Betriebsvereinbarungen. Dies gilt nach der Rechtsprechung unabhängig davon, ob der AG tarifgebunden ist oder nicht^{44, 45}. Es soll nämlich vermieden werden, daß das Tarifsysteem durch Abmachungen auf Betriebsebene ausgehöhlt wird. Soweit Bestimmungen nachwirken, waren sie Bestandteil eines Tarifvertrages und gelten damit als üblicherweise durch einen geregelt⁴⁶. Somit wäre die Ablösung von nachwirkenden Tarifbestimmungen durch eine Betriebsvereinbarung in nahezu 100% der Fälle ausgeschlossen.

Es existiert aber eine Gesetzesvorschrift welche laut Rechtsprechung eine lex specialis zum §77 III BetrVG bildet und diesem damit vorgeht⁴⁷. Der §87 I BetrVG erlaubt Betriebsvereinbarungen über die in §87 I Nummer 1-13 BetrVG aufgeführten Bereiche, solange keine tarifvertragliche Regelung besteht. Im Stadium der Nachwirkung besteht kein Tarifvertrag mehr, weshalb einige nachwirkende tariflichen Bestimmungen durch eine Betriebsvereinbarung abgelöst werden können, falls diese auf die Bereiche des §87 I Nr.1-13 BetrVG beschränkt ist. Die Kapitel 5.1 und 5.2 geben genaue Auskunft darüber, welche Änderungen durch Betriebsvereinbarungen erreicht werden können.

⁴³ Vgl. Streicher, Die Betriebsvereinbarung - Ein Leitfaden für die Praxis, S.42-45

⁴⁴ Vgl. Fischer, Die tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen, S.208, S.203

⁴⁵ Vgl. Berg, Rechtliche Auswirkungen einer OT-Mitgliedschaft, in: AuR, 2001, S.396

⁴⁶ Vgl. Hold, Flucht aus dem TV, in: BuW, 2003, S.478

⁴⁷ BAG 3.12.1991 GS 2/90

4.5.2 Die Verbreitung rechtswidriger Betriebsvereinbarungen

Es gibt Hinweise darauf, daß tarifvorbehaltswidrige Betriebsvereinbarungen weit verbreitet sind und häufig angewandt werden. Eine allerdings nicht hundertprozentig repräsentative Studie aus dem Jahr 1979 kam zu dem Schluß, daß 25% der nichttarifgebundenen Unternehmen in Betriebsvereinbarungen gegen die Regelungssperre des §77 III BetrVG verstoßen. Meist wirkten sich die unzulässigen Bestimmungen über Entlohnungsfragen, Arbeitszeit oder Urlaubsregelungen zum Nachteil der Arbeitnehmer aus. Da sich die wirtschaftliche Lage seither verschlechtert hat, kann man vermuten, daß die Verstöße sich seitdem eher vermehrt statt verringert haben⁴⁸. Das Schrifttum⁴⁹ wie das BAG gehen ebenfalls von der "verbreitete[n] Praxis tarifwidriger Vereinbarungen"⁵⁰ aus. Der Grund liegt darin, daß bislang nur betroffene Arbeitnehmer gegen unwirksame Betriebsvereinbarungen gerichtlich vorgehen konnten. Es ist allerdings kein Fall bekannt, in dem ein AN geklagt hätte⁵¹. Vor diesem Hintergrund ist es daher für den Arbeitgeber auch eine Option, sich tarifvorbehaltswidriger Betriebsvereinbarungen zu bedienen, falls er keine Rechtsfolgen fürchten muß (Kap. 5.1). Das hängt in der Praxis wiederum vor allem davon ab, ob eine Gewerkschaft gegen tarifvorbehaltswidrige Betriebsvereinbarungen gerichtlich vorgehen kann. Dies soll im folgenden untersucht werden.

4.5.3 Der Unterlassungsanspruch der Gewerkschaften

Den Gewerkschaften hat die Rechtsprechung lange Zeit die Befugnis aberkannt, gegen die rechtswidrigen Vereinbarungen vorzugehen⁵². Deshalb konnte man zumindest bis zum BAG Urteil vom 20.04.1999 zweifelsfrei davon ausgehen, daß Verstöße gegen die Regelungssperre ungeahndet bleiben. Im genannten Urteil erkannte das BAG der zuständigen Gewerkschaft jetzt jedoch erstmals einen Unterlassungsanspruch zu. Dieser gilt unter zwei Voraussetzungen: Zum einen muß eine Verletzung der Koalitionsfreiheit durch eine kollektive Regelung bestehen, die nicht unter §77 III BetrVG fällt. Konkret untersuchte das Gericht nämlich eine Regelungsabrede. Zusätzlich muß der Arbeitgeber tarifgebunden sein. Nicht anders ist folgender Satz zu verstehen: "Außerhalb des Anwendungsbereichs des § 77 Abs. 3 BetrVG kommt eine Verletzung der Koalitionsfreiheit der Gewerkschaft durch tarifwidrige Regelungen nur in Be-

⁴⁸ Vgl. Fischer, Die tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen, S.16+20

⁴⁹ Vgl. Gentz, Werden die geltenden Tarifverträge der betrieblichen Praxis gerecht?, in: Festschrift Schaub, 1998, S.206

⁵⁰ BAG 20.04.1999 - 1 AZR 72/98, Rd. 97

⁵¹ Vgl. Fischer, Die tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen, S.5

⁵² Vgl. Schaub, Hindernisse der TV-freien Gestaltung v. Abg., in: ZTR, 2000, S.14

tracht, soweit der jeweils betroffene Tarifvertrag normativ gilt"⁵³. Es wäre falsch aus dieser Aussage abzuleiten, daß ein Unterlassungsanspruch der Gewerkschaft auch dann besteht, wenn eine tarifvorbehaltswidrige Betriebsvereinbarung geschlossen wurde und der Arbeitgeber nicht tarifgebunden ist. Das BAG hat im gesamten Urteil mit keinem Wort den Unterlassungsanspruch bei einer gegen die Regelungssperre verstoßenden Betriebsvereinbarung geprüft. Die vom BAG diskutierte Vereinbarung stellte ausdrücklich keinen Verstoß gegen §77 III BetrVG dar⁵⁴. Die oben zitierte Wendung soll daher deutlich machen, daß mit dem Urteil keine Aussagen über den Unterlassungsanspruch im Falle von Betriebsvereinbarungen im Bereich des §77 III BetrVG gemacht werden. Da bei Tarifüblichkeit grundsätzlich die Tarifbindung fehlt, bedarf es hier nämlich einer gesonderten Diskussion⁵⁵. Damit bleibt unklar, ob eine Gewerkschaft bei einem nicht tarifgebundenen Arbeitgeber wegen einer tarifvorbehaltswidrigen Betriebsvereinbarung einen Unterlassungsanspruch geltend machen kann⁵⁶.

Tendenziell ist dies eher zu verneinen, wie ein anderes Zitat aus dem Urteil deutlich macht: "Von einem Eingriff in die Tarifautonomie kann vielmehr nur dann gesprochen werden, wenn eine Tarifnorm als kollektive Ordnung verdrängt und damit ihrer zentralen Funktion beraubt werden soll. [...] Geltendes Tarifrecht wird allerdings nur dann verdrängt, wenn der betreffende Tarifvertrag im Anwendungsbereich der fraglichen betrieblichen Regelung normativ gilt. Soweit diese Voraussetzung fehlt, besteht nämlich kein Geltungsanspruch des Tarifvertrags, und der Arbeitgeber ist frei, mit seinen Arbeitnehmern untertarifliche Arbeitsbedingungen zu vereinbaren."⁵⁷ Damit wird grundsätzlich der Unterlassungsanspruch bei fehlender Tarifbindung ausgeschlossen.

Die Rechtslage im Bereich des §77 III BetrVG bleibt jedoch unklar. Ein Arbeitgeber geht ein Risiko ein, wenn er sich einer tarifvorbehaltswidrigen Betriebsvereinbarung bedient.

4.6 Hürden für die Zulässigkeit der Änderungskündigung

Betriebsbedingte Änderungskündigungen sind ein Weg, nachwirkende Bestimmungen eines Tarifvertrages abzulösen (Kap. 5.4). Dabei wird gegen den Willen des Arbeitnehmers der Inhalt seines Arbeitsvertrages vom Unternehmen geändert. Daher ist die betriebsbedingte Änderungskündigung nur unter engen Voraussetzungen zulässig. Ansonsten könnte

⁵³ BAG 20.04.1999 - 1 AZR 72/98, Rd. 117

⁵⁴ BAG 20.04.1999 - 1 AZR 72/98, Rd. 78-84

⁵⁵ Vgl. Schaub, Hindernisse der TV-freien Gestaltung v. Abg., in: ZTR, 2000, , S.14

⁵⁶ a.A. Schaub, Hindernisse der TV-freien Gestaltung v. Abg., in: ZTR, 2000, S.14

⁵⁷ BAG 20.04.1999 - 1 AZR 72/98, Rd. 98-99

ein Arbeitgeber sich nach Belieben eingegangener Verpflichtungen entledigen⁵⁸.

Um Lohnkürzungen⁵⁹ oder Verlängerung der Arbeitszeit⁶⁰ im Wege einer Änderungskündigung durchsetzen zu können, verlangt das BAG folgendes⁶¹: Eine akute Gefährdung der Arbeitsplätze muß gegeben sein und andere Sparmaßnahmen dürfen nicht zur Verfügung stehen. Lediglich wenn die Stilllegung des Betriebes oder die Reduzierung der Belegschaft durch kein anderes Mittel als die betriebsbedingte Änderungskündigung verhindert werden können, ist diese zulässig^{62, 63}. Dann muß sie dem Arbeitnehmer auch nicht mehr zumutbar sein, wie dies im Falle "normaler" Änderungskündigungen gefordert wird. Nach den obigen Kriterien wird sowohl die soziale Rechtfertigung der ordentlichen Änderungskündigung (§1 I+II S.1, §2 S.1, §23 I KSchG)⁶⁴, als auch das Vorliegen eines wichtigen Grundes bei der außerordentlichen (§626 I BGB)⁶⁵ geprüft. Welche dieser beiden Formen gewählt wird, ist also unerheblich. Werden für alle Mitarbeiter eines Betriebs Änderungskündigungen ausgesprochen, spricht man von Massenänderungskündigungen. Deren Zulässigkeit richtet sich nach denselben Prinzipien. Sie müssen aber gemäß §23 II, §17 KSchG beim Arbeitsamt angezeigt werden⁶⁶.

Festzuhalten bleibt, daß nachwirkende Tarifbestimmungen zur Höhe des Arbeitsentgelts und der Dauer der Arbeitszeit unter besonderen Bedingungen durch betriebsbedingte Änderungskündigungen zu Lasten des Arbeitnehmers verschlechtert werden können. Man ist sich aber einig, daß es für den Arbeitgeber äußerst schwierig ist, die Voraussetzungen hierfür zu erfüllen und nachzuweisen^{67, 68}.

4.7 Bezugnahme Klauseln

Der Tarifvertrag, seine Fortgeltung und Nachwirkung beziehen sich nur auf in der jeweiligen Gewerkschaft organisierte Arbeitnehmer. Mit nicht organisierten Mitarbeitern darf der Arbeitgeber grundsätzlich ohnehin vereinbaren, was er für angemessen hält. Dies findet so in der betriebl-

⁵⁸ Vgl. Moll, Tarifausstieg der Arbeitgeberseite, S.120-121

⁵⁹ Vgl. ebd., S.121-137

⁶⁰ Vgl. ebd., S.137-138

⁶¹ Vgl. ebd., S.125

⁶² Vgl. Hold, Flucht aus dem TV, in: BuW, 2003, S.479

⁶³ BAG 27.09.2001 - 2 AZR 236/00, Rd. 63+64

⁶⁴ Vgl. Moll, Tarifausstieg der Arbeitgeberseite, S.129

⁶⁵ Vgl. ebd., S.136

⁶⁶ Vgl. ebd., S.131-134

⁶⁷ Vgl. Schaub, Wege und Irrwege aus dem VTV, in: NZA, 1998, S.619

⁶⁸ Vgl. Wozalla, Durchführung und Folgen eines Verbandsaustritts, in: Fachanwalt Arbeitsrecht, 1999, S.144

chen Praxis jedoch nicht statt⁶⁹. Üblicherweise nehmen Unternehmen in die Arbeitsverträge mit nicht organisierten Arbeitnehmern sogenannte Bezugnahmeklauseln auf. Hier unterscheidet man verschiedene Formen: Die statische Bezugnahmeklausel legt fest, daß die in einem bestimmten Tarifvertrag festgelegten Arbeitsbedingungen auch für den nicht organisierten Mitarbeiter gelten sollen. Spätere Änderungen des in Bezug genommenen Tarifvertrags haben keine Auswirkungen auf diese Arbeitsverhältnisse. Sogenannte kleine dynamische Bezugnahmeklauseln verweisen auf den jeweils gültigen Tarifvertrag einer bestimmten Branche, die genau bezeichnet wird. Damit werden auch spätere Änderungen des Tarifvertrags automatisch nachvollzogen. Die große dynamische Bezugnahmeklausel verweist auf den Tarifvertrag, der jeweils für den Betrieb gilt, und ist unabhängig von Branchenwechseln des AGs⁷⁰.

Für den Arbeitgeber haben diese Regelungen den Zweck, organisierte und nicht organisierte Arbeitnehmer gleich zu stellen. Dadurch soll verhindert werden, daß ein Anreiz zum Beitritt einer Gewerkschaft gegeben wird. Auch das Bundesarbeitsgericht nimmt an, daß derartige Regelungen stets als Gleichstellungsabreden gedacht sind. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Arbeitgeber tarifgebunden ist⁷¹.

Im Falle eines Tarifaustritts des Arbeitgebers hätten die dynamischen Bezugnahmeklauseln jedoch eine paradoxe Folge. Während für organisierte Arbeitnehmer nur noch der nachwirkende Tarifvertrag einschlägig ist, vollziehen die nicht organisierten Arbeitnehmer jede Tarifveränderung weiterhin mit. Es erfolgt also eine Schlechterstellung der Gewerkschaftsmitglieder unter den Arbeitnehmern. Das BAG unterstellt aber eine Gleichstellungsabsicht bei der Bezugnahme. So hat es im Urteil vom 19.3.2003⁷² entschieden, daß auch bei dynamischen Bezugnahmeklauseln nur der beim Austritt gültige Tarifvertrag statisch nachwirkt⁷³.

Andere Auffassungen⁷⁴, die annehmen, daß nicht organisierte weiterhin von Tarifänderungen profitieren, sind mit diesem Urteil hinfällig. Beim Austritt aus dem Arbeitgeberverband oder dem Wechsel zur OT-Mitgliedschaft ergeben sich für organisierte wie nicht organisierte Arbeitnehmer stets die gleichen Folgen. Lediglich beim Branchenwechsel und bei Outsourcing-Vorgängen, also dann wenn Tarifkonkurrenz oder -pluralität entstehen gestaltet sich die rechtliche Lage im Zusammenhang mit Bezugnahmeklauseln schwieriger. Dies ist aber Thema der Kapitel 5.5, 5.6 und 5.8. Im Folgenden soll nur kurz erläutert werden, was sich hinter den Begriffen Tarifkonkurrenz und -pluralität verbirgt.

⁶⁹ Vgl. Reichel, Tariffucht durch Outsourcing?, in: AuA, 2002, S.550

⁷⁰ Vgl. Reichel, Tariffucht durch Outsourcing?, in: AuA, 2002, S.551-553

⁷¹ Vgl. Gaul, Bezugnahme auf Tarifvertrag, in: ArbRB, 2003, S.347

⁷² BAG 19.03.2003 - 4 AZR 331/02

⁷³ Vgl. Gaul, Bezugnahme auf Tarifvertrag, in: ArbRB, 2003, S.349

⁷⁴ Vgl. Berg, Rechtliche Auswirkungen einer OT-Mitgliedschaft, in: AuR, 2001, S.396

4.8 Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität

Tarifkonkurrenz bedeutet, daß sowohl der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer an zwei miteinander konkurrierende Tarifverträge gebunden sind. Das ist z.B. der Fall, wenn ein Unternehmen, das tarifgebundenes Verbandsmitglied ist, mit derselben Gewerkschaft einen Firmentarifvertrag abschließt (Kap. 5.7). Bei einem Wechsel des Arbeitgeberverbands kann ebenfalls Tarifkonkurrenz vorliegen, weil der neue Tarifvertrag nach §3 I TVG und der alte aufgrund §3 III TVG wirkt (Kap. 5.6). Voraussetzung ist hier, daß der neue Verband dieselbe Gewerkschaft zum Tarifpartner hat. Laut Rechtsprechung kommt in beiden genannten Fällen der Grundsatz der Tarifeinheit und das Spezialitätsprinzip zur Anwendung. Demnach darf in einem Betrieb nur ein Tarifvertrag zur Anwendung kommen und dies ist jeweils der, welcher dem Betrieb räumlich, fachlich und persönlich am nächsten steht. Der andere Tarifvertrag wird verdrängt. Firmentarifverträge werden grundsätzlich als spezieller angesehen als Verbandstarifverträge, weil sie den engeren räumlichen Anwendungsbereich haben⁷⁵. Tarifpluralität besteht, "wenn der Betrieb des Arbeitgebers vom Geltungsbereich mindestens zweier miteinander kollidierender Tarifverträge erfaßt wird und nur der Arbeitgeber an beide Tarifverträge gebunden ist, während für den Arbeitnehmer höchstens jeweils ein Tarifvertrag gilt"⁷⁶. Beispielsweise tritt Tarifpluralität ein, wenn wie oben ein Verbandswechsel erfolgt, aber beim neuen Verband eine andere Gewerkschaft Tarifpartner ist (Kap. 5.6). Ein durch Verbandstarifvertrag gebundener AG, der mit einer anderen Gewerkschaft einen Firmentarifvertrag schließt, erzeugt ebenfalls Tarifpluralität (Kap. 5.7). Auch hier werden der Grundsatz der Tarifeinheit und das Spezialitätsprinzip angewandt, weil "die Anwendung mehrerer Tarifverträge, die von verschiedenen Tarifvertragsparteien abgeschlossen wurden, in einem Betrieb nebeneinander, [...] zu praktischen, kaum lösbaren Schwierigkeiten führen [muß]"⁷⁷. Der speziellere verdrängt den allgemeineren Tarifvertrag. Das bedeutet nicht, daß der speziellere auch auf Mitglieder nicht daran beteiligter Gewerkschaften anzuwenden ist. Denn damit würde die negative Koalitionsfreiheit des betroffenen Arbeitnehmers verletzt. Der Grundsatz der Tarifeinheit besagt lediglich, daß der allgemeinere nicht angewandt werden darf. Im Ergebnis entstehen dadurch inhaltsleere Arbeitsverhältnisse der Gewerkschaftsmitglieder, deren Tarifvertrag verdrängt wurde. Dies wurde im oben genannten Urteil auch erkannt, muß aber laut BAG hingenommen werden. Die betroffenen Arbeitnehmer könnten schließlich jederzeit der anderen Gewerkschaft beitreten⁷⁸. Diese Rechtsprechung ist in der Literatur höchst umstritten⁷⁹.

⁷⁵ Vgl. Fuchs, Tarifvertragsrecht - Ein Leitfadens, S.83-88

⁷⁶ Westedt, Tarifverträge zur Veränderung der Abg., in: JabAR, 2000, S.63

⁷⁷ BAG 20.03.1991 - 4 AZR 455/90, Rd. 23

⁷⁸ BAG 20.03.1991 - 4 AZR 455/90, Rd. 25

Für die betriebliche Praxis ist dies jedoch unerheblich. Man muß sich an der Rechtsprechung orientieren.

Existieren in einem Betrieb nachwirkende Tarifbestimmungen und ein neuer Tarifvertrag nebeneinander, führt dies im übrigen weder zur Tarifkonkurrenz noch zu Tarifpluralität. Eine Verdrängung der nachwirkenden Bestimmungen erfolgt daher nicht nach dem Grundsatz der Tarifeinheit⁸⁰.

⁷⁹ Vgl. Fuchs, Tarifvertragsrecht - Ein Leitfaden, S.85-88

⁸⁰ Vgl. Friedrich, Nachwirkender Tarifvertrag und seine Ablösung, in: Festschrift Schaub, 1998, S.199-203

5 Die Lösung vom Flächentarifvertrag

Dem Arbeitgeber stehen meist mehrere Wege offen, über die er seiner Tarifbindung entfliehen kann. Welche Option er wählen sollte, hängt von seinen betrieblichen Voraussetzungen ab: So spielen die Kooperationsbereitschaft von Gewerkschaft, Betriebsrat und Arbeitnehmern eine Rolle. Weiterhin ist die Größe und der Branchenschwerpunkt des Unternehmens von Belang. Die nun folgenden Kapitel zeigen exemplarisch einige Möglichkeiten auf, die sich dem Arbeitgeber zur Lösung vom Flächentarifvertrag bieten. Dabei wird davon ausgegangen (siehe Kap. 2), daß das Unternehmen folgende Änderungen durchsetzen will: Die **Entlohnung** soll **gekürzt**, die wöchentliche **Arbeitszeit verlängert**, die **Urlaubstage verringert** und **Lohngestaltung** sowie **Arbeitszeit** sollen **flexibilisiert** werden.

5.1 Austritt und tarifvorbehaltswidrige BV

Ein Weg der Tariffucht besteht darin, aus dem Arbeitgeberverband auszutreten und die nachwirkenden Bestimmungen durch eine tarifvorbehaltswidrige Betriebsvereinbarung abzulösen. Falls die Möglichkeit dazu besteht, sollte alternativ zum Austritt der Wechsel in eine OT-Mitgliedschaft erwogen werden. Die Vorteile wurden in Kapitel 4.2 bereits erläutert. Das rechtliche Ergebnis verändert sich dadurch nicht. Wenn im Folgenden vom Austritt die Rede sein wird, käme alternativ auch immer der Wechsel zur OT-Mitgliedschaft in Betracht.

5.1.1 Vorgehensweise

Wie in Kapitel 4.1 dargestellt, ist es für den Arbeitgeber unerlässlich, sich zu vergewissern, daß der Tarifvertrag für die Branche nicht allgemeinverbindlich ist. Ansonsten wären alle Bemühungen, die Tarifbindung zu beseitigen, nutzlos.

Weiterhin müssen Austrittsfristen des eigenen Verbands und die Termine für den Ablauf der Tarifverträge bzw. die nächsten Tarifverhandlungen ermittelt werden. Daraus ergibt sich der 'ideale' Zeitpunkt für die Kündigung der Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband. Der sollte so gewählt werden, daß die Kündigungsfrist kurz vor dem Beendigungstermin des Tarifvertrages bzw. den nächsten Tarifverhandlungen ausläuft. Damit wird

der Fortgeltungszeitraum begrenzt, weil der Tarifvertrag kurz nach dem Austritt wirksam wird, endet.

Der Arbeitgeber befindet sich also relativ bald im Nachwirkungsstadium der Tarifbestimmungen. Diese werden nun durch eine Betriebsvereinbarung abgelöst. Darin legt das Unternehmen in Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat die beabsichtigten Änderungen fest: Die **Entlohnung** wird **gekürzt** und **flexibler gestaltet**, die **Arbeitszeit verlängert** und ebenfalls **flexibilisiert**, sowie die **Urlaubstage verringert**.

5.1.2 Vorteile

Die Betriebsvereinbarung gilt ähnlich wie der Tarifvertrag gem. §77 IV Satz 1 BetrVG für alle Mitarbeiter im Unternehmen unmittelbar und zwingend, und zwar unabhängig von einer evt. Gewerkschaftsmitgliedschaft⁸¹. Es werden also auch nicht organisierte Arbeitnehmer mit Bezugnahme-klauseln erfaßt. Für den Arbeitgeber liegt der Vorteil darin, daß er 'nur' mit seinem Betriebsrat verhandeln muß (§77 II BetrVG). Dadurch erspart er es sich, mit jedem einzelnen Mitarbeiter eine Änderungsvereinbarung zu schließen. Das hätte nicht nur einen hohen Aufwand erfordert, sondern wäre vielleicht auch in einigen Fällen mißlungen. Daher werden auf diese Weise gleiche Arbeitsbedingungen für alle im Betrieb hergestellt.

Im Vergleich zum Abschluß eines Haustarifvertrages mit der Gewerkschaft braucht der AG ausschließlich mit dem Betriebsrat verhandeln. Dessen Verhandlungsmacht ist aber unter anderem deshalb viel geringer, weil er kein Recht hat, Arbeitskampfmaßnahmen einzuleiten. Außerdem hängt sein eigener Arbeitsplatz am Betrieb, so daß er bei echten Krisen stärkere Zugeständnisse machen wird⁸².

5.1.3 Nachteile

Dabei sollte man jedoch beachten, daß der Betriebsrat u.U. Gewerkschaftsmitglied ist und deshalb die Gewerkschaften auch Einfluß auf die Betriebsvereinbarung haben. Zwar kann der Betriebsrat nicht zum Streik aufrufen, die Gewerkschaft, der er evt. angehört, kann das aber schon. Sie braucht dazu nur Tarifforderungen zu erheben und den Abschluß eines Firmentarifvertrages fordern⁸³.

Weiterhin liegt der große Nachteil der hier beschriebenen Art von Betriebsvereinbarungen darin, daß sie schlichtweg rechtswidrig sind. Schließlich darf die Lohnhöhe oder die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein, so daß diese mit all ihren Bestimmungen unwirksam ist⁸⁴. Zwar gilt der Ausspruch "wo kein

⁸¹ Vgl. Streicher, Die Betriebsvereinbarung - Ein Leitfaden für die Praxis, S.42

⁸² Vgl. Streicher, Die Betriebsvereinbarung - Ein Leitfaden für die Praxis, S.44

⁸³ Vgl. Matthes, Der AG als Tarifpartei, in: Festschrift Schaub, 1998, S.478

⁸⁴ Vgl. Fischer, Die tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen, S.212-216

Kläger, da kein Richter"⁸⁵: Wie unter Kapitel 4.5.2 gezeigt wurde, nutzen Arbeitnehmer zumeist nicht ihr Recht, gegen tarifvorbehaltswidrige Betriebsvereinbarungen zu klagen. Weiterhin sind die Gewerkschaften m.E. nicht befugt, in diesem Fall auf Unterlassung zu klagen (Kap. 4.5.3) und neigen laut Gentz häufig ohnehin dazu, "die Augen [bei tarifvorbehaltswidrigen Betriebsvereinbarungen] in stiller Duldung [...] [zu] verschließen"⁸⁶. Ein gewisses Maß an Rechtsunsicherheit bleibt allerdings, gerade weil die Rechtsposition der Gewerkschaften unklar und höchst umstritten ist (Kap. 4.5.3). Die Ablösung von nachwirkenden Tarifverträgen durch tarifvorbehaltswidrige Betriebsvereinbarungen ist daher nur dann empfehlenswert, wenn alle anderen Möglichkeiten wenig erfolgsversprechend scheinen.

5.2 Austritt und BV im Rahmen des §87 I BetrVG

Arbeitgebern, denen an Rechtssicherheit gelegen ist, können über den Austritt aus dem Verband und eine Betriebsvereinbarung eine Verbesserung ihrer Situation erreichen, ohne gegen das Tarifrecht zu verstoßen. Voraussetzung dafür ist, daß eine Betriebsvereinbarung nur Tatbestände regelt, für die dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht durch §87 I Nr. 1-13 BetrVG gewährt worden ist. Die Rolle des §87 I BetrVG im Verhältnis zur Regelungssperre des §77 III BetrVG wurde bereits im Kapitel 4.6 erörtert.

5.2.1 Vorgehensweise

Wie in den Kapiteln 5.1.1 und 4.2 ausführlich geschildert, tritt der Arbeitgeber aus dem Arbeitgeberverband aus oder wechselt zur Mitgliedschaft ohne Tarifbindung. Nach Ablauf der Fortgeltung ändert er die nur nachwirkenden Tarifbestimmungen wie oben durch eine Betriebsvereinbarung ab. Diesmal sind jedoch die Änderungen wie folgt beschränkt:

Eine **Flexibilisierung der Arbeitszeit** kann ohne weiteres in eine BV aufgenommen werden. Vereinbarungen über Arbeitszeitkonten, gleitende Arbeitszeit, Vertrauensarbeitszeit, Beginn und Ende der Arbeitszeit und arbeitsfreien Tage sind vom Mitbestimmungsrecht des §87 I Nr.2+3 BetrVG gedeckt⁸⁷. Damit können Bestimmungen des Tarifvertrages in diesem Bereich durch BV abbedungen werden.

Dies gilt ausdrücklich nicht für **eine Verlängerung der wöchentlichen Arbeitszeit**. Diese kann durch eine rechtmäßige Betriebsvereinbarung nicht erreicht werden⁸⁸. Insofern gilt die tarifliche Bestimmung weiter.

⁸⁵ Fischer, Die tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen, S.5

⁸⁶ Gentz, Werden die geltenden Tarifverträge der betrieblichen Praxis gerecht?, in: Festschrift Schaub, 1998, S.206

⁸⁷ Vgl. Klebe, in: Däubler u.a. (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, S. 1315-1320

⁸⁸ Vgl. Engels u.a., Betriebsverfassungsgesetz, S.1259

Ähnliches gilt für die **Absenkung der Entlohnung unter Tarifniveau**. Laut herrschender Meinung hat der BR kein Mitbestimmungsrecht bei der unmittelbaren Festlegung der Lohnhöhe. Damit ist eine darüber geschlossene Betriebsvereinbarung unwirksam⁸⁹.

Demgegenüber besteht ein umfassendes Mitbestimmungsrecht bezüglich der Lohngestaltung gem. §87 Nr.10 BetrVG. Darunter fallen die Ausgestaltung von Lohn- und Gehaltsgruppen, sowie Grundsätze für die Verteilung freiwilliger oder zusätzlicher Leistungen wie der Weihnachtsgratifikation. Eine weitgehende **Flexibilisierung der Lohngestaltung** ist also auch durch rechtmäßige Betriebsvereinbarung möglich. Darüber hinaus kann der AG mit dem BR den Wechsel vom Zeit- zum Leistungslohn oder die Einführung eines Prämienlohnsystems vereinbaren⁹⁰. Gleichzeitig können wegen §87 Nr.11 BetrVG alle Faktoren, welche die Lohnhöhe in einem Leistungs- oder Prämienlohnsystem bestimmen, zwischen BR und AG vereinbart werden. Mittelbar kann deshalb doch über eine Betriebsvereinbarung die **Absenkung des Lohnniveaus** erreicht werden⁹¹. Voraussetzung ist allerdings der Übergang zu leistungsbezogener Entlohnung und eine günstige Festlegung der Faktoren zur Leistungs- und Entgeltberechnung.

Eine **Verringerung der Urlaubstage** kann über eine rechtswirksame Betriebsvereinbarung nicht geschehen. Zwar existiert ein Mitbestimmungsrecht (§87 I Nr.5 BetrVG), dieses umfaßt aber derartige Änderungen nicht⁹².

5.2.2 Vorteile

Eine gemäß den obigen Ausführungen geschlossene Betriebsvereinbarung ist rechtswirksam (Kap. 4.7). Erfolgreiche Klagen von Arbeitnehmern oder Gewerkschaften sind nicht zu befürchten.

Die Nachwirkung der Bestimmungen des Tarifvertrages kann über zentrale Verhandlungen mit dem Betriebsrat relativ zügig beendet werden. Der Arbeitgeber braucht die Gewerkschaften nicht mit einzubeziehen und kann sich die schwächere Position des Betriebsrates zu Nutze machen (Kap. 5.1.2). Der mühsame Weg über Änderungskündigungen braucht nicht begangen zu werden.

5.2.3 Nachteile

Auch bei dieser Option besteht die Gefahr, daß die Gewerkschaft einen Haustarifvertrag erzwingen will (Kap. 5.1.2).

Vor allem aber sind die Verlängerung der wöchentlichen Arbeitszeit und die Verkürzung des Jahresurlaubs nicht möglich. Die Verringerung der

⁸⁹ Vgl. Engels u.a., Betriebsverfassungsgesetz, S.1333

⁹⁰ Vgl. Engels u.a., Betriebsverfassungsgesetz, S.1330-1331

⁹¹ Vgl. Klebe, in: Däubler u.a. (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, S.1384

⁹² Vgl. Klebe, in: Däubler u.a. (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, S.1337

Personalkosten kann nur bedingt erreicht werden, wenn eine leistungsbezogene Entlohnung für das Unternehmen möglich ist.

5.3 Austritt, Regelungsabrede u. Änderungsvereinbarung

Anstatt nach dem Austritt aus dem AG-Verband die nachwirkenden Tarifnormen durch Betriebsvereinbarungen abzulösen, können Änderungsvereinbarungen mit jedem einzelnen Arbeitgeber abgeschlossen werden. Den Verhandlungsaufwand kann man durch eine Regelungsabrede eingeschränken.

5.3.1 Vorgehensweise

Wie oben beschrieben, tritt der Arbeitgeber aus dem AG-Verband aus oder wechselt zu einer OT-Mitgliedschaft.

Nach Ablauf der Fortgeltung schließt er zur Beendigung der Nachwirkung des Tarifvertrages eine Vereinbarung mit dem Betriebsrat - die sogenannte Regelungsabrede. Im Unterschied zur Betriebsvereinbarung wirken deren Bestimmungen nicht normativ, was bedeutet, daß zunächst weiterhin die nachwirkenden Tarifbestimmungen gelten. Es handelt sich um eine reine Verpflichtungserklärung zwischen dem Betriebsrat und dem Arbeitgeber⁹³. Darin legen BR und AG fest, inwieweit die **Arbeitszeit verlängert**, der **Lohn gekürzt**, die **Urlaubstage verringert**, die **Arbeitszeit** und die **Lohngestaltung flexibilisiert** werden sollen. Der Betriebsrat verpflichtet sich, bei der Umsetzung der Maßnahmen mitzuwirken, während der AG in der Regel Beschäftigungsgarantien oder ähnliches verspricht. Anschließend fordern beide zusammen die Arbeitnehmer auf, die neuen Arbeitsbedingungen durch Änderungsvereinbarungen in ihren Arbeitsverträgen abzusegnen. Stimmt der einzelne Arbeitnehmer zu, so geht der Inhalt der Regelungsabrede in seinen Arbeitsvertrag über. Weigert er sich, dann bleibt die Regelungsabrede jedoch in Bezug auf sein Arbeitsverhältnis wirkungslos. Trotzdem kann eine derartige Gestaltung durchaus den Bedürfnissen des Arbeitgebers entsprechen. Anlage 1 enthält hierzu ein Beispiel aus der Praxis⁹⁴ und gibt darüber hinaus Formulierungsvorschläge.

5.3.2 Vorteile

Positiv an der sogenannten Regelungsabrede ist, daß sie nicht gegen §77 III BetrVG verstößt⁹⁵. Somit können jegliche Abmachungen in einer Regelungsabrede getroffen werden, die in einer Betriebsvereinbarung rechtsunwirksam wären.

⁹³ BAG 20.04.1999 - 4 AZR 72/98, Rd. 84

⁹⁴ abgeleitet aus BAG 20.04.1999 - 4 AZR 72/98

⁹⁵ BAG 20.04.1999 - 4 AZR 72/98, Rd. 79-82

Weiterhin ist Rechtssicherheit hergestellt, sobald die Mitarbeiter der Änderung ihrer Arbeitsverträge zugestimmt haben. Ein eventueller Wegfall der Regelungsabrede würde die einzelvertraglich umgesetzten Änderungsvereinbarungen nicht berühren⁹⁶. Das Fallbeispiel in Anlage 1 zeigt im übrigen, daß in entsprechenden Situationen - also bei glaubhaften Drohungen mit Arbeitsplatzabbau, sowie gemeinsamen Anstrengungen von Betriebsrat und Arbeitgebern - hohe Zustimmungsraten erreicht werden können. Im genannten Beispiel unterzeichneten 98% der Belegschaft die Änderungsvereinbarungen.

Wie bei der Ablösung der Nachwirkung durch Betriebsvereinbarung muß auch hier die Gewerkschaft nicht in Verhandlungen einbezogen werden.

5.3.3 Nachteile

Nachteile sind hier für den Arbeitgeber nur dann zu befürchten, wenn ein größerer Teil der Belegschaft den Änderungsvereinbarungen nicht zustimmt. Dann hat das Unternehmen zum einen uneinheitliche Arbeitsbedingungen. Schlimmer dürfte jedoch sein, daß zwar die finanziellen Belastungen nicht wie erwartet gesunken sind, aber dennoch Beschäftigungsgarantien ausgesprochen wurden. Deshalb ist darauf zu achten, daß Beschäftigungsgarantien nur bedingt erteilt werden: Ihre Wirkung sollte dann nur greifen, wenn ein bestimmter Prozentsatz der Belegschaft die Änderungen akzeptiert hat.

Das Risiko von Arbeitskampfmaßnahmen durch die "übergangene" Gewerkschaft ist bei dieser Gestaltungsform gering, weil sie gegen den Willen der Arbeitnehmer durchgesetzt werden müßten. Schließlich haben bei der geschilderten Fallkonstellation die einzelnen Mitarbeiter den geänderten Arbeitsbedingungen zugestimmt.

5.4 Austritt und Massenänderungskündigungen

Ist abzusehen, daß ein Großteil der Arbeitnehmer einer Änderungsvereinbarung nicht freiwillig zustimmt, so kommt nach Austritt aus dem AG-Verband ersatzweise die Änderungskündigung in Betracht. Damit können nach herrschender Meinung Verschlechterungen der nachwirkenden Arbeitsbedingungen erzwungen werden⁹⁷. An Änderungskündigungen stellt aber das BAG sehr hohe Anforderungen, welche von Betrieben nur schwer erfüllt werden können (Kap. 4.6)⁹⁸.

5.4.1 Vorgehensweise

Auch hier entledigt sich der AG seiner Tarifbindung. Für die Verringerung der Entlohnung und des Urlaubs, sowie die Verlängerung der Arbeitszeit

⁹⁶ Vgl. Schaub, Hindernisse der TV-freien Gestaltung v. Abg., in: ZTR, 2000, S.14

⁹⁷ Vgl. Berg, Rechtliche Auswirkungen einer OT-Mitgliedschaft, in: AuR, 2001, S.396

⁹⁸ BAG 27.09.2001 - 2 AZR 236/00, Rd. 63+64

werden danach außerordentliche Massenänderungskündigungen ausgesprochen⁹⁹. Folglich sind die nachwirkenden Tarifbestimmungen durch Modifikationen in den einzelnen Arbeitsverträgen abgelöst worden. Zur Wirksamkeit der Kündigungen wird der Betriebsrat vorher angehört (§102 BetrVG). Weiterhin müssen die Massenänderungskündigungen beim Arbeitsamt gem. §23 II, §17 KSchG angezeigt werden¹⁰⁰. Da sich die Kürzung der Entlohnung, des Urlaubs und die Verlängerung der Arbeitszeit auf Mitbestimmungsrechte des §87 I Nr.10 und Nr.2 BetrVG auswirken, muß anschließend bei der Neuregelung von Arbeitszeit, Urlaub und Lohngestaltung der Betriebsrat mitbestimmen. Zu beachten ist, daß sich die Änderungskündigungen nicht auf MitarbeiterInnen im Mutterschutz oder Erziehungsurlaub erstrecken, weil diese gem. §9 MuSchG und §18 BErzGG besonderen Schutz genießen. Für Schwerbehinderte muß nach §85 SGB IX die Hauptfürsorgestelle ihr Einverständnis geben¹⁰¹.

5.4.2 Vorteile

Der Vorteil von Massenänderungskündigungen liegt ganz klar darin, daß der AG sich weder mit Gewerkschaft, noch mit Betriebsrat, noch mit seinem Arbeitnehmern einig werden muß. Er diktiert die neuen Arbeitsbedingungen und hat deswegen auch die Möglichkeit, diese für den Betrieb einheitlich zu gestalten.

5.4.3 Nachteile

Wie in Kapitel 4.6 erörtert, werden nur wenige Unternehmen die Voraussetzungen für Änderungskündigungen erfüllen. Darüber hinaus besteht eine große Rechtsunsicherheit, da die wirtschaftliche Lage eines Unternehmens meistens nicht eindeutig ist, sondern von der Justiz ausgelegt werden muß¹⁰². Sollte sich ein Arbeitnehmer zur Klage entschließen, dann wird der Arbeitgeber darüber hinaus durch Offenlegungspflichten im Kündigungsschutzprozess belastet. "Vom Arbeitgeber ist in diesem Zusammenhang zu verlangen, daß er die Finanzlage des Betriebes, den Anteil der Personalkosten, die Auswirkung der erstrebten Kostensenkungen für den Betrieb und für die Arbeitnehmer darstellt und ferner darlegt, warum andere Maßnahmen [als die Änderungskündigung] nicht in Betracht kommen"¹⁰³. Er sollte sich daher vorher überlegen, ob er bereit ist, seine wirtschaftliche Lage derart zu veröffentlichen¹⁰⁴.

⁹⁹ Vgl. Moll, Tarifaufstieg der Arbeitgeberseite, S.136

¹⁰⁰ Vgl. Moll, Tarifaufstieg der Arbeitgeberseite, S.139

¹⁰¹ Vgl. ebd., S.140+141

¹⁰² Vgl. ebd., S.124

¹⁰³ BAG 27.09.2001 - 2 AZR 236/00, Rd. 63

¹⁰⁴ Vgl. Wozalla, Durchführung und Folgen eines Verbandsaustritts, in: Fachanwalt Arbeitsrecht, 1999, S.144

5.5 Herauswachsen aus dem fachlichen Geltungsbereich

Neben der bewußten Entscheidung, die Tarifbindung zu beenden, kann sich eine Tariffucht ganz von selbst ergeben. Verändert sich durch Umstrukturierungen oder andere betriebliche Vorgänge der Geschäftsschwerpunkt, so kann das Unternehmen aus dem fachlichen Geltungsbereich eines Tarifvertrages 'herauswachsen'. Dafür müssen nachgehend genannte Voraussetzungen erfüllt werden:

5.5.1 Voraussetzungen

Zum einen muß der Arbeitgeber durch einen Verbandstarifvertrag gebunden sein. Weiterhin muß sich seine Geschäftstätigkeit so verändern, daß der fachliche Geltungsbereich des VTV verlassen wird¹⁰⁵. Vom BAG wurde folgender Beispielsfall entschieden: Ein Unternehmen betrieb jahrzehntelang ein Elektrohandwerk und war durch den entsprechenden Tarifvertrag gebunden. Später spezialisierte sich die Firma jedoch auf Arbeitnehmerüberlassung und stellte den Betrieb des Handwerks ganz ein. Da die Bestimmungen des Tarifvertrags über den fachlichen Geltungsbereich den Betrieb eines Elektrohandwerks zur Voraussetzung machten, entfiel die Tarifbindung schon mit der Umstellung des Betriebs auf den neuen Tätigkeitsbereich. Darauf, daß das Unternehmen zusätzlich den Arbeitgeberverband verlassen hat, kam es nach Meinung des BAG gar nicht mehr an¹⁰⁶.

Im übrigen ist ein 'Herauswachsen' beim Firmentarifvertrag nicht möglich, da dieser regelmäßig nicht auf einen fachlichen Geltungsbereich beschränkt ist¹⁰⁷.

5.5.2 Wirkung

Mit dem Verlassen des fachlichen Geltungsbereichs ist die Fortgeltung im Rahmen des §3 III TVG beseitigt. Denn die gilt nur, wenn ein Austritt aus dem Verband erfolgt ist. Das ist bei dieser Gestaltung aber gerade nicht der Fall. Ähnliches müßte für die Nachwirkung des §4 V TVG gelten. Allerdings wendet die Rechtsprechung die Vorschrift analog an, um inhaltsleere Arbeitsverhältnisse zu vermeiden¹⁰⁸. Die Bestimmungen des Tarifvertrages wirken also gemäß §4 V TVG nach. Das gilt auch für nicht organisierte Arbeitnehmer, mit denen Bezugnahmeklauseln vereinbart wurden (Kap. 4.7). Selbst dynamische Bezugnahmeklauseln sind laut Rechtsprechung durchweg als Gleichstellungsabrede aufzufassen¹⁰⁹. Um die

¹⁰⁵ Vgl. Hold, Flucht aus dem TV, in: BuW, 2003, S.480

¹⁰⁶ BAG 10.12.1997 - 4 AZR 247/96, Rd. 35ff.

¹⁰⁷ Vgl. Hold, Flucht aus dem TV, in: BuW, 2003, S.480

¹⁰⁸ BAG 10.12.1997 - 4 AZR 247/96, Rd. 45

¹⁰⁹ Vgl. Meyer, Bezugnahmeklauseln und neues Tarifwechsel-Konzept des BAG, in: NZA, 2003, S.1127

Nachwirkung zu beenden, stehen dem Arbeitgeber nun dieselben Mittel zu, wie sie in den vorangegangenen Kapiteln beschrieben wurden (Betriebsvereinbarung, Regelungsabrede, Änderungskündigung, etc.). Außerdem kommt u.U. noch der Beitritt zu einem anderen AG-Verband in Betracht, wenn dessen Tarifvertrag für den AG günstigere Bestimmungen enthält. Es ist aber umstritten, inwieweit die Regelungen des Tarifvertrags des neuen Verbands die nachwirkenden Bestimmungen verdrängen können. Hier muß zwischen verschiedenen Fallgruppen differenziert werden:

5.5.3 Verbandswechsel und gleiche Gewerkschaft

Falls alter und neuer Tarifvertrag dieselbe Gewerkschaft zum Vertragspartner haben, dann gilt der neue automatisch für die tarifgebundenen Arbeitnehmer. Es liegt ja beiderseitige Tarifbindung vor, so daß der neue den alten TV ablöst¹¹⁰. Für nicht organisierte Arbeitnehmer, deren Arbeitsvertrag eine dynamische Bezugsklausel enthält, gilt in dieser Situation das gleiche. Denn die Bezugnahme-Klausel dient der Gleichstellung der Arbeitnehmer und ist daher so auszulegen, daß eine Benachteiligung verhindert wird¹¹¹.

5.5.4 Verbandswechsel und andere Gewerkschaft

Wenn aber eine andere Gewerkschaft den neuen Tarifvertrag abgeschlossen hat, werden Angehörige der alten Gewerkschaft von diesem nicht erfasst. Sie sind nicht Mitglied der tarifschließenden Partei und deshalb nicht tarifgebunden. Der neue Tarifvertrag ist deshalb keine "andere Abmachung" i.S.d. §4 V TVG im Bezug auf diese Arbeitsverhältnisse. Für die Arbeitnehmer der alten Gewerkschaft finden daher die nachwirkenden Regelungen weiterhin Anwendung^{112, 113}. Unklar ist hier die Situation nicht organisierter Arbeitnehmer. Dynamische Bezugnahme-Klauseln in ihren Arbeitsverträgen sind wie oben erwähnt als Gleichstellungsabreden mit den organisierten Arbeitnehmern aufzufassen. In der dargestellten Fallkonstellation ist aber ein Teil der organisierten Arbeitnehmer an den neuen und ein anderer Teil an den alten nachwirkenden Tarifvertrag gebunden. Mit wem sollen die nicht organisierten Arbeitnehmer nun gleich gestellt werden? Man darf sich hierbei nicht an der Ausgestaltung der Bezugnahme-Klauseln als klein oder groß dynamisch orientieren. Sonst würde man im Ergebnis bei der kleinen wieder den jeweils gültigen Tarifvertrag der XY-Branche, also hier den alten TV, anwenden. Entsprechend nähme man dann bei der großen Bezugnahme die Geltung des neuen

¹¹⁰ Vgl. Friedrich, Nachwirkender Tarifvertrag und seine Ablösung, in: Festschrift Schaub, 1998, S.196

¹¹¹ Vgl. Gaul, Bezugnahme auf Tarifvertrag, in: ArbRB, 2003, S.347-348

¹¹² BAG 24.11.1991 - 4 AZR 211/91, Rd. 41

¹¹³ Vgl. auch Westedt, Tarifverträge zur Veränderung der Abg., in: JabAR, 2000, S.63

VTV an. Damit verzichtet man gerade auf die von der Rechtsprechung geforderte Auslegung der Klauseln als Gleichstellungsabrede. Stattdessen ist m.E. folgendes anzunehmen: Bei Vertragsschluß strebt der Arbeitnehmer eine Gleichstellung mit den zu diesem Zeitpunkt an den Tarifvertrag gebundenen Arbeitnehmern an. Deshalb müssen die nicht organisierten beim Herausfallen aus dem Geltungsbereich genauso wie diese behandelt werden. Sie wechseln daher beim Eintritt in einen neuen Arbeitgeberverband nicht automatisch zum neuen Tarifvertrag. Es gelten weiterhin die Bestimmungen des alten nach, bis diese durch eine neue Vereinbarung ersetzt werden.

5.5.5 Vor- und Nachteile

Fällt ein Arbeitgeber aus dem Geltungsbereich eines Tarifvertrages heraus, dann liegt der Vorteil für ihn darin, daß er mit neuen Arbeitnehmern die Arbeitsbedingungen frei festlegen kann und an Lohnsteigerung im Zuge von Tarifverhandlungen nicht mehr gebunden ist. Das Problem der Ablösung nachwirkender Tarifbestimmungen bleibt ihm aber nicht erspart. Im besten Fall kommt ein anderer, günstigerer Tarifvertrag für seinen Betrieb in Betracht. Dies kann einen nicht unerheblichen wirtschaftlichen Vorteil mit sich bringen¹¹⁴ und die nachwirkenden Bestimmungen werden dann u.U. verdrängt. Der Wechsel in den anderen Verband ist aber nur hilfreich, solange dieselbe Gewerkschaft Tarifpartner bleibt, da ansonsten für den Großteil des Betriebs die Nachwirkung des alten VTV erhalten bleibt.

In der Praxis werden die Voraussetzungen für ein Herausfallen aus dem Tarifvertrag recht selten vorliegen. Allerdings kann derartiges durch Outsourcing herbeigeführt werden¹¹⁵. Auf diese Gestaltungsmöglichkeit wird daher in Kapitel 5.8 ausführlicher eingegangen.

5.6 Wechsel des AG-Verbandes

Manchmal fällt der Betrieb eines Arbeitgebers in den Geltungsbereich zweier Tarifverträge. Enthält hier der zweite TV für den Arbeitgeber günstigere Bedingungen, kann er sich durch Wechsel des Arbeitgeberverbandes dem einen Tarifvertrag entziehen und zum günstigeren wechseln. Dadurch läßt sich eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen zu Gunsten des Arbeitgebers erreichen.

¹¹⁴ Vgl. Friedrich, Nachwirkender Tarifvertrag und seine Ablösung, in: Festschrift Schaub, 1998, S.193+194

¹¹⁵ Vgl. Schaub, Wege und Irrwege aus dem VTV, in: NZA, 1998, S.621

5.6.1 Voraussetzungen

Die grundlegenden Voraussetzungen wurden bereits genannt: Das Unternehmen muß in den Geltungsbereich eines weiteren Tarifvertrages fallen, dessen Bestimmungen sich für den AG als günstiger erweisen. Weiterhin muß der Verband gewechselt werden und der neue Tarifvertrag muß sich als der speziellere erweisen. Bekannt ist beispielsweise ein Fall, in dem Unternehmen der Metallbranche eigens einen Arbeitgeberverband gegründet haben. Zweck war es, statt mit der IG-Metall, Tarifverträge mit der wohl Arbeitgeber freundlicheren Christlichen Gewerkschaft Metall CGM abzuschließen, was auch gelang. Die besagten Unternehmen wechselten dann zum neuen Arbeitgeberverband, um dem Tarifvertrag mit der IG-Metall zu entgehen¹¹⁶.

5.6.2 Wirkung

Nach dem Austritt aus dem einen Verband gilt dieser Tarifvertrag nach §3 III TVG fort. Gleichzeitig besteht Tarifbindung aufgrund der Mitgliedschaft in dem neuen Verband nach §3 I TVG. Tarifpartei des neuen Verbandes kann entweder die gleiche oder eine andere Gewerkschaft sein. Bezüglich der Wirkung bedeutet dies einen erheblichen Unterschied, weswegen beide Fallkonstellationen im folgenden getrennt betrachtet werden.

5.6.3 Verbandswechsel und gleiche Gewerkschaft

Falls beide Tarifverträge mit derselben Gewerkschaft abgeschlossen wurden, entsteht Tarifkonkurrenz. Sowohl der AG als auch die organisierten AN sind an beide Tarifverträge gebunden (Kap. 4.8). Die Situation ist mit der in Kapitel 5.5.3 beschriebenen vergleichbar. Grundsätzlich wird im Schrifttum davon ausgegangen, daß hier der neue Tarifvertrag den alten nach dem Grundsatz der Tarifeinheit verdrängt^{117, 118}. Da dynamische Bezugnahme Klauseln grundsätzlich als Gleichstellungsabrede ausgelegt werden, fallen in dieser Fallkonstellation auch die nicht organisierten Arbeitnehmer unter den neuen TV (Kap. 4.7).

5.6.4 Verbandswechsel und andere Gewerkschaft

Wenn unterschiedliche Gewerkschaften Tarifpartner sind, dann entsteht Tarifpluralität. Der Arbeitgeber ist an beide Tarifverträge gebunden, während für die Arbeitnehmer jeweils nur einer in Frage kommt. Es wird ebenfalls der Grundsatz der Tarifeinheit angewandt (Kap. 4.8). Man

¹¹⁶ Vgl. Friedrich, Nachwirkender Tarifvertrag und seine Ablösung, in: Festschrift Schaub, 1998, S.193-194

¹¹⁷ Vgl. auch Hold, Flucht aus dem TV, in: BuW, 2003, S.481;

¹¹⁸ Vgl. auch Westedt, Tarifverträge zur Veränderung der Abg., in: JabAR, 2000, S.65

nimmt an, daß der TV des neuen Arbeitgeberverbandes den des alten verdrängt, obwohl es sich nicht zwangsweise um den spezielleren handeln muß^{119, 120}. Bei Tarifpluralität werden allerdings weder der neue noch der alte TV auf Arbeitsverhältnisse von Angehörigen der alten Gewerkschaft angewandt. Diese werden vielmehr inhaltsleer, d.h. grundlegende Arbeitsbedingungen sind nicht mehr geregelt (Kap. 4.8). Zumindest im Bereich der Lohnfestsetzung läßt sich dieses Problem über den §612 II BGB lösen: Wo die Vergütung nicht bestimmt ist, "ist die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen". Üblich wäre hier wohl die Lohnhöhe, wie sie im neuen Tarifvertrag festgesetzt ist¹²¹. Andere Arbeitsbedingungen, wie z.B. die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit sind für die Mitglieder der 'verdrängten' Gewerkschaft aber tatsächlich nicht mehr vertraglich geregelt. Trifft dies auch auf die nicht organisierten Arbeitnehmer mit dynamischen Bezugnahme Klauseln zu, oder sind diese mit den Angehörigen der neuen Gewerkschaft gleichzustellen? Ein nahezu identisches Problem wurde bereits im Kapitel 5.5.4 erörtert. An der dort vertretenen Argumentationslinie ist festzuhalten, auch wenn die Folgen hier noch unverhältnismäßiger erscheinen sollten. Die dynamische Bezugnahme ist grundsätzlich als Gleichstellungsabrede auszulegen¹²². Damit werden mit dem Verbandswechsel und der Verdrängung des alten Tarifvertrages auch die Arbeitsverhältnisse der nicht organisierten Arbeitnehmer inhaltsleer. Dies ist nur die konsequente Folge der Anwendung des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität.

5.6.5 Vor- und Nachteile

Wie dargestellt, lassen sich bei einem Verbandswechsel gerade in Bezug auf die **Lohnhöhe** immer Verbesserungen erzielen, auch wenn hier notfalls der §612 II BGB herangezogen werden muß. In Bezug auf andere Arbeitsbedingungen wie die **Dauer von Urlaub und Arbeitszeit**, bzw. die **Lohn- und Arbeitszeitgestaltung**, kann dies nicht ohne weiteres vorausgesetzt werden. Hier ist es nötig, daß entweder dieselbe Gewerkschaft Tarifpartner bleibt oder ein Großteil der Belegschaft zur neuen Gewerkschaft wechselt.

Endgültige Flexibilität wie beim Austritt aus dem Tarifsysteem kann durch einen Verbandswechsel sicher nicht erreicht werden. Dafür bleiben die Vorteile der Verbandsmitgliedschaft - etwa die bessere Absicherung gegenüber Arbeitskämpfmaßnahmen - erhalten.

¹¹⁹ Vgl. auch Hold, Flucht aus dem TV, in: BuW, 2003, S.481;

¹²⁰ Vgl. auch Westedt, Tarifverträge zur Veränderung der Abg., in: JabAR, 2000, S.65

¹²¹ Vgl. Westedt, Tarifverträge zur Veränderung der Abg., in: JabAR, 2000, S.68

¹²² BAG 19.03.2003 - 4 AZR 331/02, Rd. 22

5.7 Abschluss eines Haustarifvertrags

Die Bestimmungen eines Verbandstarifvertrages können auch dadurch abgelöst werden, daß ein Firmentarifvertrag mit der entsprechenden Gewerkschaft geschlossen wird.

5.7.1 Vorgehensweise

Bei dieser Option bleibt der Arbeitgeber normales Mitglied in seinem Verband. Er nimmt aber Verhandlungen mit einer Gewerkschaft auf und schließt mit dieser einen Haustarifvertrag ab, der nur für sein Unternehmen gültig ist. Die Gewerkschaft kann er dabei prinzipiell frei wählen, wobei sie allerdings für seinen Betrieb zuständig sein muß. Bei Mischbetrieben ist nach neuerer Rechtsprechung eine Gewerkschaft dann zuständig, wenn die meisten Arbeitsverhältnisse in ihren Geltungsbereich fallen¹²³. Damit bleibt unklar, ob ein Firmentarifvertrag mit einer kleineren Gewerkschaft überhaupt wirksam ist, oder ob dieser nach den Grundsätzen der Tarifpluralität verdrängt wird¹²⁴. Diese Meinung ist abzulehnen. Allenfalls wäre der Haustarifvertrag mangels Zuständigkeit der Gewerkschaft unwirksam. Nach den Grundsätzen der Tarifpluralität kann er nicht verdrängt werden. Denn, soweit Firmen- und Verbandstarifvertrag gleichzeitig gelten, verdrängt ersterer generell die Bestimmungen des anderen, weil er den räumlich spezielleren Geltungsbereich hat¹²⁵. Auf die Größe der Tarifparteien kommt es nicht an. Vorsicht ist geboten, wenn der AG-Verband in seiner Satzung den Abschluß von zusätzlichen Haustarifverträgen verbietet. Trotzdem sind zwar eventuelle Firmentarifverträge wirksam, es können aber Verbandsstrafen drohen¹²⁶.

5.7.2 Vor- und Nachteile

Die Regelungstatbestände ändern sich beim HTV im Vergleich zum VTV nur soweit, als die Bestimmungen nur auf das Unternehmen des Arbeitgebers zugeschnitten sind. Eine **Verlängerung der Arbeitszeit**, die **Kürzung der Entlohnung** und des **Urlaubs**, sowie **Flexibilisierungen von Arbeitszeit und Lohngestaltung** können also prinzipiell vereinbart werden¹²⁷. Gerade wenn Betriebe innerhalb eines VTV stark unterschiedliche Charakteristika aufweisen, kann deshalb ein HTV ein Vorteil für den einzelnen Arbeitgeber darstellen, wenn der VTV seine Situation nicht be-

¹²³ Vgl. Hold, Flucht aus dem TV, in: BuW, 2003, S.479

¹²⁴ Vgl. Krebs, Tarifikürzung - Bündnisse für Arbeit durch Firmentarifverträge, in: SAE, 2002, S.219

¹²⁵ BAG 4.04.2001 - 4 AZR 234/00, Rd. 46

¹²⁶ Vgl. Krebs, Tarifikürzung - Bündnisse für Arbeit durch Firmentarifverträge, in: SAE, 2002, S.217

¹²⁷ Vgl. Hold, Flucht aus dem TV, in: BuW, 2003, S.479

rücksichtigt¹²⁸. Allerdings muß auch der HTV mit der zuständigen Gewerkschaft ausgehandelt werden. Solche dezentralen Verhandlungen verändern die Machtverhältnisse nicht gerade zugunsten des Arbeitgebers¹²⁹. Soll mit Hilfe eines Haustarifvertrages also eine positive Änderung zugunsten des Arbeitgebers stattfinden, dann kommt es entscheidend auf die Stärke und die Kooperationsbereitschaft der Gewerkschaft an. Deshalb können Verhandlungen mit einer anderen als der bisherigen Gewerkschaft von Vorteil sein¹³⁰. Ein geringerer Organisationsgrad innerhalb der Belegschaft erhöht die Chancen des Arbeitgebers. Weiterhin ist in Situationen, in denen sich das Unternehmen in Schwierigkeiten befindet, bzw. in denen mit Arbeitsplatzabbau oder -verlagerung gedroht werden kann, die Kompromißbereitschaft der Gewerkschaft höher¹³¹. Ansonsten ist es durchaus möglich, daß durch Abschluß eines HTV keine Verbesserungen für den AG erzielt werden, sondern statt dessen nur Nachteile in Form höherer Verhandlungskosten in Kauf genommen werden müssen¹³². Weiterhin erhöht sich eventuell die Abhängigkeit von und damit der Einfluss der Gewerkschaft¹³³.

5.8 Outsourcing und Betriebsübergang

Unter Outsourcing wird hier die Ausgliederung i.S.d. §123 III UmwG verstanden. Dabei überträgt das tarifgebundene Unternehmen Vermögen auf eine neu gegründete Tochtergesellschaft, wobei es 100% der Anteile an der Tochtergesellschaft erhält. Die "betriebliche Einheit" soll dabei ihre "wirtschaftliche Identität" bewahren, es soll sich also um einen Betriebsübergang nach §613a BGB handeln, wie ihn der EuGH in seinem Urteil vom 11.03.1997 definiert hat^{134, 135}. Diese Form des Outsourcings eröffnet die Möglichkeit, Teile eines Unternehmens vom Flächentarifvertrag zu lösen. Zwei Varianten sollen hier näher erörtert werden: Das Outsourcen auf ein nicht tarifgebundenes Tochterunternehmen und die Ausgliederung auf ein anderweitig tarifgebundenes Tochterunternehmen.

5.8.1 Outsourcing auf nicht tarifgebundenes Tochterunternehmen

Werden Mitarbeiter vom Alt-Unternehmen auf eine neu gegründete nicht tarifgebundene Tochter übertragen, dann gehen die Arbeitsverhältnisse

¹²⁸ Vgl. Lehmann, Stabilität und Veränderung der Flächentarifbindung von Arbeitgebern in Deutschland, S.72

¹²⁹ Vgl. ebd., S.11

¹³⁰ Vgl. Hold, Flucht aus dem TV, in: BuW, 2003, S.474

¹³¹ Vgl. Lehmann, Stabilität und Veränderung der Flächentarifbindung von Arbeitgebern in Deutschland, S.200

¹³² Vgl. ebd., S.230

¹³³ Vgl. Hold, Flucht aus dem TV, in: BuW, 2003, S.479

¹³⁴ EuGH 11.03.1997 - Rs C. 13/95

¹³⁵ Vgl. Westedt, Tarifverträge zur Veränderung der Abg., in: JabAR, 2000, S.60-61;

zunächst einmal ohne Änderungen auf das Tochterunternehmen über (§613a I S.1 BGB). Daß die Arbeitsbedingungen im Alt-Unternehmen durch Tarifvertrag geregelt worden sind, zieht aber nicht die Übernahme des Tarifvertrages nach sich. Ansonsten würde das Tochterunternehmen als Arbeitgeber in seiner negativen Koalitionsfreiheit (Art. 9 III GG) verletzt^{136, 137, 138}. Vielmehr werden die Arbeitsbedingungen des Tarifvertrages gemäß §613a I S.2 BGB Bestandteile der individuellen Arbeitsverträge. Sie gelten als solche weiter und nicht als Tarifnormen. Es handelt sich bei §613a I S.2 BGB um eine lex specialis zu §3 III TVG und §4 V TVG¹³⁹. Maßgebend ist für die tarifgebundenen Arbeitnehmer in jedem Fall die Fassung des Tarifvertrages zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs¹⁴⁰. Für die nicht organisierten Arbeitnehmer gilt dies eigentlich nicht. Sie sind üblicherweise durch dynamische Bezugnahmeklauseln an den jeweils gültigen Tarifvertrag gekoppelt. Diese Klauseln gehen gemäß §613a I S.1 BGB auf das Arbeitsverhältnis mit der Tochtergesellschaft über. Somit würden die Bezugnahmeklauseln weiter wirksam sein und eine Besserstellung der nicht organisierten Arbeitnehmer würde erfolgen, da sie beispielsweise von Tariflohnerhöhungen profitieren würden. Legt man den Urteilsspruch des BAG vom 19.3.2003¹⁴¹ zugrunde, ist dies im Ergebnis nicht haltbar. Die Situation hier ist mit der des abgeurteilten Falles nahezu identisch: Für organisierte Arbeitnehmer gilt jeweils ein Tarifvertrag in der Fassung zu einem Zeitpunkt, zu dem die Tarifbindung des Arbeitgebers geendet hat. Gleichzeitig würden die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer in beiden Fällen von der Fortentwicklung des Tarifvertrags weiterhin profitieren. Was das BAG im einen Fall entschieden hat, muß auch für dieses Szenario gelten. Für die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer gilt der Tarifvertrag ebenfalls nur in der Fassung, in der er zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestanden hat. Die Bezugnahmeklausel ist als Gleichstellungsabrede aufzufassen (Kap. 4.7)^{142, 143}. Will das Tochterunternehmen die Arbeitsbedingungen ändern, so muß gemäß §613a I S.2 BGB eine Änderungssperre von einem Jahr abgewartet werden. Dies trifft zumindest auf die tarifgebundenen Arbeitnehmer zu. Bei den nicht Gewerkschaftsmitgliedern ist die Rechtslage unklar. Man sollte daher ebenfalls die Änderungssperre beachten. Im Ergebnis wäre dies auf jeden Fall richtig. Wenn die Bezugnahmeklausel als Gleichstellungsabrede aufgefasst wird, darf weder eine Besser- noch eine

¹³⁶ Vgl. Schaub, Hindernisse der TV-freien Gestaltung v. Abg., in: ZTR, 2000, S.13

¹³⁷ Vgl. Westedt, Tarifverträge zur Veränderung der Abg., in: JabAR, 2000, S.62

¹³⁸ Vgl. Henssler, Unternehmensumstrukturierung und Tarifrecht, in: Festschrift Schaub, 1998, S.315

¹³⁹ Vgl. Bauer, Flucht aus Tarifverträgen, in: Festschrift Schaub, 1998, S.34

¹⁴⁰ Vgl. Hold, Flucht aus dem TV, in: BuW, 2003, S.480

¹⁴¹ BAG 19.03.2003 - 4 AZR 331/02

¹⁴² Vgl. Reichel, Tariffucht durch Outsourcing?, in: AuA, 2002, S.551-553;

¹⁴³ BAG 21.08.2002 - 4 AZR 263/01

Schlechterstellung akzeptiert werden. Nach Ablauf der Änderungssperre kann das Tochterunternehmen nach denselben Prinzipien Neuregelungen vornehmen, wie ein aus dem Arbeitgeberverband ausgetretener Arbeitgeber. Es stehen die Gestaltungsmöglichkeiten offen, wie sie in den Kapiteln 5.1 - 5.4 eingehend beschrieben wurden: Neben der Betriebsvereinbarung stehen die Massenänderungskündigung, sowie die Kombination von Regelungsabrede und Änderungsvereinbarung zur Verfügung.

5.8.2 Outsourcing auf anderweitig tarifgebundenes Tochterunternehmen

Outsourcing auf ein anderweitig tarifgebundenes Unternehmen soll bedeuten, daß Mutter- und Tochterunternehmen verschiedenen Arbeitgeberverbänden angehören. Es werden hier nun zwei Grundkonstellationen unterschieden: Dabei geht es um die Arbeitgeberverbände von Mutter- und Tochterunternehmen. Entweder diese arbeiten mit derselben oder mit verschiedenen Gewerkschaften zusammen.

Ist im neuen Betrieb **dieselbe Gewerkschaft** tätig wie im Alt-Unternehmen, dann ist §613a I S.3 BGB einschlägig. Für tarifgebundene Arbeitnehmer gehen die Bestimmungen des Tarifvertrages nicht in die individuellen Arbeitsverträge über. Der Tarifvertrag besteht weiter und wird vom im neuen Unternehmen gültigen verdrängt¹⁴⁴. Das Schrifttum geht jedenfalls davon aus, obwohl es sich bei dem im Tochterunternehmen einschlägigen Tarifvertrag nicht zwangsläufig um den spezielleren handeln muß^{145, 146}. Für nicht organisierte Arbeitnehmer ist die dynamische Bezugnahmeklausel wiederum als Gleichstellungsrede aufzufassen (Kap. 4.7, 5.5, 5.6). Auch ihre Arbeitsbedingungen richten sich fortan nach dem neuen Tarifvertrag.

Es ist umstritten, ob §613a I S.3 BGB auch dann anwendbar ist, falls es an der beidseitigen Tarifbindung mangelt. Die herrschende Meinung geht nicht davon aus und auch das BAG hat in neueren Entscheidung in diesem Sinne entschieden^{147, 148}. Die beiderseitige Tarifbindung fehlt dann, wenn die Tarifpartner in Mutter- und Tochterunternehmen **unterschiedliche Gewerkschaften** sind. In diesem Fall greift §613a I S.3 BGB nicht. Die Tarifnormen werden gemäß §613a I S.2 BGB in die individuellen Arbeitsverträge transformiert werden. Für Angehörige der Gewerkschaft des Mutterunternehmens befinden sich die alten Tarifbestimmungen somit in einer Art Nachwirkung. Der Tarifvertrag des Tochterunternehmens ver-

¹⁴⁴ Vgl. Meyer, Bezugnahmeklauseln und neues Tarifwechsel-Konzept des BAG, in: NZA, 2003, S.1130

¹⁴⁵ Vgl. auch Hold, Flucht aus dem TV, in: BuW, 2003, S.481;

¹⁴⁶ Vgl. auch Westedt, Tarifverträge zur Veränderung der Abg., in: JabAR, 2000, S.65

¹⁴⁷ Vgl. Westedt, Tarifverträge zur Veränderung der Abg., in: JabAR, 2000, S.66

¹⁴⁸ BAG 21.02.2001 - 4 AZR 18/00, Rd. 33

drängt den der Mutter auch nicht nach den Prinzipien der Tarifeinheit, weil der alte Tarifvertrag eben nicht mehr als solcher besteht¹⁴⁹. Ähnliches wird für nicht organisierte Arbeitnehmer gelten, weil es sich bei Bezugnahme-klauseln prinzipiell um Gleichstellungsabreden handelt (Kap. 4.7, 5.5, 5.6). Wie im Kapitel 5.5.4 ausführlich dargelegt, bezieht sich die Gleichstellung immer auf die Angehörigen der Alt-Gewerkschaft.

Zusammenfassend kann man sagen, daß ein Tarifwechsel durch Outsourcing nur in Frage kommt, wenn im Mutter- und Tochterunternehmen dieselbe Gewerkschaft tätig ist. Anderenfalls gilt für Mitglieder der Alt-Gewerkschaft und für nicht organisierte Arbeitnehmer der alte Tarifvertrag quasi nach¹⁵⁰.

5.8.3 Vor- und Nachteile

Outsourcing kann u.a. wegen der Transformation des Tarifvertrages in die individuellen Arbeitsverträge sicherlich nicht als Universalwerkzeug für die Tariffucht angewandt werden. Auch beim Outsourcing kommt es wie bei den meisten Fällen der Tarifbeendigung zu einer Art Nachwirkung der tariflichen Bestimmungen. Um abweichende Vereinbarungen, wie **Kürzungen** bei **Urlaub** oder **Gehalt**, **Arbeitszeitverlängerung** oder **Flexibilisierung** von **Entlohnung** und **Arbeitszeit**, zu erreichen, stehen dieselben Mittel zur Verfügung wie nach dem Austritt aus dem Arbeitgeberverband.

Vorteile kann Outsourcing in Fällen bieten, in denen ein Wechsel des Tarifvertrages wegen Änderung des Geschäftsschwerpunkts in Frage kommt. Weiterhin ist eine Ausgliederung unter Umständen geeignet, die Absichten eines Unternehmens zu verschleiern. Organisatorische Gründe können vorgeschoben werden und die eigentlich beabsichtigten Kürzungen treten u.U. in den Hintergrund. Nach der Goethe Institut Entscheidung¹⁵¹ muß Outsourcing sogar noch einem anderen Zweck dienen als der Flucht vor tariflichen Bestimmungen¹⁵². Darüber hinaus wird insbesondere im Alt-Unternehmen durch die Ausgliederung eine Beeinträchtigung des Betriebsklimas verringert, weil die Kürzungen die dortigen Mitarbeiter nicht betreffen. Außerdem kann durch Outsourcing in einigen Fällen die Fortgeltung von Tarifverträgen mit langer Laufzeit vermindert werden, weil laut §613a I S.2 BGB höchstens eine Änderungssperre von einem Jahr gilt.

¹⁴⁹ BAG 21.02.2001 - 4 AZR 18/00, Rd. 33

¹⁵⁰ Vgl. auch: Henssler, Unternehmensumstrukturierung und Tarifrecht, in: Festschrift Schaub, 1998, S.319

¹⁵¹ BAG 11.9.1991 - 4 AZR 71/91

¹⁵² Vgl. Westedt, Tarifverträge zur Veränderung der Abg., in: JabAR, 2000, S.71

6 Fazit

Wie gezeigt wurde, bestehen für die Beendigung der Tarifbindung seitens des Arbeitgebers kaum rechtliche Hindernisse. Einzig Fristen, Allgemeinverbindlichkeitserklärungen oder Arbeitskampfmaßnahmen der Gewerkschaften können hier die Freiheit des Unternehmers einschränken.

Schwierig ist es dagegen, nach der Tariffucht Neuregelungen mit seinen Arbeitnehmern zu treffen. Gegen den Willen von Betriebsrat oder Mitarbeitern ist dies nur in den engen Zulässigkeitsgrenzen der Änderungskündigung möglich. Daher muß in den meisten Fällen seitens des Arbeitgebers Druck auf die Belegschaft ausgeübt werden - mit den entsprechenden negativen Folgen auf Betriebsklima und Motivation. Sind Betriebsrat und Belegschaft durch Drohungen mit Entlassung und Betriebsverlagerung dann doch kompromißbereit, bestehen trotzdem noch rechtliche Hindernisse. Problematisch sind hier vor allem beabsichtigte Kürzungen bei der Entlohnung oder die Verlängerung der wöchentlichen Arbeitszeit. Diese Änderungen sind bislang nur hundertprozentig rechtswirksam, soweit sie mit jedem Arbeitnehmer einzeln vereinbart wurden. Verantwortlich hierfür ist die Regelungssperre des §77 III BetrVG. Wie diese mehr oder weniger rechtswirksam umgangen werden kann, wurde in den Kapiteln 5.1 bis 5.4 ausführlich aufgezeigt. Welche der dargestellten Optionen ein Arbeitgeber wählen sollte, hängt in erster Linie von seinen Prioritäten und den Bedingungen in seinem Unternehmen ab.

Der Wechsel des Verbandstarifvertrages kann eine Alternative zum Austritt aus dem Flächentarifvertrag sein. Allerdings erfüllen wohl relativ wenige Unternehmen die hierzu notwendigen Voraussetzungen. Ähnliches gilt für die Flucht in den Firmentarifvertrag mit einer anderen Gewerkschaft.

Die Ausgliederung von Unternehmensteilen ist im übrigen kein Wunderwerkzeug zur Tariffucht. Die Probleme bei der Neuregelung von Arbeitsbedingungen werden dadurch nämlich nicht gelöst. Für einige Arbeitgeber mag Outsourcing dennoch Vorteile bieten, für andere ist es aber u.U. eine unsinnige Option.

7 Literatur- und Quellenverzeichnis

7.1 Bücher und Studien

- Baumgartner & Partner Unternehmensberatung GmbH (Hrsg.), Flucht aus dem Flächentarifvertrag, Hamburg, Dezember 2004, S.21, bestellbar unter www.baumgartner.de
- Lehmann, Karen, Stabilität und Veränderung der Flächentarifbindung von Arbeitgebern in Deutschland - Eine theoretische und empirische Analyse, Lit Verlag, Münster, 2002
- Moll, Frank, Tarifausstieg der Arbeitgeberseite: Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband "Ohne Tarifbindung", Dunker & Humblot GmbH, Berlin, 2000
- Zachert, Ulrich / Kempen, Otto Ernst, Tarifvertragsgesetz - Kommentar für die Praxis, Bund-Verlag, Köln, 1997, 3.Auflage
- Fuchs, Maximilian, Tarifvertragsrecht - Ein Leitfaden, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2003, 1. Auflage
- Streicher, Hans-Jürgen, Die Betriebsvereinbarung - Ein Leitfaden für die Praxis, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2004, 3. Auflage
- Fischer, Christian, Die tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen, Verlag C.H. Beck, München, 1998
- Däubler, Wolfgang / Kittner, Michael / Klebe Thomas (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung - Kommentar für die Praxis, Bund-Verlag, Frankfurt, 2004, 9.Auflage
- Engels, Gerd / Schmidt, Ingrid / Trebinger, Yvonne / Linsenmaier, Wolfgang, Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung - Handkommentar, Verlag C.H. Beck, München, 2004, 22.Auflage

7.2 Aufsätze und Artikel

- Bauer, Jobst-Hubertus, Flucht aus Tarifverträgen: Königs- oder Irrweg, in: Tarifaufonomie für ein neues Jahrhundert - Festschrift für Günter Schaub zum 65. Geburtstag, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1998, S.19-46
- Berg, Peter, Rechtliche Auswirkungen einer OT-Mitgliedschaft in der Praxis, in: Arbeit und Recht, 2001, S.393-397
- Eschbach, Hans, Haustarife machen flexibler, in: Handelsblatt, 19.01.2005
- Friedrich, Hans-Wolf, Nachwirkender Tarifvertrag und seine Ablösung durch einen Tarifvertrag eines anderen Arbeitgeberverbandes mit einer anderen Gewerkschaft - eine Fallstudie, in: Tarifaufonomie für ein neues Jahrhundert - Festschrift für Günter Schaub zum 65. Geburtstag, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1998, S.193-203

- Gaul, Björn, Bezugnahme auf Tarifvertrag bei Betriebsübergang, Umwandlung und Austritt aus dem Arbeitgeberverband, in: Der Arbeits-Rechts-Berater, 2003, S.347-349
- Gentz, Manfred, Werden die geltenden Tarifverträge der betrieblichen Praxis gerecht? in: Tarifaufonomie für ein neues Jahrhundert - Festschrift für Günter Schaub zum 65. Geburtstag, C.H. Beck' sche Verlagsbuchhandlung, München, 1998, S.205-217
- Henssler, Martin, Unternehmensumstrukturierung und Tarifrecht, in: Tarifaufonomie für ein neues Jahrhundert - Festschrift für Günter Schaub zum 65. Geburtstag, C.H. Beck' sche Verlagsbuchhandlung, München, 1998, S.315
- Hold, Dieter, Flucht aus dem Tarifvertrag - Möglichkeiten und Grenzen, in: Betrieb und Wirtschaft, 2003, S.476-481
- Krebs, Peter, Tarifkürzung - Bündnisse für Arbeit durch Firmentarifverträge, in: Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen, 2002, S.215-220
- Löwisch, Manfred / Rieble, Volker, Tarifvertragsrechtliche und arbeitskampfrechtliche Fragen des Übergangs vom Haustarif zum Verbandstarif, in: Tarifaufonomie für ein neues Jahrhundert - Festschrift für Günter Schaub zum 65. Geburtstag, C.H. Beck' sche Verlagsbuchhandlung, München, 1998, S.457-476
- Matthes, Hans-Christoph, Der Arbeitgeber als Tarifpartei, in: Tarifaufonomie für ein neues Jahrhundert - Festschrift für Günter Schaub zum 65. Geburtstag, C.H. Beck' sche Verlagsbuchhandlung, München, 1998, S.478-485
- Meyer, Cord, Bezugnahme-Klauseln und neues Tarifwechsel-Konzept des BAG, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 2003, S.1126-1130
- N.N., Mehr Spielraum bei der Vergütung verlangt, in: Handelsblatt, 19.01.2005
- Reichel, Michael, Tariffucht durch Outsourcing?, in: Arbeit und Arbeitsrecht, 2002, S.550-556
- Schaub, Günter, Rechtliche Hindernisse der tarifvertragsfreien Gestaltung von Arbeitsbedingungen, in: Zeitschrift für Tarif-, Arbeits- und Sozialrecht des öffentlichen Dienstes, 2000, S.10-14
- Schaub, Günter, Wege und Irrwege aus dem Flächentarifvertrag, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 1998, S.617-623
- Westedt, Hans Hermann, Tarifverträge zur Veränderung der Arbeitsbedingungen bei Betriebsübergängen, Outsourcing und Unternehmensaufspaltung, in: Jahrbuch des Arbeitsrechts, Band 37, 2000, S.59-72
- Worzalla, Michael, Beratung von Unternehmen über Durchführung und Folgen eines Verbandsaustritts, in: Fachanwalt Arbeitsrecht, 1999, S.142-145

7.3 Internetquellen

Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, Homepage, unter:
<http://www.bmwa.bund.de/Redaktion/Inhalte/Pdf/allgemeinverbindlich-erklarte-tarifvertraege,property=pdf.pdf>

7.4 Urteile

BAG 28.01.1987 - 5 AZR 323/86
BAG 20.03.1991 - 4 AZR 455/90
BAG 11.09.1991 - 4 AZR 71/91
BAG 24.11.1991 - 4 AZR 211/91
BAG 03.12.1991 - GS 2/90

BAG 10.12.1997 - 4 AZR 247/96
BAG 20.04.1999 - 4 AZR 72/98
BAG 21.02.2001 - 4 AZR 18/00
BAG 04.04.2001 - 4 AZR 234/00
BAG 27.09.2001 - 2 AZR 236/00
BAG 07.11.2001 - 4 AZR 703/00
BAG 21.08.2002 - 4 AZR 263/01
BAG 19.03.2003 - 4 AZR 331/02
BGH 22.09.1980 - II ZR 34/80
EuGH 11.03.1997 - Rs C. 13/95

8 Anlagen

Anlage 1 - Fallbeispiel Regelungsabrede und Änderungskündigung

ANLAGE 1

Fallbeispiel zur Regelungsabrede und Änderungskündigung (nach BAG 20.04.1999 - 4 AZR 72/98)

Der Arbeitgeber, eine Tochter des Burda-Konzerns (im folgenden B Druck GmbH) hatte im Vorfeld seinen Mitarbeitern bereits in einem betriebsweiten Schreiben mitgeteilt, daß sich das Unternehmen und die damit verbundenen Arbeitsplätze nur halten lassen werden, wenn 40 Mio. DM an Personalkosten eingespart werden können. Daraufhin wurde mit dem Betriebsrat verhandelt und das Sparvolumen auf 30 Mio. DM verringert. Im Gegenzug verpflichtete sich die B Druck GmbH, vorerst auf Entlassungen zu verzichten. In einer sogenannten "Betriebsvereinbarung", bei der es sich aber rechtlich nur um eine Regelungsabrede handelt, wurde zwischen dem BR und dem AG folgendes vereinbart:

"Zur Sicherung der Arbeitsplätze der B Druck GmbH in O und zur Vermeidung von 400 Entlassungen sind umfassende Sparmaßnahmen erforderlich. Betriebsrat und Geschäftsführung sind sich einig, daß Einsparungen in einer Größenordnung von insgesamt DM 30 Mio. p.a. realisiert werden. Die einzelnen Sparmaßnahmen und deren Umsetzungsmodalitäten ergeben sich aus der Anlage zu dieser Betriebsvereinbarung. Die Anlage ist Bestandteil dieser Betriebsvereinbarung.

...

Betriebsrat und Geschäftsführung sind sich einig, daß die von den Tarifverträgen der Druckindustrie abweichend geregelten Inhalte zu ihrer Rechtswirksamkeit der einzelvertraglichen Zustimmung der Mitarbeiter bedürfen. Betriebsrat und Geschäftsführung werden sich gemeinsam bemühen, diese Zustimmung einzuholen.

Nachdem alle Mitarbeiter der B Druck GmbH sowie des Papierlagers und der Altpapierverwertung auf der Basis dieser Betriebsvereinbarung Einzelverträge abgeschlossen haben, tritt Nachstehendes in Kraft:

1. Mitarbeiter, die einen Einzelvertrag abschließen, erhalten für die Laufzeit dieser Betriebsvereinbarung, also bis zum 31. Dezember 2000, eine uneingeschränkte Beschäftigungsgarantie.

...

Betriebsrat und Geschäftsführung vereinbaren zu den Inhalten dieser Betriebsvereinbarung absolute Vertraulichkeit. Jegliche Weitergabe unterbleibt."

Die erwähnte Anlage, welche die Sparmaßnahmen enthält, beinhaltet u.a. die Kürzung von im Tarifvertrag garantierten Zuschlägen für Nachtarbeit, Sonntagsarbeit, Feiertagsarbeit und Überstunden. Weiterhin wurde die wöchentliche Arbeitszeit im Vergleich zur tariflichen um vier Stunden teilweise ohne Lohnausgleich erhöht. Betriebsrat und Arbeitgeber forderten schließlich in einem gemeinsamen Schreiben die Arbeitnehmer dazu auf, die Sparmaßnahmen durch folgende Erklärung zum Bestandteil ihrer Arbeitsverträge zu machen.

*"Ich erkläre, daß die von Helmar K , Gerd S und Dr. Jürgen T am 29. Februar 1996 unterschriebenen Vereinbarungen "Rahmenvereinbarung zur Vermeidung von Entlassungen" für mich nicht nur als Betriebsvereinbarung, sondern auch ganz persönlich für mich als Inhalt meines persönlichen Arbeitsvertrages gelten sollen. Die sich daraus ergebenden Änderungen meines Arbeitsvertrages kenne ich aufgrund der ausführlichen Erläuterungen durch die Geschäftsführung, Mitarbeiter der Personalabteilung und Mitglieder des Betriebsrats.
..."*

Ähnliche Aufforderungen wurden mehrmals wiederholt bis letztlich 98,5% der Arbeitnehmer der Änderung ihrer Arbeitsverträge zugestimmt hatten. Im Anschluß wurde eine weitere Regelungsabrede zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber mit folgendem Inhalt geschlossen:

*"1. Die Betriebsvereinbarung und die vereinbarten Vertragsergänzungen treten am 1. Juni 1996 in Kraft ...
..."*

3. Aus Respekt vor ihrer abweichenden Meinung wird die Betriebsvereinbarung vom 29. Februar 1996 mit ihren Rechten und Pflichten nicht angewendet auf Mitarbeiter der B Druck GmbH O sowie des Papierlagers und der Altpapierverwertung, die keine Vertragsergänzungen mit den Inhalten der Betriebsvereinbarung abgeschlossen haben. Für sie wird hiermit unter entsprechender Anwendung des am 19. April 1996 zwischen dem Bundesverband Druck und der IG Medien abgeschlossenen Tarifvertrags eine Arbeitszeitverkürzung auf 30 Stunden pro Woche ohne Lohnausgleich vereinbart. Sie sind grundsätzlich von Überstunden befreit. ..."