



Konzentarvertrag (Teil I)

Von Prof. Dr. Volker Rieble, München

Teil I:

- I. Bedarf nach konzernweit geltenden Tarifverträgen
 1. Konzernweite Arbeitsbedingungen
 2. Mitbestimmungstarifverträge im Konzern
- II. Tarifpartei auf Arbeitgeberseite
 1. Kein »Konzentarvertrag« des »Konzernarbeitgebers«
 - a) Keine Tariffähigkeit
 - b) Kein Rückschluss aus der Konzernbetriebsvereinbarung
 - c) Konzernweit geltender Tarifvertrag
 2. Verbandstarife
 - a) Firmen- und konzernspezifische Tarifverträge des Flächen-Arbeitgeberverbandes
 - b) Eigener Konzernarbeitgeberverband
 - c) Vor- und Nachteile
 3. Haustarifverträge
 - a) Einzelhaustarif
 - b) Parallele (mehrgliedrige) Haustarife der betroffenen Konzernunternehmen
 - c) Erstreckung durch Anschlussarifverträge
 4. Konzernarifgemeinschaft als Hybridlösung

Teil II:

- III. Tarifzuständigkeit als Zentralproblem
 1. Grundsatz
 2. Konzerndimensionalität der Gewerkschaftszuständigkeit?
 - a) Ursprung: betriebs- und unternehmensbezogene Tarifzuständigkeit
 - b) Reaktion durch Besitzstandswahrung
 - c) Bewertung
 - d) Nur Besitzstandsschutz – keine Konzernzuständigkeit
 - e) Überwindung durch Einbindung konkurrierender Gewerkschaften?
 3. Auf Arbeitgeberseite
- IV. Folgeprobleme
 1. Geltungsfragen
 - a) Tarifkonkurrenz zum Flächentarif
 - b) Insbesondere im Nachwirkungszeitraum
 - c) Tarifgeltungserstreckung durch Bezugnahme
 - (1) Im Arbeitsvertrag
 - (2) In der Betriebsvereinbarung
 - d) Flucht aus dem konzernbezogenen Tarifvertrag
 2. Gleichheitskontrolle der Abweichung vom Flächentarif
 3. Konzernarbeitskampf?

a) Friedenspflicht und Flächentarifbindung

b) Konzernstreik?

4. Mitgliedspflichten im Arbeitgeberverband

V. Schuldrechtliche Konzentarverträge

VI. Zusammenfassung

Die zunehmende Erosion der Flächentarifverträge führt zu abweichenden unternehmensspezifischen Tarifregelungen. Während kleinere Unternehmen mit dem Haustarifvertrag zwischen Gewerkschaft und Arbeitgeber praktikable Ergebnisse erzielen, sind Konzerne daran interessiert, eine Tarifregelung zu vereinbaren, die über die einzelne Konzerngesellschaft hinausreicht. Den »Konzentarvertrag« als solchen gibt es nicht, wohl aber rechtlich diffizile Konstruktionen, die das gewünschte Ergebnis hervorbringen: konzerneinheitliche oder spartenbezogene Regelung von Arbeitsbedingungen. Tarifvertragsrecht ist kompliziert und im Konzern erst recht.

Der »Konzentarvertrag« ist eine in Rechtsprechung und Literatur vernachlässigte Größe. Er kommt vor – weil er von der Praxis gebraucht wird. Seine unterschiedlichen rechtlichen Erscheinungsformen harren einer Analyse.

I. Bedarf nach konzernweit geltenden Tarifverträgen

1. Konzernweite Arbeitsbedingungen

Große Konzerne sind mit ihren Unternehmen in aller Regel Mitglied in den Arbeitgeberverbänden und deswegen an die Flächentarife gebunden. Gleichwohl gibt es ein starkes Bedürfnis nach der Regelung konzernspezifischer Arbeitsbedingungen durch Tarifvertrag. Das kann Regelungsgegenstände betreffen, die – wie eine konzernweite Altersversorgung, auch durch Entgeltumwandlung – auch durch Konzernbetriebsvereinbarung geregelt werden können. Gelegentlich geht es aber gerade um spezifische Tarifinhalte, insbesondere bei Tarifverträgen zur Standortsicherung.

Insofern geht es weniger um konzerneinheitliche Tarifbedingungen, die von Großunternehmen als nachteilig abgelehnt werden, weil mit einem solchen Konzerntarif die überdurchschnittliche Leistungskraft des Konzerns abgeschöpft würde. In Rede steht vielmehr die Regelung konzernspezifischer Fragen, vor allem für einzelne Sparten – insbesondere Hilfs- und Nebenfunktionen (Logistik, Bildungszentren, sonstige Konzerndienstleister) –, die verhindern kann, dass diese Funktionen ausgegliedert und mit Blick auf die Wettbewerbsbedingungen abgesenkten Tarifverträgen zugeführt werden. Für einen solchen **Konzernspartentarifvertrag** besteht dann ein spezifisches Bedürfnis, wenn der Tarifvertrag in mehr als einem Unternehmen der Gruppe gelten soll. Hinzu kommen die Fälle, in denen der Konzern Standorte in unterschiedlichen Flächentarifgebieten hat und – mit Blick auf den konzerninternen Wettbewerb, aber auch den Personalaustausch – die Tarifbedingungen an unterschiedlichen Standorten vereinheitlichen will. So kann es sinnvoll sein, Vertriebsgesellschaften auf ein einheitliches Tarifniveau zu bringen, damit nicht die Vertriebszentrale in das »billigste« deutsche Tarifgebiet verlagert wird.

Gerade diejenigen Gewerkschaften, deren Tarifhoheit von solchen Absatzbewegungen bedroht wird, haben in ihren Satzungen eine teils spezifisch konzernbezogene Tarifzuständigkeit vorgesehen (näher unten III.2.b). Weil konzernbezogene Dienstleistungstarife durch Tarifabsenkung den wettbewerblichen Kostendruck mindern und die vorhandene Organisationsstruktur auf Konzernseite wie auf Gewerkschaftsseite stabilisieren, sind win-win-Situationen denkbar, die freilich auf eine saubere rechtliche Konstruktion der tariflichen Lösung angewiesen sind.

Auch gibt es Unternehmensgruppen – wie die Luft-hansa mit ihren Töchtern oder die Deutsche Bahn AG –, die keinem allgemeinen Arbeitgeberverband angehören und deswegen von vornherein darauf angewiesen sind, mit tariflichen Bordmitteln zu arbeiten. Hier fungieren Konzerntarifstrukturen als umfassender Ersatz für Flächentarifverträge.

2. Mitbestimmungstarifverträge im Konzern

Neben den konzernweiten Tarifverträgen über Arbeitsbedingungen fallen jene Fragen ins Auge, für die das Betriebsverfassungsgesetz eine Tarifregelung im Konzern verlangt.

An erster Stelle zu nennen sind die **Betriebsstruktur-tarifverträge** nach § 3 Abs. 1 BetrVG, sofern die gewünschte Betriebs(rats)struktur sich auf den Konzern bezieht, also eine **unternehmensübergreifende Tarifregelung** verlangt: Das betrifft die Spartenbetriebsverfassung im Konzern nach Nr. 2 der Vorschrift und die gewillkürte Arbeitnehmervertretungsstruktur nach Nr. 3, die gerade auch auf die Konzernorganisation ausgerichtet werden kann.¹ Ergänzend kommen betriebsrätliche Arbeitsgemeinschaften im Konzern (Nr. 4) in Betracht. Wenig praktisch sind dagegen zusätzliche Arbeitnehmervertretungen nach Nr. 5.

Daneben lässt das BetrVG eine Reihe von Organisationsänderungen durch Tarifvertrag zu, die auch den

Konzernbetriebsrat betreffen können und damit einen im Konzern geltenden Tarifvertrag voraussetzen:

- Regelung der Zahl der Mitglieder des Konzernbetriebsrats (§ 55 Abs. 4 Satz 1 BetrVG) und des Stimmengewichts der Konzernbetriebsratsmitglieder aus Gemeinschaftsbetrieben (§§ 55 Abs. 4 Satz 2, 47 Abs. 9 BetrVG) sowie der Mitgliederzahl der Konzern-Jugend- und Auszubildendenvertretung (§§ 73a Abs. 4, 72 Abs. 4 BetrVG);
- Ersetzung der Einigungsstelle durch eine tarifliche Schlichtungsstelle (§ 76 Abs. 8 BetrVG) – soweit dies Mitbestimmungsverfahren auf Konzernebene betreffen soll.

Allerdings lassen sich solche Regeln – anders als Betriebsstrukturtarifverträge wegen des Tarifvorbehalts in § 3 Abs. 2 BetrVG – leicht auch durch Konzernbetriebsvereinbarung treffen. Die Fälle des ersten Blickpunktes sind schon im BetrVG der Konzernbetriebsvereinbarung eröffnet; eine »tarifliche« Schlichtungsstelle kann die Konzernbetriebsvereinbarung naturgemäß nicht schaffen, wohl aber eine konzernspezifische Einigungsstelle, § 76 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 BetrVG.

Nur zu erinnern ist daran, dass die Unternehmensmitbestimmung insgesamt und damit auch auf der Konzernebene nach h.M. nicht tariflich regelbar ist.²

II. Tarifpartei auf Arbeitgeberseite

1. Kein »Konzerntarifvertrag« des »Konzernarbeitgebers«

a) Keine Tariffähigkeit

Den »Konzerntarifvertrag« gibt es im deutschen Recht nicht. Denn »der Konzern« ist als solcher weder allge-

1 Zu Betriebsstrukturtarifverträgen *Friese*, Tarifverträge nach § 3 BetrVG im System des geltenden Tarif- und Arbeitskampfrechts, ZfA 2003, 237 ff.; *Giesen*, Betriebsersetzung durch Tarifvertrag?, BB 2002, 1480 ff.; *ders.*, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb (2002); *Hohenstatt/Dzida*, Die »maßgeschneiderte« Betriebsverfassung, DB 2001, 2498 ff.; *Kort*, Betriebsverfassungsrecht als Unternehmensrecht? – Das Verhältnis von § 3 BetrVG n.F. zum Gesellschaftsrecht, AG 2001, 13 ff.; *Rolf*, Unternehmensübergreifende Betriebsratsstruktur nach § 3 BetrVG (2004); *Thüsing*, Vereinbarte Betriebsratsstrukturen, ZIP 2003, 693 ff.; schon vor In-Kraft-Treten des neuen § 3 BetrVG *Reichold*, Betriebsverfassung ohne »Betrieb«, NZA 1999, 561 ff.; *Spinner*, Die vereinbarte Betriebsverfassung (2000), S. 114 ff.; *Wißmann*, Tarifvertragliche Gestaltung der betriebsverfassungsrechtlichen Organisation (2000).

2 Hierzu eingehend *Schöpfe*, Gewillkürte Unternehmensmitbestimmung (2003), S. 220 ff.; weiter *Beuthien*, Unternehmerische Mitbestimmung kraft Tarif- oder Betriebsautonomie?, ZfA 1983, 141, 151 ff.; *Biedenkopf*, Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbezugnis der Tarifvertragsparteien, Gutachten zum 46. Deutschen Juristentag [1966], G 156 ff.; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I (1997), S. 370 f.; *Konzen*, Paritätische Mitbestimmung im Montanbereich, Die AG 1983, 289 ff.; *Rüthers*, Tarifmacht und Mitbestimmung in der Presse (1975), S. 33 ff.; *Säcker/Oetker*, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie (1992), S. 133 ff.; *Wiedemann*, Unternehmensautonomie und Tarifvertrag, RdA 1986, 231 ff.

mein rechtsfähig oder gar rechtsgeschäftsfähig noch tariffähig i.S.v. § 2 Abs. 1 TVG.³ Das heißt: Der Konzern als solcher kann nicht Mitglied eines Arbeitgeberverbandes sein, weil ihm die Fähigkeit zur Mitgliedschaft fehlt. Er kann auch nicht selbst für die Arbeitnehmer im Konzern Haustarife abschließen, weil es ihm an Tariffähigkeit mangelt. Die Tariffähigkeit ist als »besondere Geschäftsfähigkeit«⁴ Voraussetzung für den Abschluss von Tarifverträgen, die die Arbeitsbedingungen der betroffenen Arbeitnehmer normativ regeln können. Tariffähig sind nach § 2 Abs. 1 TVG auf Arbeitgeberseite nur der (tariffähige) Arbeitgeberverband und der einzelne Arbeitgeber.⁵ Arbeitgeber im tarifrechtlichen Sinne ist grundsätzlich der Vertragsarbeitgeber, also diejenige natürliche oder juristische Person, die Partei des Arbeitsvertrages ist. Jede Konzerngesellschaft kann also als Arbeitgeber solche Haustarifverträge abschließen – aber stets nur für die eigenen Arbeitnehmer. Die Konzernmutter ist ihrerseits nicht Arbeitgeber der von den Töchtern beschäftigten Arbeitnehmer. Sie kann also selbst zwar Haustarifverträge abschließen, aber nur für die eigenen Arbeitnehmer und nicht für diejenigen der Tochterunternehmen. Und sie kann Mitglied eines Arbeitgeberverbandes sein, was aber die Geltung des Verbandstarifs nur für die eigenen Arbeitnehmer legitimiert.

Damit die Konzernobergesellschaft in eigenem Namen und kraft eigenen Rechts Tarifverträge mit tarifrechtlicher Wirkung für die Töchter abschließen oder durch eine Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband die Geltung der Verbandstarife auch für die Töchter bewirken kann, bedürfte es einer spezifischen tarifrechtlichen Regelungsermächtigung. Das TVG sieht eine solche aber nur für den Arbeitgeberverband vor, der Tarifverträge mit Wirkung für seine Mitglieder abschließen kann, und für Spitzenverbände, die nach § 2 Abs. 3 TVG in eigenem Namen Tarifverträge für die Mitgliedsverbände und deren Mitglieder abschließen können. Unberührt bleibt der Weg, das herrschende Unternehmen oder – praktikabler – deren Personalvorstand zum Abschluss von Haustarifverträgen der Töchter zu bevollmächtigen (unten II.3.a).

b) Kein Rückschluss aus der Konzernbetriebsvereinbarung

Eine konzernbezogene kollektivvertragliche Regelungsermächtigung kennt nur das Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG). Der Konzernbetriebsrat, der im Unterordnungskonzern des § 18 Abs. 1 AktG, auf den § 54 Abs. 1 Satz 1 BetrVG verweist, beim herrschenden Unternehmen gebildet werden kann, hat im Rahmen seiner konzernbezogenen Zuständigkeit alle Rechte eines Betriebsrats (§ 59 BetrVG) und kann deswegen auch Konzernbetriebsvereinbarungen abschließen, die dann nach herrschender Meinung auch in den Tochter- und Enkelgesellschaften für deren Arbeitnehmer gelten. Hier ist also die Muttergesellschaft auf Grund ihrer beherrschenden Stellung kraft Gesetzes berechtigt, mit Wirkung für »den Konzern«, also nicht nur für sich selbst, sondern auch für die beherrschten Gesellschaften zu handeln. Das Betriebsverfassungsrecht schafft nach diesem Ver-

ständnis einen besonderen einheitlichen »Konzernarbeitgeber«⁶ – den es sonst nicht gibt, weil sowohl das Gesellschafts- und Zivilrecht, aber gerade auch das Individualarbeitsrecht und das Tarifrecht auf den Vertragsarbeitgeber, also die jeweilige Rechtsperson, den Rechtsträger abstellen.

Dogmatisch ist diese Rechtsmacht der Konzernmutter fragwürdig, weil die faktische Beherrschungsmöglichkeit zur rechtlichen Verpflichtungsermächtigung gerinnt. Aus Leitungsmacht wird unmittelbare Regelungsbefugnis. Die Intensität der Beherrschung wird so zu Lasten der beherrschten Unternehmen noch gesteigert – um der Arbeitnehmerseite einen vertragsfähigen Ansprechpartner auf Konzernebene zu verschaffen. Fragwürdig ist dies auch deswegen, weil der Impuls, eine betriebsverfassungsrechtliche Angelegenheit (Sondervergütungen, betriebliche Altersversorgung) auf Konzernebene zu regeln, gerade vom Konzernbetriebsrat ausgehen kann, auch wenn die Konzernleitung den beherrschten Unternehmen die Gestaltungsfreiheit belassen möchte. Deswegen ist die Regelungsbefugnis zur Konzernbetriebsvereinbarung auf Arbeitgeberseite bis heute dogmatisch nicht recht geklärt; ein Teil der Literatur hält diese Verstärkung für sinnwidrig und will der Konzernbetriebsvereinbarung die normative, also unmittelbare Wirkung gegenüber den beherrschten Unternehmen absprechen und durch eine dogmatisch saubere schuldrechtliche Einwirkungspflicht des herrschenden Unternehmens auf die Töchter ersetzen.⁷

3 Allgemeine Meinung Löwisch/Rieble, TVG, 2. Aufl. (2004), § 2 Rn. 147; Windbichler, Arbeitsrecht im Konzern (1989), S. 461 ff.; Kempen/Zachert, TVG, 3. Aufl. (1997), § 2 Rn. 74; Wiedemann/Oetker, TVG, 6. Aufl. (1999), § 2 Rn. 105 ff.; Konzen, Arbeitnehmerschutz im Konzern, RdA 1984, 66, 78; Junker, Internationales Arbeitsrecht im Konzern (1992), S. 454 ff.; ErFK/Schaub, 5. Aufl. (2005), § 2 TVG Rn. 24; undeutlich Däubler/Peter, TVG, 1. Aufl. (2003), § 2 Rn. 92.

4 Dazu Rieble, Relativität der Tariffähigkeit, FS Wiedemann (2002), S. 519, 523 ff.

5 Daneben sind kraft gesetzlicher Verleihung die Handwerksinnungen als Körperschaften des öffentlichen Rechts und die Innungsverbände als juristische Personen des Privatrechts tariffähig, §§ 54 Abs. 3 Nr. 1, 82 Satz 1 Nr. 3, 85 Abs. 2 i.V.m. 82 Nr. 3 HandwO.

6 GK-BetrVG/Kreutz, 7. Aufl. (2002), § 58 Rn. 10 ff. Hiergegen vor allem Wiedemann, Die Unternehmensgruppe im Privatrecht (1988), S. 124 f.

7 Dazu BAG vom 12. 11. 1997 – 7 ABR 78/96 – NZA 1998, 497 = EzA § 58 BetrVG 1972 Nr. 2 = AP Nr. 2 zu § 58 BetrVG 1972; BAG vom 22. 1. 2002 – 3 AZR 554/00 – NZA 2002, 1224 = EzA § 77 BetrVG 1972 Ruhestand Nr. 2 = AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972 Betriebsvereinbarung; Bachner, Die Rechtsetzungsmacht der Betriebsparteien durch Konzernbetriebsvereinbarung NZA 1995, 256; Oetker, Konzernbetriebsrat und Unternehmensbegriff, ZfA 1986, 177 ff.; Hanau, Fragen der Mitbestimmung und Betriebsverfassung im Konzern, ZGR 1984, 468 ff.; GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 6), § 58 Rn. 13 f.; Konzen, Errichtung und Kompetenzen des Konzernbetriebsrats, FS Wiese (1998), S. 199 ff.; Richardi, BetrVG, 9. Aufl. (2004), § 58 Rn. 40 ff.; Windbichler (Fn. 3), S. 358 ff. Eingehend Schwald, Die Legitimation der Konzernbetriebsverfassung (2005), S. 41 ff.

Für die tarifliche Regelung von betriebsverfassungsrechtlichen Fragen hat der betriebsverfassungsrechtliche »Konzernarbeitgeber« keine Bedeutung: Das BetrVG strahlt nicht in das Tarifrecht ein und kann dem Konzern keine spezielle Konzerntarifmacht verleihen.⁸ Dafür bedürfte es einer Änderung des TVG – so wie in Frankreich, das den Konzerntarifvertrag kennt.⁹ Gesellschaftsrechtlich wäre dies überaus bedenklich, weil die tarifschließende Gewerkschaft das herrschende Unternehmen dann mit dem Konzernstreik zwingen könnte, tarifliche Arbeitsbedingungen für die beherrschten Unternehmen festzulegen – auch wenn dieses die Leitungsmacht insofern gar nicht ausüben will. Die Konzernleitungsmacht wäre dem Sozialpartnerzugriff ausgeliefert.

Soweit das BetrVG eine tarifliche Modifikation der Betriebsverfassung vorsieht, setzt es nur einen konzern einheitlich geltenden Tarifvertrag voraus – und keinen Konzerntarifvertrag. Die funktionale Teilrechtsfähigkeit der Konzernspitze als Konzernarbeitgeber ist notwendig auf das Betriebsverfassungsrecht beschränkt, nicht anders als die funktionale Teilrechtsfähigkeit des Betriebsrats. Das belegt das Prozessrecht: Das Beschlussverfahren verschafft den Trägern betriebsverfassungsrechtlicher Rechte die Beteiligtenfähigkeit – im kontradiktorischen Urteilsverfahren bleibt ihnen die Parteifähigkeit versagt.

Das ist der wesentliche Unterschied zum Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Unternehmen (jetzt § 1 Abs. 2 BetrVG). Da der Gemeinschaftsbetrieb eine Führungsvereinbarung der Arbeitgeber voraussetzt, sind die beteiligten Rechtsträger in einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts verbunden. Damit sind sie nicht nur als spezieller betriebsverfassungsrechtlicher Arbeitgeber im Rechtskreis der Betriebsverfassung handlungsfähig, sondern kraft der Teilrechtsfähigkeit der GbR auch im Tarifrecht. Die beteiligten Unternehmen können also als GbR Haustarife abschließen oder einem Arbeitgeberverband angehören und so die für den einheitlichen Betrieb erforderliche einheitliche Tarifgeltung herstellen.¹⁰

c) Konzernweit geltender Tarifvertrag

Mithin kommen für konzernweite Tarifregelungen – also solche, die in mehreren Unternehmen der Gruppe mit gleichem Inhalt gelten – nur die herkömmlichen tariflichen Regelungsinstrumente in Betracht: Der Verbandstarif, der von einem Arbeitgeberverband als Tarifträger abgeschlossen wird, und der Haustarifvertrag, den das einzelne Konzernunternehmen als Arbeitgeber kraft seiner gesetzlich vorgegebenen Tariffähigkeit abschließen kann. Auf Arbeitnehmerseite muss der Tarifvertrag stets von einer tariffähigen und -zuständigen (noch III.) Gewerkschaft abgeschlossen sein.

Auf die Frage eines internationalen oder doch europäischen Tarifvertrags im multinationalen Konzern will ich hier nicht eingehen; hierzu bedürfte es einer transnationalen Tarifrechtsordnung. Diese fehlt. Deswegen bleiben nur Paralleltarifverträge nach den nationalen Tarifrechtsordnungen.¹¹

Soweit das BetrVG konzernbetriebsverfassungsrechtliche Fragen der Tarifregelung öffnet, setzt das also eine

parallele Bindung aller (!) betroffenen Konzerngesellschaften an einen Haus- oder Verbandstarif voraus. Weil der Konzernbetriebsrat inzwischen auch für betriebsratslose Betriebe und Unternehmen zuständig ist (§ 58 Abs. 1 Satz 1, 2. Hs. BetrVG), dürfen solche betriebsratslosen Einheiten nicht »vergessen« werden. Fehlt auch nur die Tarifbindung einer Konzerngesellschaft, dann läuft die Tarifgeltung in den anderen Konzerngesellschaften ins Leere: Betriebsverfassungsrechtliche Normen im Konzern müssen notwendig konzern einheitlich gelten – weil die Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats nach § 58 Abs. 1 BetrVG gerade von der erforderlichen konzern einheitlichen Regelung abhängt. Eine gesonderte Betriebsverfassung nur für einen Konzernteil widerspricht elementaren betriebsverfassungsrechtlichen Organisationsgrundsätzen.

Bei materiellen Arbeitsbedingungen hingegen ist es unschädlich, wenn nur einige Unternehmen tarifgebunden sind und andere nicht. Dann gelten die Arbeitsbedingungen (konzernweite Altersversorgung, Qualifizierungsregeln, Regeln für die Konzernabordnung, auch ins Ausland) tarifrechtlich nur in den tarifgebundenen Unternehmen.

2. Verbandstarife

a) Firmen- und konzernspezifische Tarifverträge des Flächen-Arbeitgeberverbandes

Leitbild des TVG ist der Flächentarifvertrag. Vielfach sind deutsche Konzernunternehmen bereits tarifgebunden, oft sogar durch Mehrfachmitgliedschaften in allen regionalen Arbeitgeberverbänden.

Eine konzernspezifische Tarifregelung lässt sich deswegen leicht durch einen unternehmens- oder konzernbezogenen Tarifvertrag gerade des tarifschließenden Arbeitgeberverbandes mit derselben Gewerkschaft erzeugen. So wie einzelne Konzernunternehmen schon heute Standortsicherungstarife mit dem Verband als Tarifpartei erreichen (etwa Siemens AG für die Standorte Kamp-

8 H.M. Windbichler (Fn. 3), S. 461 ff.; Löwisch/Rieble (Fn. 3), § 2 Rn. 147; Wiedemann/Oetker (Fn. 3), § 2 Rn. 105 ff.; Thüsing, Vereinbarte Betriebsratsstrukturen, ZIP 2003, 693, 698; im Prinzip auch Hohenstatt/Dzida, Die »maßgeschneiderte« Betriebsverfassung, DB 2001, 2498, 2500 f.; anders für Tarifverträge nach § 3 Abs. 1 BetrVG: Hanau/Wackerbarth, Der Konzernrat nach § 3 BetrVG n.F., FS Ulmer (2003), S. 1303, 1309 f.

9 Zumfelde, Majoritätsprinzip und Umkehrung der Normenhierarchie – zur umstrittenen Reform des französischen Tarifvertragssystems, NZA 2004, 836, 837 f.

10 Dazu Windbichler (Fn. 3), S. 447; Löwisch/Rieble (Fn. 3), § 1 Rn. 31, § 2 Rn. 139, § 3 Rn. 19, 102; Wiedemann/Oetker (Fn. 3), § 3 Rn. 131; a.A. Gamillscheg (Fn. 2), S. 717 ohne Begründung; falsch Däubler/Deinert (Fn. 3), § 4 Rn. 263, der offenbar die Betriebsnormen des Tarifvertrags in getrennten Teilbetrieben anwenden will, was sich mit der notwendig betriebs einheitlichen Geltung nicht verträgt.

11 Allgemein Löwisch/Rieble (Fn. 3) Grundl. Rn. 90 ff., 106 ff. m.w.N.; für den internationalen Konzerntarifvertrag Junker (Fn. 3), S. 445 ff.; Hergenröder, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, ZfA 1999, 35, 42 f.

Lintfort und Bocholt, DaimlerChrysler für den Standort Sindelfingen), so könnten auch unternehmensübergreifend Regelungen für alle oder einige Konzernunternehmen oder für bestimmte Geschäftsbereiche (Sparten) im Konzern festgelegt werden. In der Praxis werden dabei die Verhandlungen nahezu stets von den Unternehmen selbst geführt; lediglich die Tarifrundung wird auf Verbandsebene vollzogen (»Notarfunktion«). So ist im Januar 2005 für rund 27 000 Beschäftigte von 36 Siemens-Vertriebsgesellschaften ein Eckpunkte-Papier in Vorbereitung eines Tarifvertrags über Arbeitszeit und Beschäftigungssicherung zu Stande gekommen. Tarifparteien sind die IG Metall und alle betroffenen Metallarbeitgeberverbände – vertreten durch den bayerischen. Damit ein solcher Verbandstarifvertrag tarifrechtlich gelten kann, müssen alle betroffenen Konzernunternehmen tarifgebundene Mitglieder der tarifschließenden Arbeitgeberverbände sein. Problem ist dabei deren Tarifzuständigkeit (unten III.3).

Von der Wirkung her ähnelt ein solcher unternehmensbezogener Verbandstarifvertrag dem Haustarifvertrag: Beide sind in der Geltung beschränkt – auf ein (oder mehrere) Unternehmen oder Teile davon. Der entscheidende Unterschied liegt in der Vertragsparteienstellung auf Arbeitgeberseite: Beim Verbandstarifvertrag ist es der Verband, ansonsten das oder die Unternehmen. Mit der Stellung als Vertragspartei ist die Vertragsherrschaft verbunden: Nur die Vertragspartei kann aktiv kündigen¹² und Kündigungserklärungen der Gewerkschaft entgegennehmen. Nur die Vertragspartei kann Aufhebungs- und Änderungsverträge zum Tarifvertrag abschließen. Schließlich ist nur die Tarifpartei befugt, im Wege der tarifrechtlichen Verbandsklage nach § 9 TVG Gültigkeit oder Inhalt des Tarifvertrages klären zu lassen.

b) Eigener Konzernarbeitgeberverband

Für solche Konzerne, die in keinen Branchenverband passen (wie die Lufthansa oder die Bahn), oder jene, die nicht darauf angewiesen sein wollen, dass der Flächenverband die konzernbezogene Tarifpolitik mitgeht (etwa mit Blick darauf, dass andere Verbandsmitglieder sich benachteiligt fühlen könnten), besteht die Möglichkeit, einen tariffähigen eigenen Konzernarbeitgeberverband zu errichten. So verfahren die Lufthansa (Arbeitsrechtliche Vereinigung Hamburg) und die Deutsche Bahn (Arbeitgeberverband der Mobilitäts- und Verkehrsdienstleister, MoVe), aber auch die Metro-Gruppe (Unternehmervereinigung für Arbeitsbedingungen im Handel und Dienstleistungsgewerbe, AHD).

Um einen rechtsfähigen Verein, der typischerweise als Rechtsform für Arbeitgeberverbände gewählt wird, zu gründen, braucht es nur sieben Gründungsmitglieder, § 56 BGB. Freilich ist es nicht erforderlich, dass alle Gründungsmitglieder Konzernunternehmen sind. Die Mindestanzahl ist nur vereinsrechtliche Vorgabe. Das Tarifrecht lässt es ohne Weiteres zu, dass ein Tarifverband Mitglieder hat, für die keine Tarifbindung besteht¹³, etwa natürliche Personen. Arbeitnehmer von Konzerngesellschaften dürfen sich an der Gründung des Konzernarbeit-

geberverbandes nicht beteiligen; das verletzt das Gebot der Gegnerfreiheit.¹⁴ Die im Vereinsrecht herrschende Meinung will herrschende und beherrschte Gründer nicht gesondert zählen.¹⁵ Das würde die Gründung eines rechtsfähigen Konzernarbeitgebervereins erschweren. Jene Meinung ist zweifelhaft schon mit Blick auf die Vereinigungsfreiheit des Art. 9 Abs. 1 GG, weil sie den beherrschten Unternehmen den autonomen Zusammenschluss zum rechtsfähigen Verein auch dann erschwert, wenn (oder: soweit) die Leitungsmacht nicht ausgeübt wird, die Unternehmen also selbstständig agieren. Für die Koalitionsfreiheit ist zu beachten, dass das herrschende Unternehmen gerade keine Möglichkeit hat, die beherrschten Unternehmen unmittelbar durch Tarifvertrag zu verpflichten (eben 1). Deswegen kann jene Auffassung – trotz der Möglichkeit der herrschenden Gesellschaft, die beherrschten Unternehmen zur Gründung anzuleiten – richtigerweise den Zusammenschluss zu einem Konzern-Arbeitgeberverband nicht erschweren.

Allgemeine Rechtsfähigkeit ist für das Tarifwesen freilich nicht erforderlich. Gewerkschaften sind traditionell als nicht-rechtsfähige Vereine konstituiert (Ausnahme: ver.di – Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft e.V.). Die tarifrechtliche Handlungsfähigkeit folgt – unabhängig von der Rechtsfähigkeit nach BGB – bereits aus § 2 Abs. 1 TVG. Dementsprechend kann sich ein Konzernarbeitgeberverband unproblematisch als nicht-rechtsfähiger Verein konstituieren.

Alternativ ist an die GbR als Rechtsform zu denken. Ein Teil der Literatur spricht ihr zwar die Verbandstariffähigkeit ab, weil ihr die für das Tarifwesen erforderliche Stabilität fehle.¹⁶ Indes: Zur Koalitionsfreiheit rechnet die Organisationsautonomie¹⁷; Einschränkungen derselben müssen sich aus der Funktionsfähigkeit der GbR ergeben. Das Tarifrecht verlangt richtigerweise Leistungsfähigkeit des Tarifverbandes, womit sich in der Tat die permanente Gefahr der Auflösung der GbR durch Kündigung, Tod oder Insolvenz eines Mitgliedes (§§ 723–725, 727 f. BGB) nicht verträge. Doch darf man hieraus nicht auf

12 BAG vom 26. 4. 2000 – 4 AZR 170/99 – AP TVG § 1 Kündigung Nr. 4 = NZA 2000, 1010.

13 OT-Mitglieder, *Löwisch/Rieble* (Fn. 3), § 2 Rn. 34, 88 mit Nachweisen.

14 Zu diesem *Löwisch/Rieble* (Fn. 3), § 2 Rn. 15 ff. mit Nachweisen.

15 OLG Stuttgart vom 4. 5. 1983 – 8 W 442/82 – OLGZ 1983, 307 = Rpfleger 1983, 318 = Justiz 1983, 257; zustimmend OLG Köln vom 16. 3. 1988 – 2 Wx 14/88 – NJW 1989, 173; Staudinger/*Habermann* [1995], § 56 Rn. 2; MünchKommBGB/*Reuter*, 4. Aufl. (2001), § 56 Rn. 3; Soergel/*Hadding* (2000), § 56 Rn. 2: Nach Sinn und Zweck sei nicht formal auf die Anzahl der Gründungsmitglieder, sondern die der beteiligten natürlichen Personen, die den Verein beherrschen, abzustellen. Nur so könnten erforderliche Personenmehrheit und körperschaftliche Organisation des Vereins sichergestellt werden. A.A. AK/*Ott* (1987), § 56 Rn. 1: § 56 BGB stelle allein auf formale, nicht auf strukturelle Kriterien ab.

16 Wiedemann/*Oetker* (Fn. 3), § 2 Rn. 172; auch *Dymke*, Tarifgemeinschaft und mehrgliedriger Tarifvertrag (2003), S. 183.

17 MünchArbR/*Löwisch/Rieble*, 2. Aufl. (2000), § 246 Rn. 22 ff.

die Notwendigkeit einer korporatistischen Rechtsform wie der des Vereines schließen; zur Überwindung dieser Anfälligkeit genügt eine Fortsetzungsklausel im Gesellschaftsvertrag nach § 736 BGB, die den Bestand der GbR unabhängig von der Mitgliedschaft des Einzelnen macht.¹⁸

Die Gründung eines Konzern-Arbeitgeberverbandes wie der Beitritt zu ihm (und der Austritt) sind Akte der Geschäftsführung der jeweiligen Gesellschaft. Zuständig sind also der Geschäftsführer der GmbH oder der Vorstand der AG. Die herrschende Gesellschaft kann ihre Konzernleitungsmacht zu entsprechender Einflussnahme nutzen. Soweit die Satzung von Konzerngesellschaften die Mitgliedschaft in einem Arbeitgeberverband (und: erst recht dessen Gründung) einem Zustimmungserfordernis anderer Organe unterwirft, ist zu unterscheiden: Die Vertretungsmacht des GmbH-Geschäftsführers ist ohnehin nicht beschränkbar, § 37 GmbHG. Zudem kann die Weisung der Gesellschafterversammlung (oder des Alleingeschäftsführers) jedes Zustimmungserfordernis überwinden.¹⁹ In der AG kann ein solches Geschäft zwar an die Zustimmung des Aufsichtsrats gebunden werden, § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG, doch darf hiermit keinesfalls der **mitbestimmte Aufsichtsrat** befasst werden. Das verletzt die Gegnerfreiheit²⁰ als Organisationsprinzip der Tarifverbände.²¹ Deswegen ist entweder die Zustimmungsklausel insgesamt unwirksam oder aber geltungserhaltend dahin zu reduzieren, dass nur die Anteilseigner entscheiden (vgl. § 32 Abs. 1 Satz 2 MitbestG).

Bei der Satzungsgestaltung ist darauf zu achten, dass der Abschluss von Tarifverträgen zu den Aufgaben des Verbandes rechnet (Tarifwilligkeit²²); auch sollte eine Regelung über den Zuständigkeitsbereich getroffen werden (Tarifzuständigkeit). Dabei ist kein Branchenbezug erforderlich. Ein Konzernarbeitgeberverband kann ausschließlich auf die Konzernzugehörigkeit abstellen. In der Praxis werden solche Konzernverbände gelegentlich für gruppenfremde Unternehmen geöffnet.

c) Vor- und Nachteile

Der Verbandstarifvertrag hat ganz allgemein den Vorteil, dass Vertragspartei und tarifgebundener Arbeitgeber auseinanderfallen. Dementsprechend ist für die Erstreckung der Tarifbindung auf neue Konzerngesellschaften nicht die Zustimmung der Gewerkschaft als Vertragspartei erforderlich. Kommt eine Gesellschaft zur Unternehmensgruppe hinzu (vor allem durch Anteilserwerb oder Umstrukturierung), so kann sie dem tarifschließenden Verband beitreten. Durch diese Aufnahme als Rechtsgeschäft nur auf Arbeitgeberseite wird die Tarifgebundenheit als legitimatorische Grundlage der Tarifgeltung ausgelöst. Konkret gelten kann der Tarifvertrag aber nur, wenn das Unternehmen auch in den Geltungsbereich des Tarifvertrages fällt (§ 4 Abs. 1 Satz 1 TVG). Das wiederum setzt voraus, dass der Tarifvertrag in der Geltung nicht auf namentlich genannte Unternehmen beschränkt ist. Ein solcher unternehmensbezogener Verbandstarifvertrag gilt für ein anderes (konzernangehöriges) Unternehmen auch dann nicht, wenn es Verbandsmitglied ist.

Der spezifische Vorteil der Optionswirkung des Verbandstarifvertrages tritt für den »Konzerntarifvertrag« nur ein, wenn dessen Geltungsbereich konzernbezogen – also unternehmensübersteigend – formuliert ist.

Auf der anderen Seite führt die spiegelbildliche Beendigung der Mitgliedschaft nicht zum Ende der Tarifgeltung: § 3 Abs. 3 TVG ordnet vielmehr an, dass in diesem Falle die Tarifverträge weitergelten – bis zu deren Geltungsende.²³ Das heißt: Die Bindungskraft des Verbandstarifs lässt sich durch Beendigung der Mitgliedschaft nicht unterlaufen.

Eine weitere Besonderheit liegt in der Möglichkeit, den Tarifvertrag einseitig durch »gewollte Tarifunfähigkeit« zu Fall zu bringen. Dazu muss der Arbeitgeberverband durch eine Satzungsänderung den Abschluss von Tarifverträgen aus seinen Aufgaben streichen.²⁴ Damit endet der Tarifvertrag – weil die Tarifverantwortung voraussetzt, dass beide Tarifparteien ihre Tarifverantwortung durch Änderung der Tarifverträge wahrnehmen können.²⁵

Alternativ kann sich der Verband auch auflösen, wobei allerdings die Frage auftaucht, ob die Tariffähigkeit schon mit Liquidationsbeschluss oder erst mit deren Vollzug auftritt. Trotz einer vereinzelt gegenläufigen Entscheidung des BAG zur Insolvenz eines Arbeitgeberverbandes²⁶ ist allein das erste richtig²⁷: Liquidationsorgane und der Verwalter sind nicht befugt, mit Wirkung für die Mitglieder tarifrechtliche Entscheidungen zu treffen; hier fehlt jede Legitimation.

18 Nur MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. (2004), § 736 Rn. 5, 8 ff.

19 Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl. (2004), § 37 Rn. 1, 17; Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Band II (2004), S. 294.

20 Zu ihr Löwisch/Rieble (Fn. 3), § 2 Rn. 15 ff. mit Nachweisen.

21 Vgl. Badura/Rittner/Rüthers, Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz (1977), S. 150 ff.; schwächer das Mitbestimmungs-urteil des BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 – BVerfGE 50, 290 = EzA § 7 MitbestG Nr. 1 = AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG = NJW 1979, 699 unter C IV 2; Hüffer, AktG, 6. Aufl. (2004), § 111 Rn. 16 m.w.N.; Raiser, MitbestG, 4. Aufl. (2002), § 32 Rn. 27.

22 Allgemein BAG vom 10.9.1985 – 1 ABR 32/83 – EzA § 2 TVG Nr. 14 = AP Nr. 34 zu § 2 TVG = NZA 1986, 332, und vom 25.11.1986 – 1 ABR 22/85 – EzA § 2 TVG Nr. 17 = AP Nr. 36 zu § 2 TVG = NZA 1987, 492; Löwisch/Rieble (Fn. 3), § 2 Rn. 57.

23 Zu den Einzelheiten Löwisch/Rieble (Fn. 3), § 3 Rn. 81 ff.

24 Löwisch, Gewollte Tarifunfähigkeit im modernen Kollektiv-arbeitsrecht, ZfA 1974, 29 ff.; Löwisch/Rieble (Fn. 3), § 2 Rn. 75.

25 BAG vom 11.11.1970 – 4 AZR 522/69 – AP Nr. 28 zu § 2 TVG für den schuldrechtlichen Teil; BAG vom 15.10.1986 – 4 AZR 289/85 – EzA § 2 TVG Nr. 16 = AP Nr. 4 zu § 3 TVG = NZA 1987, 246, für den normativen Teil; bestätigt durch BAG vom 28.5.1997 – 4 AZR 546/95 – EzA § 4 TVG Nachwirkung Nr. 23 = AP Nr. 26 zu § 4 TVG Nachwirkung mit Anm. Kania = NZA 1998, 40; Löwisch/Rieble (Fn. 3), § 2 Rn. 180.

26 BAG vom 27.6.2000 – 1 ABR 31/99 – EzA § 3 TVG Nr. 18 = AP Nr. 56 zu § 2 TVG = NZA 2001, 334.

27 BAG vom 15.10.1986 – 4 AZR 289/85 – (Fn. 25) und vom 28.5.1997 – 4 AZR 546/95 – (Fn. 25); BAG vom 25.9.1990 – 3 AZR 266/89 – EzA § 10 ArbGG Nr. 4 = AP Nr. 8 zu § 9 TVG = NZA 1991, 314.

Auch wenn das Ende des Verbandes als Tarifpartei den Tarifvertrag in seiner normativen Wirkung beendet, entfällt er nicht ersatzlos. Vielmehr wirkt der Tarifvertrag analog § 4 Abs. 5 TVG nach²⁸, weil die Nachwirkung ein Generalaufgangtatbestand ist, der den ersatzlosen Entfall der Tarifbedingungen verhindert, damit nicht die Arbeitsverhältnisse funktionsunfähig werden.²⁹

3. Haustarifverträge

a) Einzelhaustarif

Solange nur einzelne Konzernunternehmen eine Sonderregelung benötigen, genügt dafür der Haustarifvertrag, den dieses Unternehmen mit der Gewerkschaft schließt. Nach § 2 Abs. 1 TVG ist »der Arbeitgeber« unbeschränkt tariffähig. Praktisch wird das insbesondere dann, wenn die Rechtsträgerstruktur im Konzern an Geschäftsbereichen oder Sparten ausgerichtet ist. Gibt es im Konzern nur eine Vertriebsgesellschaft oder nur eine Service-Einheit, dann lassen sich die Arbeitsbedingungen der dort Beschäftigten durch einen Haustarifvertrag regeln.

Als juristische Person des Privatrechts wird die Konzerngesellschaft bei Haustarifabschlüssen von ihrem nach der Satzung zuständigen Organ vertreten. Tarifabschlüsse sind ein Akt der Geschäftsführung, obliegen also dem Geschäftsführer der GmbH und dem Vorstand der AG. Die Satzung kann freilich eine besondere Zustimmung zum Haustarifabschluss durch ein anderes Organ der Gesellschaft vorsehen, etwa der Gesellschafterversammlung der GmbH oder des Aufsichtsrats der AG (§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG). Dabei ist besonders zu prüfen, ob ein solches Zustimmungsbedürfnis die Vertretungsmacht des Organs beschränken soll (rechtliches Können), oder ob nur die Geschäftsführungsbefugnis betroffen ist (rechtliches Dürfen), weswegen der zustimmungslose Haustarifvertrag gleichwohl wirksam ist. § 37 GmbHG lässt für die GmbH von vornherein keine Beschränkung der Vertretungsmacht zu.

Die Zustimmung darf keinesfalls dem mitbestimmten Aufsichtsrat überantwortet werden, weil damit das Prinzip der Gegnerfreiheit in der tariflichen Auseinandersetzung hintertrieben würde.³⁰ Eine Gewerkschaft darf den Tarifwillen des Arbeitgebers nur von außen durch Verhandlungen und Arbeitskampf beeinflussen, nicht aber von innen durch gesellschaftsrechtliche Zustimmungsvorbehalte. In diesem Fall ist entweder die Zustimmungsklausel unwirksam, weswegen das Geschäfts-führungsorgan ohne die Zustimmung des Aufsichtsrats handeln kann, oder sie ist geltungserhaltend dahin auszulegen, dass nur die Anteilseigner entscheiden (vgl. § 32 Abs. 1 Satz 2 MitbestG).

Die Bezeichnung Haustarifvertrag sagt nur etwas zur formalen Stellung als Vertragspartei. Damit ist nicht gesagt, wer die Tarifinhalte aushandelt. Verhandlungsführer kann zunächst jeder sein – nicht nur das Vertretungsorgan des betroffenen Unternehmens, sondern ebenso ein Organmitglied (Arbeitsdirektor) oder ein beauftragter Unternehmensvertreter, ein Vertreter der Konzernmutter, aber auch eines Arbeitgeberverbandes, selbst ein externer Berater. Da für den Tarifabschluss grundsätzlich die Stell-

vertretungsregeln des BGB gelten³¹, kann dem Verhandlungsführer auch Abschlussvollmacht erteilt werden. Diese Tarifvertretung kann natürlichen, aber auch juristischen Personen überantwortet werden. Insbesondere ist es möglich, dass das herrschende Unternehmen von den beherrschten Unternehmen dauerhaft zum Abschluss von Tarifverträgen ermächtigt wird – oder hierfür eine eigene Konzerngesellschaft, etwa ein Konzernpersonal-dienstleister, beauftragt wird.³² Mit Blick auf die Tarifverantwortung³³ auch des beherrschten Unternehmens sind der Delegation der Tarifmacht via Stellvertretung auch beim Haustarifvertrag Grenzen gezogen³⁴: Vor allem kann die Vollmacht nicht unwiderruflich ausgestaltet werden. Dagegen ist es im Konzern zulässig, dass – soweit die Konzernleitungsmacht reicht – die Obergesellschaft oder eine andere zur Vertretung berufene Gesellschaft ihrerseits frei von Weisungen der von ihr vertretenen Tochter agieren kann. Die Autonomie der beherrschten Gesellschaft muss nicht geschützt werden, wenn die Gesellschaft infolge der Konzernleitungsmacht ohnehin nicht frei entscheiden kann.

Vorsicht ist geboten, wenn der Tarif-Stellvertreter seinerseits tariffähig ist. Dann ist das Fremd- vom Eigengeschäft abzugrenzen. Das betrifft nicht die Vertretung eines Konzernunternehmens durch ein anderes, weil jede Gesellschaft als Arbeitgeber immer nur für die eigenen Arbeitnehmer tariffähig ist, so dass aus den »Umständen« i.S.v. § 164 Abs. 1 Satz 2 BGB folgt, welcher Rechtsträger Tarifpartei sein muss, um die erstrebte Tarifregelung treffen zu können. Praktisch wird das vielmehr dann, wenn ein tariffähiger und -zuständiger Arbeitgeberverband (sei es der allgemeine Branchenverband, sei es aber auch ein spezieller Konzernarbeitgeberverband) »für« das Unternehmen agiert. Ein solches »für« kann als Vertretungshinweis gemeint sein, kann aber ebenso Zeichen der Geltungsbereichsbeschränkung des unternehmensbezogenen Verbandstarifvertrags sein. Lässt sich in solchen Fällen der Wille zur Stellvertretung nicht eindeutig der Tarifurkunde entnehmen, so gilt die Grundregel des § 164 Abs. 2 BGB: Im Zweifel Eigengeschäft.³⁵

28 BAG vom 15. 10. 1986 – 4 AZR 289/85 – und 28. 5. 1997 – 4 AZR 546/95 – (beide Fn. 25).

29 Näher *Löwisch/Rieble* (Fn. 3), § 4 Rn. 409.

30 Zu den durch die Mitbestimmung gefährdeten Rechtsgrundsätzen der Tarifautonomie *Badura/Rittner/Rütters* (Fn. 21), S. 150 ff.; *Löwisch/Rieble* (Fn. 3), Grndl. 20 ff., § 1 Rn. 115; *Kempen/Zachert* (Fn. 3), Grndl. Rn. 139 ff., § 2 Rn. 71; *Däubler/Peter* (Fn. 3), § 2 Rn. 114.

31 BAG vom 12. 2. 1997 – 4 AZR 419/95 – EzA § 2 TVG Nr. 21 = AP Nr. 46 zu § 2 TVG = NZA 1997, 1064; *Löwisch/Rieble* (Fn. 3), § 1 Rn. 481, 485 ff.; *Dymke* (Fn. 16), S. 12.

32 Zu Rechtsfragen um Konzernpersonal-dienstleister *Rieble/Gistel*, Konzernpersonal-dienstleister und Gemeinschaftsbetrieb, NZA 2005, 242 ff.

33 Zu ihr *Löwisch/Rieble* (Fn. 3), § 1 Rn. 167 ff.

34 *Löwisch/Rieble* (Fn. 3), § 1 Rn. 185 ff. für den Verbandstarif.

35 BAG 26. 4. 2000 – 4 AZR 170/99 – EzA § 1 TVG Nr. 42 = AP Nr. 4 zu § 1 TVG Kündigung = NZA 2000, 1010; *Löwisch/Rieble* (Fn. 3), § 1 Rn. 470.

b) Parallele (mehrgliedrige) Haustarife der betroffenen Konzernunternehmen

Besteht dagegen das Regelungsbedürfnis bei allen Konzerngesellschaften (insbesondere bei betriebsverfassungsrechtlichen Regelungen) oder sollen Arbeitsbedingungen unternehmensübergreifend geregelt werden, etwa einheitlich für mehrere oder alle regionalen Vertriebsgesellschaften im Konzern, kann dem durch inhaltsgleiche Haustarifverträge Rechnung getragen werden. Sämtliche für die intendierte Regelung vorgesehenen Unternehmen schließen inhaltsgleiche Tarifverträge.

Das kann in getrennten Tarifurkunden geschehen (Schriftform des § 1 Abs. 2 TVG), aber zweckmäßigerweise auch in einer einheitlichen. Inhaltsgleichheit lässt sich zunächst nur erreichen, wenn die betroffenen Gesellschaften einheitlich verhandeln – insbesondere durch einen gemeinsamen Verhandlungsführer (oder eine Verhandlungskommission). Der Abschluss kann wiederum durch einen gemeinsamen Stellvertreter erfolgen. Eben dies hat das BAG bereits deutlich gesagt: »Ein Tarifvertrag kann als sog. **mehrgliedriger Tarifvertrag** von mehreren auf einer Seite handelnden Tarifvertragsparteien, also auch von mehreren Arbeitgebern, gemeinsam abgeschlossen werden. Dabei können sich diese Unternehmen nach den allgemeinen Regeln des Rechts der Stellvertretung (§§ 164 ff. BGB) durch ein drittes Unternehmen vertreten lassen.«³⁶ Stellvertreter kann auch hier eine Konzerngesellschaft, insbesondere die Obergesellschaft (oder ein Organmitglied derselben), oder eine auf Konzernpersonaldienstleistungen spezialisierte Gesellschaft sein.

Mehrgliedrige Tarifverträge treten in drei Erscheinungsformen auf:

- Die Haustarife sind **rechtlich selbstständig** und lediglich als »loses Bündel« in einer Urkunde zusammengefasst. Dann kann jeder Haustarif isoliert gekündigt, aufgehoben oder abgeändert werden, ohne dass der rechtliche Bestand der übrigen Tarifverträge in Frage gestellt würde.³⁷
- Die Haustarife können aber auch **durch Geschäftseinheit verbunden** sein – wenn eine notwendig einheitliche Regelung gewollt ist: Dann ist der Bestand eines jeden Haustarifvertrages kraft auflösender Bedingung davon abhängig, dass die übrigen unverändert fortbestehen.³⁸ Jede Kündigung oder Vertragsaufhebung, aber auch jede inhaltliche Änderung eines der anderen verbundenen Tarifverträge beendet den Tarifvertrag. Damit liefern sich zwar Arbeitgeber und Gewerkschaft als Tarifparteien des einen Tarifvertrages der Fremdbestimmung durch andere Tarifparteien aus.³⁹ Das ist aber gerechtfertigt, um die bezweckte Einheitlichkeit der Tarifgeltung zu sichern.
- Drittens schließlich können sich die Konzernunternehmen als BGB-Gesellschaft zu einer einheitlichen Tarifpartei zusammenschließen – der sogenannten Tarifgemeinschaft. Darauf ist unter 4. gesondert einzugehen.

Der Kautelarjurist wird im Vorhinein dafür sorgen, dass die Tarifurkunde selbst sagt, welche Form des mehrglied-

rigen Tarifvertrags gemeint ist. Wird – wie so oft – erst im Nachhinein nachgedacht, bleibt nur die Auslegung. In aller Regel wollen selbstständige Tarifparteien sich nicht von anderen Tarifparteien abhängig machen. Deswegen sind – im Sinne der ersten Variante – grundsätzlich selbstständige Tarifverträge gewollt.⁴⁰ Freilich kann sich aus dem Tarifinhalt ergeben, dass die gewollte Regelung notwendig einheitlich erfolgen soll. Das kommt in Betracht insbesondere bei unternehmensübergreifenden Regelungen (etwa zum konzernweiten Personaleinsatz qua Abordnung).

In einem Sonderfall folgt die notwendige Geschäftseinheit unmittelbar aus dem Regelungsgegenstand: Mehrgliedrige Haustarifverträge zur **Regelung betriebsverfassungsrechtlicher Fragen im Konzern** (oben I.2), also unternehmensübergreifende Betriebsstrukturtarifverträge nach § 3 Abs. 1 BetrVG und die Regelung der Zusammensetzung und Mitwirkung des Konzernbetriebsrats, können **überhaupt nur konzerneinheitlich** gelten – weil die Betriebsverfassung in ihrem jeweiligen Einzugsbereich, hier auf Konzernebene, als Repräsentationsordnung einheitlich und unteilbar ist. Deswegen ist in diesem Falle von Rechts wegen die erste Variante ausgeschlossen.⁴¹

c) Erstreckung durch Anschlussstarifverträge

In vielen Fällen wird sich das gemeinsame Verhandeln empfehlen. Notwendig ist das aber nicht. Alternativ ist es auch möglich, in einem Konzernunternehmen einen Pilotabschluss zu vereinbaren, den die übrigen betroffenen Unternehmen dann durch »Anschlussstarifvertrag« übernehmen. Ein solcher Anschlussstarifvertrag verweist auf den Pilotabschluss und macht sich dessen Inhalt zu eigen. Vollkommen unproblematisch ist dabei die **statische Verweisung** auf den konkreten Pilotabschluss. Das Schriftformgebot des § 1 Abs. 2 TVG verlangt keine Urkundenverbindung; ihm ist genügt, wenn die Arbeitsbedingungen, auf die verwiesen wird, eindeutig bezeichnet sind und ihrerseits in Schriftform vorliegen.⁴²

36 BAG vom 10. 11. 1994 – 4 AZR 184/93 – EzA § 4 TVG Einzelhandel Nr. 25 = NZA 1994, 892 = AP Nr. 43 zu § 1 TVG Tarifverträge Einzelhandel; auch schon BAG vom 24. 11. 1993 – 4 AZR 407/92 – EzA § 4 TVG Einzelhandel Nr. 23 = AP Nr. 39 zu § 1 TVG Tarifverträge: Einzelhandel = NZA 1994, 564.

37 Löwisch/Rieble (Fn. 3), § 1 Rn. 473; ErfK/Schaub (Fn. 3), § 1 TVG Rn. 5; Däubler/Reim (Fn. 3), § 1 Rn. 75.

38 Löwisch/Rieble (Fn. 3), § 1 Rn. 474; ErfK/Schaub (Fn. 3), § 1 TVG Rn. 5; Däubler/Reim (Fn. 3), § 1 Rn. 74.

39 Zur Tarifverantwortung Löwisch/Rieble (Fn. 3), § 1 Rn. 169 ff.; ErfK/Schaub (Fn. 3), § 1 TVG Rn. 5.

40 BAG vom 8. 9. 1976 – 4 AZR 359/75 – EzA § 2 TVG Nr. 11 = AP Nr. 5 zu § 1 TVG Form; vom 28. 9. 1977 – 4 AZR 446/76 – EzA § 9 TVG Nr. 2 = AP Nr. 1 zu § 9 TVG 1969; Oetker, Die Kündigung von Tarifverträgen, RdA 1995, 82, 100 f.; Löwisch/Rieble (Fn. 3), § 1 Rn. 473.

41 Dazu Spinner, Mehrgliedrige Haustarifverträge zur Regelung betriebsverfassungsrechtlicher Fragen, ZTR 1999, 546.

42 BAG vom 9. 7. 1980 – 4 AZR 564/78 – EzA § 1 TVG Nr. 13 = AP Nr. 7 zu § 1 TVG Form und vom 20. 10. 1993 – 4 AZR 26/93 – EzA § 4 TVG Bundesbahn Nr. 4 = AP Nr. 10 zu § 1

Soll auf diesem Wege eine **einheitliche Regelung** in allen oder doch bestimmten Konzernunternehmen erreicht werden, muss der Bezugnahmetarifvertrag eine »**Ratifikationsklausel**« enthalten, die als aufschiebende Bedingung sein In-Kraft-Treten davon abhängig macht, dass die Anschlussstarifverträge zustande kommen. Kraft Gesetzes erforderlich ist dies wiederum bei Tarifverträgen über die Betriebsverfassung im Konzern, weil diese nur einheitlich gelten können. Hier sorgt die Ratifikationsklausel dafür, dass der erste Tarifvertrag nicht wegen der unzulässigen Teilregelung endgültig unwirksam ist, sondern gleichsam auf die Folgetarifverträge wartet.

Problematisch ist dagegen die **dynamische Verweisung in Anschlussstarifverträgen**, mit deren Hilfe die Arbeitsbedingungen im Konzern oder Teilbereichen (Sparten) automatisiert am jeweiligen Pilotabschluss ausgerichtet werden. Dann bräuchte nurmehr eine Konzerngesellschaft zu verhandeln – alle anderen folgten dynamisch entsprechend der Verweisungsklausel. Ein Formproblem stellt sich zwar nicht⁴³, doch schränkt das BAG mit Blick auf die Tarifverantwortung die dynamische Verweisung zu Recht ein: Tarifvertragsparteien sind auf eine am Interesse ihrer Mitglieder orientierte Gestaltung der Arbeitsbedingungen verpflichtet. Diese ist nicht gewährleistet, wenn sie auf die Tarifnormen eines anderen Tarifbereiches verweisen, für den die dortigen Tarifvertragsparteien eine eigenständige, an den Interessen ihrer Mitglieder orientierte Regelung getroffen haben.⁴⁴ Das heißt: Die Verweisung selbst muss »sachgerecht« sein, weil die Interessenlagen, die den Regelungen des verweisenden und des verwiesenen Tarifvertrags zu Grunde liegen, einander so ähnlich sind, dass die in Bezug genommene Lösung als vernünftige Lösung auch des Interessenkonflikts der verweisenden Tarifparteien gelten kann (**Gebot des engen Sachzusammenhangs**). Sonst schläge die Verweisung in eine unzulässige Delegation von Tarifmacht um.

Unter diesem Prüfungsmaßstab unproblematisch sind dynamische Verweisungen auf einen von denselben Tarifparteien abgeschlossenen Tarifvertrag. Eine Verweisung innerhalb des eigenen Tarifwerkes der **auf beiden Seiten vollständig identischen Tarifparteien** ist unbedenklich, weil die Tarifparteien die Verweisungsfolgen selbst bedenken.⁴⁵ Indes hilft dies beim Anschlusshaustarifvertrag nicht weiter, denn auf Arbeitgeberseite sind die Haustarifparteien verschieden; die Konzernzugehörigkeit bedeutet in diesem Zusammenhang nichts; sie begründet keine Identität der Arbeitgeber als Tarifparteien, auch wenn die Konzernmutter insofern ihre Leistungsmacht ausüben könnte (aber eben nicht muss).

Als sachgerecht angesehen hat das BAG insbesondere Anschluss- oder Anerkennunghaustarifverträge von Arbeitgebern, mit dem sich diese dem einschlägigen Verbandstarif unterworfen haben, also demjenigen Flächentarifvertrag, der für sie gelten würde, wenn sie Mitglied des tarifschließenden Arbeitgeberverbandes wären.⁴⁶ Dahinter steht der Gedanke, dass der in Bezug genommene Tarifvertrag als **Konfliktlösung repräsentativ** ist. Wann aber lässt sich ein Haustarifvertrag als repräsentative und deswegen sachgerechte Konfliktlösung innerhalb

einer Unternehmensgruppe ansehen? Diese Frage des sachgerechten Verweises eines Tarifvertrags auf einen anderen Tarifvertrag hat das BAG bislang nicht beschäftigt. Hier wird man zweierlei verlangen müssen: Repräsentativität verlangt erstens, dass es sich um gleiche oder verwandte Betriebszwecke handelt: Die Konfliktlösung in einem Produktionsunternehmen kann nicht Vorbild für eine Logistik-GmbH oder ein selbstständiges Forschungszentrum sein. Und zweitens muss die Einheit, auf deren Tarifvertrag verwiesen wird, größer sein als diejenige, die Bezug nimmt.⁴⁷ Eine kleine Einheit von 100 Beschäftigten kann nicht Leitbild für ein Großunternehmen mit 15 000 Arbeitnehmern sein.

Diese Einschränkungen lassen die dynamische Bezugnahme zu einem untauglichen Regelungsinstrument des konzerneinheitlichen Tarifvertrags werden. Die Ausdifferenzierung von Unternehmensorganisationen im Konzern – Spartenorganisation, verselbstständigte Hilfsfunktionen – wird schwerlich zu einem rechtssicheren Urteil des Sachzusammenhangs führen. Insofern ist es die deutlich pragmatischere Lösung, alle Konzernunternehmen in die Verhandlungen einzubinden, sei es durch eine gemeinsame Verhandlungsführung für mehrgliedrige Haustarifverträge, sei es durch einen Konzernarbeitgeberverband.

4. Konzerntarifgemeinschaft als Hybridlösung

Zwischen dem mehrgliedrigen Haustarif und dem Konzernverbandstarif steht der Tarifvertrag einer aus den betroffenen Konzernunternehmen gebildeten Tarifgemeinschaft. Anders als beim mehrgliedrigen Tarifvertrag (selbst wenn dieser zur Geschäftseinheit verbunden ist) verlieren die Konzernunternehmen hier ihre tarifliche Selbstständigkeit. Als GbR können sie den Tarifvertrag nur gemeinschaftlich abschließen, aufheben, kündigen

TVG Tarifverträge: Bundesbahn = NZA 1994, 707; Wiedemann/Wiedemann (Fn. 3), § 1 Rn. 230, 237.

43 Nachweise in Fn. 42.

44 BAG vom 9.7.1980 – 4 AZR 564/78 – (Fn. 42) und vom 10.11.1982 – 4 AZR 1203/79 – EzA § 1 TVG Nr 16 = AP Nr. 8 zu § 1 TVG Form; vom 18.6.1997 – 4 AZR 710/95 – EzA § 1 TVG Fristlose Kündigung Nr. 3 = NZA 1997, 1234 = AP Nr. 2 zu § 1 TVG Kündigung; vom 20.6.2001 – 4 AZR 295/00 – EzA § 613a BGB Nr. 203 = NZA 2002, 517 = AP Nr. 18 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; zustimmend Wiedemann/Wiedemann (Fn. 3), § 1 Rn. 198, der aber die Bezugnahme als Delegation am Maßstab des Art. 80 GG messen will, mit gleichem Ergebnis, Rn. 202 ff.; grundlegend hierzu Baumann, Die Delegation tariflicher Rechtsetzungsbefugnisse [1992], S. 54 ff.; kritisch Gamillscheg (Fn. 2), S. 571 ff., der darin eine unzulässige Tarifizensur sieht. Dem Einwand ist mit einer Einschätzungsprärogative der Tarifparteien zu begegnen.

45 Statt aller Löwisch/Rieble (Fn. 3), § 1 Rn. 177.

46 BAG vom 10.11.1982 – 4 AZR 1203/79 – (Fn. 44); vom 20.6.2001 – 4 AZR 295/00 – (Fn. 44); vom 29.8.2001 – 4 AZR 332/00 – EzA § 613a BGB Nr. 201 = NZA 2002, 513 = AP Nr. 17 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag = RdA 2002, 299 mit krit. Anm. Däubler.

47 Löwisch/Rieble (Fn. 3), § 1 Rn. 179; vgl. auch Kempen/Zachert (Fn. 3), § 1 Rn. 380; Däubler/Reim (Fn. 3), § 1 Rn. 182.

oder abändern. Denn mit der Tarifgemeinschaft schließen sich mehrere tariffähige Parteien zur gemeinsamen Nutzung ihrer Tariffähigkeit zusammen – ohne aber Arbeitgeberverband oder Spitzenorganisation zu sein.⁴⁸ Tariftechnisch heißt das, dass nicht die Tarifgemeinschaft selbst, sondern die einzelnen, ihr angehörenden Arbeitgeber (oder Koalitionen) originäre Parteien des (mehrgliedrigen) Tarifvertrages werden.⁴⁹ Freilich wird der Begriff nicht sauber verwandt. Gelegentlich bezeichnen sich echte Arbeitgeberverbände als Tarifgemeinschaft (insbesondere im Zwei-Verbände-Modell der OT-Mitgliedschaft⁵⁰, aber auch bei Spitzenorganisationen etwa der DGB-Gewerkschaften für die Zeitarbeit). Deswegen ist bei der rechtlichen Einordnung besondere Sorgfalt geboten. Zum originär tariffähigen Arbeitgeberverband ist die Tarifgemeinschaft danach abzugrenzen, ob die Mitglieder ihrer Vereinigung eine eigenständige Tariffähigkeit verleihen wollen – oder aber, ob sie lediglich ihre originäre Tariffähigkeit gemeinsam nutzen wollen.⁵¹ Diese Unterscheidung hat Rechtsfolgen.

- Zuerst für den **Tarifvertragsschluss**: Wegen des Schriftformerfordernisses des § 1 Abs. 2 TVG muss der Tarifvertrag alle Mitglieder der Tarifgemeinschaft aufführen, andernfalls hinge die Stellung als Tarifpartei von Umständen ab, die außerhalb des Tarifvertrages selbst liegen. Soll ein Unternehmen dazustoßen, genügt zur Tarifgeltung nicht – wie beim tariffähigen Arbeitgeberverband – der bloße Beitritt zur Tarifgemeinschaft, das neue Mitglied muss dem Tarifvertrag beitreten, um Partei zu werden.⁵²
- Zum anderen begründet nicht die Mitgliedschaft die **Tarifgebundenheit** nach § 3 Abs. 1 Var. 1 TVG, sondern die Rechtsstellung als Tarifvertragspartei, § 3 Abs. 1 Var. 2 TVG. Weder kann ein Arbeitgeber durch Eintritt in eine Tarifgemeinschaft deren Tarifverträge auf sich beziehen – erforderlich ist vielmehr ein Vertragsbeitritt, an dem die Gewerkschaft mitwirken muss.⁵³ Noch kann man aus der Tarifgemeinschaft austreten, um der Tarifgebundenheit zu entkommen. Als Gesellschaft bürgerlichen Rechts wird sie bei Wegfall eines Mitgliedes aufgelöst und abgewickelt, wobei die Tarifverträge im Zuge der Liquidation gekündigt werden müssen. Haben sich die Mitglieder durch eine Fortsetzungsklausel (oben 2.b: Eigener Konzernarbeitgeberverband) gebunden, hilft der Austritt nicht. Das ehemalige Mitglied bleibt im Verhältnis zur Gewerkschaft Tarifpartei.

- Wesentliches gilt auch für die **Vertragsbindung**. Haben Arbeitgeber durch eine Tarifgemeinschaft einen Tarifvertrag geschlossen, so kann dieser nicht von einem einzelnen Arbeitgeber gekündigt werden – dies geht nur insgesamt, und die Beschlussfassung ist auf Arbeitgeberseite gesellschaftsrechtlich herbeizuführen. Auf der anderen Seite kann die Gegenseite den Tarifvertrag nur einheitlich, gegenüber allen Tarifvertragsparteien kündigen.⁵⁴ Das eben ist der Unterschied zum »normalen« mehrgliedrigen Tarifvertrag; die Tarifgemeinschaft ist eine Einheit, deren Tarifverträge nur als Ganzes geändert oder aufgelöst werden können.⁵⁵

Welche Bindungsintensität die Mitglieder eines Zusammenschlusses von Arbeitgebern wollen – parallele lose mehrgliedrige Tarifverträge, Tarifgemeinschaft oder Arbeitgeberverband –, ist durch Auslegung der Satzung zu ermitteln. Soll die Vereinigung als selbstständige Vertragspartei kraft eigener Tariffähigkeit Tarifverträge abschließen, so handelt es sich um einen Arbeitgeberverband, der die Voraussetzungen der Tariffähigkeit in seiner Person erfüllen muss.⁵⁶

Der Beitrag wird in der nächsten Ausgabe fortgesetzt

48 Löwisch/Rieble (Fn. 3), § 2 Rn. 165 ff.; Dymke (Fn. 16), S. 8 ff.; Meves, Zur rechtlichen Natur des mehrgliedrigen Tarifvertrages, NZfA 1930, Sp. 215; auch RG vom 22. 3. 1911 – Rep. I 64/10 – RGZ 76, 25.

49 Dymke (Fn. 16), S. 183 ff.

50 So auch die Terminologie bei Wiedemann/Oetker (Fn. 3), TVG § 2 Rn. 20, § 3 Rn. 102; allgemein zum Zwei-Verbände-Modell Otto, Die rechtliche Zulässigkeit einer tarifbindungsfreien Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden, NZA 1996, 624 ff.

51 Löwisch/Rieble (Fn. 3), § 2 Rn. 165 f.

52 Meves, NZfA 1930, Sp. 215, 216; Wiedemann/Moll, Anmerkung zu BAG vom 28. 9. 1977 – 4 AZR 446/76 – AP Nr. 1 zu § 9 TVG 1969; Dymke (Fn. 16), S. 13; Löwisch/Rieble (Fn. 3), § 2 Rn. 165.

53 Zum Tarifvertragsbeitritt Löwisch/Rieble (Fn. 3), § 1 Rn. 472; vgl. auch Wiedemann/Oetker (Fn. 3), § 3 Rn. 96.

54 Löwisch/Rieble (Fn. 3), § 2 Rn. 166; Oetker, Die Kündigung von Tarifverträgen, RdA 1995, 82, 100; auch BAG vom 10. 11. 1982 – 4 AZR 1203/79 – AP Nr. 8 zu § 1 TVG Form = EzA § 1 TVG Nr. 16.

55 Löwisch/Rieble (Fn. 3), § 2 Rn. 167.

56 Löwisch/Rieble (Fn. 3), § 2 Rn. 165.

Konzerntarifvertrag (Teil II)

Von Prof. Dr. Volker Rieble, München

Teil I:

- I. Bedarf nach konzernweit geltenden Tarifverträgen
 1. Konzernweite Arbeitsbedingungen
 2. Mitbestimmungstarifverträge im Konzern
- II. Tarifpartei auf Arbeitgeberseite
 1. Kein »Konzerntarifvertrag« des »Konzernarbeitgebers«
 - a) Keine Tariffähigkeit
 - b) Kein Rückschluss aus der Konzernbetriebsvereinbarung
 - c) Konzernweit geltender Tarifvertrag
 2. Verbandstarife
 - a) Firmen- und konzernspezifische Tarifverträge des Flächen-Arbeitgeberverbandes
 - b) Eigener Konzernarbeitgeberverband
 - c) Vor- und Nachteile
 3. Haustarifverträge
 - a) Einzelhaustarif
 - b) Parallele (mehrgliedrige) Haustarife der betroffenen Konzernunternehmen
 - c) Erstreckung durch Anschluss tarifverträge
 4. Konzerntarifgemeinschaft als Hybridlösung

Teil II:

- III. Tarifizuständigkeit als Zentralproblem
 1. Grundsatz
 2. Konzerndimensionalität der Gewerkschaftszuständigkeit?
 - a) Ursprung: betriebs- und unternehmensbezogene Tarifizuständigkeit
 - b) Reaktion durch Besitzstandswahrung
 - c) Bewertung
 - d) Nur Besitzstandsschutz – keine Konzernzuständigkeit
 - e) Überwindung durch Einbindung konkurrierender Gewerkschaften?
 3. Auf Arbeitgeberseite
- IV. Folgeprobleme
 1. Geltungsfragen
 - a) Tarifkonkurrenz zum Flächentarif
 - b) Insbesondere im Nachwirkungszeitraum
 - c) Tarifgeltungserstreckung durch Bezugnahme
 - (1) Im Arbeitsvertrag
 - (2) In der Betriebsvereinbarung
 - d) Flucht aus dem konzernbezogenen Tarifvertrag
 2. Gleichheitskontrolle der Abweichung vom Flächentarif
 3. Konzernarbeitskampf?

- a) Friedenspflicht und Flächentarifbindung
- b) Konzernstreik?

4. Mitgliedspflichten im Arbeitgeberverband

- V. Schuldrechtliche Konzerntarifverträge

- VI. Zusammenfassung

III. Tarifizuständigkeit als Zentralproblem

1. Grundsatz

Tarifverträge gelten nur innerhalb ihres Geltungsbereichs, § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG; dieser ist Inhalt des verhandelten Tarifvertrags. Tarifparteien können Tarifverträge aber nur innerhalb ihrer Tarifizuständigkeit abschließen. Die gemeinsame Tarifizuständigkeit gibt also den maximalen Geltungsbereich des Tarifvertrags vor. Insofern betrifft die Tarifizuständigkeit das rechtliche Können – nicht anders als die Tariffähigkeit. Damit weicht das TVG zwar vom privatrechtlichen Grundprinzip umfassender Geschäftsfähigkeit ab und folgt der ultra-vires-Lehre. Das ist aber gerechtfertigt, weil nur so Rechtssicherheit darüber gewonnen werden kann, in welchem Ausmaß sich das Mitglied von Gewerkschaft oder Arbeitgeberverband der tariflichen Regelungsmacht – und dem Arbeitskampf – ausliefert.⁵⁷

* Fortsetzung von Teil I, Der Konzern 2005, S. 475 ff.

57 H.M. BAG 19. 11. 1985 – 1 ABR 37/83 – EzA § 2 TVG Nr. 15 = AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tarifizuständigkeit = NZA 1986, 480; Löwisch/Rieble (Fn. 3), § 2 Rn. 80 f.; Wiedemann/Oetker (Fn. 3), § 2 Rn. 44; a.M. Konzen, Die Tarifizuständigkeit im Tarif- und Arbeitskampfrecht, FS Kraft (1998), S. 291, 299 ff.; Kraft, Abschied von der »Tarifizuständigkeit« als Wirksamkeitsvoraussetzung eines Tarifvertrages, FS Schnorr von Carolsfeld (1973), S. 255 ff.

Die Tarifzuständigkeit folgt bei den Verbänden notwendig aus der Satzung⁵⁸ – der einzelne Arbeitgeber hingegen ist kraft Gesetzes (§ 2 Abs. 1 TVG) für alle seine Arbeitnehmer tarifzuständig, kann also auch als juristische Person nicht etwa durch Satzung den Tarifabschluss beschränken.⁵⁹

Für sämtliche konzernbezogenen Tarifverträge ist deswegen die konzernbezogene Tarifzuständigkeit der Gewerkschaft erforderlich. Das ist deswegen problematisch, weil die gewerkschaftlichen Zuständigkeiten traditionell »branchenorientiert« ausgerichtet sind – entsprechend dem Industrieverbandsprinzip als selbst gewähltem Organisationsprinzip. Besonders deutlich kommt das in den »Richtlinien des DGB für die Abgrenzung von Organisationsbereichen und die Veränderung der Organisationsbezeichnung« vom 11.3.1992 in der Fassung vom 8.3.2000 unter Nr. 2 lit. a zum Ausdruck, die ihrerseits gem. § 15 Nr. 1 Satz 1 DGB-Satzung Bestandteil der Satzung sind: Dort ist das Prinzip »ein Betrieb – eine Gewerkschaft« festgeschrieben.

Konzerne sind aber nicht branchenmäßig »sortenrein« aufgestellt. Neben echten »Gemischtwarenläden«, die Unternehmen verschiedener Branchen zusammenfassen, gibt es stets auch branchenfremde Serviceunternehmen – von der IT-Betreuung über die Personalverwaltung bis hin zu Forschung und Entwicklung. Eine Gewerkschaft mit reinem Branchenbezug vermag hier wenig.

2. Konzerndimensionalität der Gewerkschaftszuständigkeit?

a) Ursprung: betriebs- und unternehmensbezogene Tarifzuständigkeit

Indes hat sich insofern in letzter Zeit einiges geändert: Unternehmen versuchen, mit Ausgliederungsstrategien zur rechtlichen Verselbstständigung von so genannten »Hilfs- und Nebenbetrieben« den Geltungsbereich klassischer Branchentarifverträge zu verlassen: Solange nämlich eine Kantine vom Metallunternehmen selbst betrieben wird, solange wird diese dem Metalltarif als dienende Einheit innerhalb des Unternehmens zugeschlagen.⁶⁰ Wird die Kantine (die Wartungseinheit, IT-Betreuung, Lohnbuchhaltung usw.) dagegen rechtlich verselbstständigt, fällt sie aus diesem tarifrechtlichen Zurechnungszusammenhang heraus. Das hat das BAG für die Ausgliederung eines Kaufhausrestaurants klar gesagt: »Unternehmen, die selbstständig betrieben werden, können mit einzelnen Betrieben nicht Hilfs- oder Nebenbetrieb eines anderen Unternehmens sein, weil das selbstständige Unternehmen durch seinen eigenen Unternehmenszweck gekennzeichnet ist.«⁶¹ Damit trägt die Praxis insbesondere dem Umstand Rechnung, dass solche Servicedienste die Produktivität der Haupteinheit nicht in gleicher Weise mit erwirtschaften und dass die Fremdvergabe sonst stets billiger käme.

b) Reaktion durch Besitzstandswahrung

Hierauf mussten die Gewerkschaften reagieren, sonst wären ihnen die ausgegliederten Einheiten auch aus der

Tarifzuständigkeit »gerutscht«. Solche Satzungsänderungen sind vielfach geschehen, wie ich an drei wichtigen Gewerkschaften zeigen will:

- Die Satzung der **IG Metall** vom 1.1.2004 regelt den Organisationsbereich gemäß § 1 Satz 4 und § 3 Nr. 1 im Organisationskatalog als Anhang 2 zur Satzung. Dort ist unter III (B), 3. Blickpunkt geregelt:
»Zum Organisationsbereich der IG Metall gehören auch ... alle Betriebe, selbstständigen Betriebsabteilungen bzw. Nebenbetriebe, Heimarbeiter, Zwischenmeister und Subunternehmer, deren Zweck überwiegend darauf gerichtet ist, die unter diesen Organisationskatalog fallenden Betriebe bei der Verwirklichung ihrer Zielsetzung zu unterstützen (z.B. Vor-, End- und Teilfertigung, Teilefertigung, Zulieferung, Weiterver- und -bearbeitung, Erbringung von Dienstleistungen jeder Art, z.B. Transport, Logistik, Montage, Reparatur, Reinigung, Bewachung, Energieerzeugung und -bereitstellung, Kantinen, Versorgungseinrichtungen jeder Art, EDV, Finanzen, Vermögen, Personalwesen, Verwaltung jeder Art, Vertrieb, Handel, Marketing). Dies gilt insbesondere auch für solche Betriebe, selbstständigen Betriebsabteilungen bzw. Nebenbetriebe, Heimarbeiter, Zwischenmeister und Subunternehmer, die auf Grund von Auf- und Abspaltungen, Ausgliederungen und/oder sonstigen unternehmerischen Veränderungen organisatorischer und/oder gesellschaftsrechtlicher Art entstanden sind oder entstehen bzw. tätig sind oder werden.«

- Die Gewerkschaft »**ver.di** – Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft« definiert gem. § 4 der Satzung vom Oktober 2003 den Organisationsbereich in Anhang 1 der Satzung. Dort findet sich keine generelle Satzungsbestimmung über die Zuordnung rechtlich oder wirtschaftlich abhängiger Unternehmen. Die Satzung ist vielmehr ein uneinheitliches Konglomerat aus den in die Gewerkschaftverschmelzung eingegangenen Einzelsatzungen.

Darin findet sich für Postdienste, Postbank und Telekommunikation (1.1), Handel (1.2.1), Bank-, Geld- und Börsenwesen (1.2.2) stets derselbe Organisationszuschlag:

»einschließlich rechtlich angegliederter bzw. selbstständiger, jedoch wirtschaftlich-organisatorisch zugeordneter Dienstleistungsbetriebe«.

Für die Post ist zusätzlich erwähnt:

»Betriebe, Unternehmen, Konzerne und deren Einrichtungen, deren hauptsächliche Betätigung sich auf Bereiche erstreckt, die herkömmlich zu den Aufgaben der ehemaligen Deutschen Bundespost oder deren Teilunternehmen gehören oder gehören.«

58 Einhellige Meinung, statt aller Wiedemann/Oetker (Fn. 3), § 2 Rn. 53.

59 Wiederum statt aller ErK/Schaub (Fn. 3), § 2 TVG Rn. 42.

60 Hromadka/Maschmann/Wallner, Der Tarifwechsel (1996), Rn. 68; Buchner, Tarifzuständigkeit beim Abschluss von Verbands- und Firmentarifverträgen, ZfA 1995, 95, 105.

61 BAG vom 1.4.1987 – 4 AZR 77/86 – SAE 1987, 301 mit Anmerkung Oetker = EzA § 613a BGB Nr. 63 = AP Nr. 64 zu § 613a BGB = NZA 1987, 593; bestätigt durch BAG vom 19.11.1996 – 9 AZR 640/95 – EzA § 613a BGB Nr. 147 = AP Nr. 153 zu § 613a BGB = DB 1997, 1473, wiederum für die Ausgliederung aus einem Kaufhausrestaurant; vom 14.12.1999 – 1 ABR 74/98 – EzA § 2 TVG Tarifzuständigkeit Nr. 7 = AP Nr. 14 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit = NZA 2000, 949.

Zudem erläutert die Satzung diese Erstreckung durch Beispiele, etwa für den Handel (1.2.1)

»z.B. Lagerung und Transport (Logistik), Datenverarbeitung, Organisation, Verwaltung und Bildungseinrichtungen«.

und für den Einzelhandel (1.2.1.1)

»einschließlich rechtlich ausgegliederter bzw. selbstständiger gastronomischer Unternehmen, die schwerpunktmäßig gastronomische Einrichtungen in vorgenannten Bereichen betreiben« oder für Versicherungen (1.2.3)

»z.B. Datenverarbeitung, Organisation, Verwaltung, Bildungseinrichtungen«.

- Die IG Bergbau-Chemie-Energie regelt in ihrer Satzung vom 20.2.2002 die Strukturfragen unmittelbar und konstruktiv klar in § 1 Nr. 3:

»Mitglied der IG BCE können werden: Die Arbeiter/-innen, Angestellten und Beamten/Beamtinnen der Betriebe, Unternehmen und Konzerne folgender Industriebereiche einschließlich der dazu gehörenden Dienstleistungsbereiche sowie ihrer rechtlich oder wirtschaftlich verbundenen Unternehmen, Verwaltungen, Nebenbetriebe, Außenstellen und dazugehörigen Forschungseinrichtungen, Aufsichtsbehörden, Marketing-, Finanz-, Bewachungs-, Verkaufs-, Vertriebs- und Montageorganisationen, Ver- und Entsorgungsbetriebe sowie die hierfür in Ausbildung stehenden: I. Bergbau II. Chemie III. Energie ...

Gesellschaftsrechtliche Veränderungen oder sonstige Umstrukturierungen im Zuständigkeitsbereich der IG BCE führen nicht zur Aufhebung der Zuständigkeit.«

c) Bewertung

Das Abstellen auf eine »wirtschaftliche Verbundenheit«, eine wirtschaftlich-organisatorische Zuordnung oder gar ein »Dazugehören« ist zu unbestimmt und ermöglicht keine eindeutige Branchenzuordnung. Ein Lieferant von Schmierstoffen kann ebenso gut für die Metall- wie für die Chemische Industrie liefern und damit nicht eindeutig dem einen oder anderen Zuständigkeitsbereich zuzuordnen sein. Soll etwa der Rechtsanwalt oder die Werbeagentur, die mehr als die Hälfte des Umsatzes oder der Tätigkeitszeit (?) für Unternehmen einer Branche arbeiten, der Tarifzuständigkeit der dortigen Gewerkschaft unterfallen? Deswegen sind solche Satzungsklauseln ihrer Unbestimmtheit wegen nicht geeignet, die Tarifzuständigkeit auszudehnen.⁶²

Anders verhält es sich mit Klauseln, die auf die rechtliche Verbindung zu einem Unternehmen der Primärbranche abstellen; denn damit ist auf das **Recht der verbundenen Unternehmen der §§ 15 ff. AktG** verwiesen. So kann die IG BCE in der Tat Arbeitnehmer in der Vertriebs- und Logistik-GmbH eines Chemiekonzerns organisieren, wenn und soweit diese GmbH im Mehrheitsbesitz der Konzernmutter steht.⁶³

d) Nur Besitzstandsschutz – keine Konzernzuständigkeit

Solche Klauseln führen aber nicht zu einer »echten Konzernzuständigkeit«. Sie bezwecken nur die organisationspolitische Besitzstandswahrung gegenüber unternehmerischen Strukturmaßnahmen. Das wird deutlich am Unternehmenskauf, insbesondere durch Anteilserwerb. Rechnet jenes Unternehmen zur Zuständigkeit einer anderen DGB-Gewerkschaft, so findet gerade kein Wechsel

der Gewerkschaftszuständigkeit statt, vielmehr bleibt das hinzugekommene Konzernunternehmen seiner bisherigen Gewerkschaft zugeordnet. Das ist unproblematisch, wenn dies dieselbe Gewerkschaft ist, die die fremde Branche in einem anderen Fachbereich organisiert. Gerade aus Gewerkschaftverschmelzungen hervorgegangene »Multibranchengewerkschaften« wie ver.di oder die IG Metall können so branchenübergreifend agieren. So ist die IG Metall nicht nur für die Metall-, sondern auch für die Kunststoffverarbeitung zuständig.

Problematisch wird dies dagegen, wenn das Konzernunternehmen dem Zuständigkeitsbereich einer anderen Gewerkschaft zugeordnet ist. Weil die Satzungsklauseln in erster Linie darauf abzielen, bislang unselbstständige Hilfsbetriebe auch nach der rechtlichen Verselbstständigung im Organisationsbereich zu halten, werden so primär nur Abgänge aus der Tarifzuständigkeit verhindert, nicht aber Zugänge ermöglicht.

Selbst dort, wo die Satzungsregelung sehr weit geht – wie das insbesondere bei der IG BCE der Fall ist –, scheitert die Konzernzuständigkeit an den Vorgaben des DGB, der nach § 2 Nr. 4 lit. h seiner Satzung auch die »**Abgrenzung und Änderung der Organisationsgebiete der Gewerkschaften**« betreibt. Dazu nutzt der DGB das in § 16 der DGB-Satzung vorgesehene Schiedsverfahren, das seinerseits von den Organisationsrichtlinien des DGB und durch einen Beschluss des DGB-Bundesvorstands vom 31.10.2000⁶⁴ geprägt wird. Danach bleibt es bei der betriebsbezogenen Zuständigkeit. Eine Arrondierung hat der DGB nur für zwei Unternehmen vorgenommen, indem Viag Interkom (O₂) der IG BCE und Vodafone der IG Metall zugeschlagen worden sind. Das ist nur aus der Unternehmensherkunft begreifbar und zeigt die Besitzstandsorientierung.

Bei **Zuständigkeitskonflikten** – hier zwischen der für den Konzern überwiegend zuständigen Gewerkschaft und derjenigen, die für ein Unternehmen bislang zuständig gewesen ist – entscheidet die DGB-Schiedsstelle durch Spruch. Trotz durchschlagender Kritik in der Literatur⁶⁵ hält das BAG daran fest, dass ein solcher Schiedsspruch die Bestimmungen der Satzung der Einzelgewerkschaften über deren Organisationsbereich »authentisch interpretiert oder ergänzt« und damit deren Tarifzuständigkeit auch für den tariflichen Gegenspieler bindend klärt.⁶⁶ Die Schiedsstelle sei zwar nicht berechtigt, die

62 Löwisch/Rieble (Fn. 3), § 2 Rn. 85; das Bestimmtheitsproblem wird von der Literatur weithin ausgeblendet, vgl. Wiedemann/Oetker (Fn. 3), § 2 Rn. 54 f.; Kempen/Zachert (Fn. 3), § 2 Rn. 118; Däubler/Peter (Fn. 3), § 2 Rn. 165 f.

63 Löwisch/Rieble (Fn. 3), § 2 Rn. 85.

64 <http://www.Einblick.DGB.de/archiv/0021/tx002101.htm>, abgerufen am 12.3.2005.

65 Konzen (Fn. 57), S. 314; eingehend Jacobs, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz (1999), S. 209 ff.; Löwisch/Rieble (Fn. 3), § 2 Rn. 99 ff.

66 BAG vom 17.2.1970 – 1 ABR 15/69 – BAGE 22, 295 = AP Nr. 3 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit; vom 22.11.1988 – 1 ABR 6/87 – EzA § 2 TVG Tarifzuständigkeit Nr. 1 = AP Nr. 5 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit = NZA 1989, 561.

Satzung ändernd zu ergänzen; ihr komme aber bei der Satzungsauslegung und der Begrenzung der Organisationsbereiche ein »Beurteilungsspielraum« zu.⁶⁷ Der Erste Senat des BAG hat sogar das Besitzstandsprinzip zum Rechtsprinzip erhoben: Solange das Schiedsverfahren nicht durchgeführt ist, soll es von Rechts wegen bei der Alleinzuständigkeit derjenigen Gewerkschaft bleiben, die vor Entstehen der Konkurrenzsituation als »zuständig angesehen worden war«.⁶⁸ Gerade für eine Konzernkonstellation hat das BAG das »Tarifreservat« kraft DGB-Schiedsspruch anerkannt und der IG Metall die Zuständigkeit für ein im Metallkonzern dienendes Handelsunternehmen zugesprochen – gegen die HBV.⁶⁹ Das lag daran, dass es sich um eine ausgegliederte Vertriebs-einheit handelte, die ursprünglich zu einem Metallunternehmen gehörte – und damit der IG Metall »zustand«. Zugleich hat das BAG gar gemeint, die bloße Einigung von Gewerkschaftsvorsitzenden im Rahmen eines Vermittlungsverfahrens übernehmen, habe die Wirkung eines verbindlichen Schiedsurteils.⁷⁰

Das heißt praktisch: Soweit neue Konzernunternehmen »von innen« durch Umstrukturierung gebildet werden, sorgt die besitzstandsorientierte Tarifzuständigkeitsregelung i.V.m. der DGB-Revierabgrenzung für den Zuständigkeitserhalt der bisherigen Gewerkschaft, was konzernbezogene Tarifverträge erleichtert. Kommt das Unternehmen aber »von außen« zur Gruppe, bleibt es bei der – ausschließlichen – Zuständigkeit der bislang für das Unternehmen zuständigen Gewerkschaft; der Konzerntarifvertrag kann dann nicht mit nur einer Gewerkschaft geschlossen werden.

e) Überwindung durch Einbindung konkurrierender Gewerkschaften?

Sind für die Konzernbelegschaft zwei oder mehr Gewerkschaften zuständig, so heißt das nicht, dass ein konzern einheitlicher Tarifvertrag ausscheidet. Denn auch Gewerkschaften können sich zum Tarifabschluss verbinden – sei es in einem mehrgliedrigen Tarifvertrag (mit oder ohne Geschäftseinheit), für den auch eine verhandlungsführende Gewerkschaft die andere vertreten kann, sei es in einer Tarifgemeinschaft⁷¹ oder gar in einer Spitzenorganisation mit eigener Tariffähigkeit (§ 2 Abs. 3 TVG).⁷² Wenn der DGB auseinanderfallende Zuständigkeiten durch Kooperation und Koordination in **Bran-chenarbeitskreisen** überwinden will⁷³, ist dies nur für die interne tarifliche Willensabstimmung maßgebend. Ein Arbeitskreis ist nicht tariffähig; der Tarifabschluss kann nur in den geschilderten Formen erfolgen.

3. Auf Arbeitgeberseite

Der einzelne Arbeitgeber ist kraft Gesetzes tariffähig und tarifzuständig für alle Arbeitnehmer, weswegen der mehrgliedrige Haustarifvertrag hier keinen Einschränkungen unterfällt.

Ein tarifschießender Arbeitgeberverband hingegen definiert seine Zuständigkeit wie die Gewerkschaft durch entsprechende Satzungsbestimmung. Das bereitet keine Probleme beim **Konzernarbeitgeberverband**,

dem durch entsprechende Satzungsgestaltung eine konzernspezifische Zuständigkeit verschafft werden kann.

Probleme treten aber auf, wenn eine konzernspezifische Lösung durch einen **allgemeinen Arbeitgeberverband** vereinbart werden soll, weil dieser nach seiner Satzung typischerweise in der Tarifzuständigkeit beschränkt ist. Das spielt aber nur dann eine Rolle, wenn der Arbeitgeberverband den konzernbezogenen Tarifvertrag als Verbandstarif kraft eigener Tariffähigkeit abschließen will. Agiert er als Vertreter der Konzernunternehmen (II.3), genügt deren unbeschränkte Tarifzuständigkeit.

Die Probleme der Gewerkschaftszuständigkeit treten ähnlich, aber anders akzentuiert auf:

- Arbeitgeberverbandssatzungen kennen typischerweise keine Konzernzuständigkeit, und zwar auch nicht zur Besitzstandswahrung gegenüber ausgegliederten Service-Einheiten.
- Die Spitzenorganisationen der Arbeitgeberseite sehen keine Revierabgrenzung und keine Schiedsstelle vor.
- Arbeitgeberverbände sind in vielen Branchen regional organisiert, weswegen bei bundesweit auftretenden Konzernen auch die räumliche Tarifzuständigkeit auseinander fallen kann.

Soll also ein konzernbezogener Tarifvertrag durch allgemeine Arbeitgeberverbände als Tarifpartei abgeschlossen werden, ist auch hier wieder die Beteiligung aller zuständigen Arbeitgeberverbände erforderlich – im mehrgliedrigen Tarifvertrag, als Tarifgemeinschaft oder in einer Spitzenorganisation. In der Praxis ist das Zusammenwirken regionaler Arbeitgeberverbände derselben Branche unproblematisch; in der Regel übernimmt der für die Obergesellschaft zuständige Verband die Verhandlungsführung und vertritt die übrigen Verbände.

67 BAG vom 25.9.1996 – 1 ABR 4/96 – EzA § 2 TVG Tarifzuständigkeit Nr. 5 = AP Nr. 10 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit; eine hiergegen gerichtete Verfassungsbeschwerde hat das BVerfG nicht zur Entscheidung angenommen, Mitteilung ArbuR 1999, 395; zustimmend Wiedemann/Oetker (Fn. 3), § 2 Rn. 68 f.; ders., Anm. BAG AP Nr. 11 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit; Gamillscheg (Fn. 2), S. 533.

68 BAG vom 12.11.1996 – 1 ABR 33/96 – EzA § 2 TVG Tarifzuständigkeit Nr. 6 = AP Nr. 11 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit = NZA 1997, 609.

69 BAG vom 14.12.1999 – 1 ABR 74/98 – EzA § 2 TVG Tarifzuständigkeit Nr. 7 = AP Nr. 14 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit = NZA 2000, 949.

70 BAG vom 14.12.1999 – 1 ABR 74/98 – EzA § 2 TVG Tarifzuständigkeit Nr. 7 = AP Nr. 14 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit = NZA 2000, 949.

71 Dafür Thüsing, Vereinbarte Betriebsstrukturen: Zum Gestaltungsspielraum der Tarifvertragsparteien im Rahmen von § 3 BetrVG, ZIP 2003, 693.

72 Dazu nur Löwisch/Rieble (Fn. 3), § 2 Rn. 108 ff.

73 Fn. 64.

IV. Folgeprobleme

1. Geltungsfragen

a) Tarifkonkurrenz zum Flächentarif

Große Unternehmen und Konzerne sind regelmäßig an den Flächentarifvertrag gebunden, weil sie befürchten, bei einer unternehmensbezogenen Tarifregelung entsprechend der typischerweise überdurchschnittlichen Leistungskraft teureren Arbeitsbedingungen unterworfen zu werden. Dieses Motiv ist zwar doppelt fragwürdig: Einmal, weil in Großunternehmen der höheren Leistungsfähigkeit häufig durch übertarifliche Arbeitsbedingungen Rechnung getragen wird, so dass der unternehmensbezogene Tarifvertrag lediglich dazu führte, die Mehrbelastung auf eine andere Rechtsgrundlage zu stellen. Zum anderen können gerade Großunternehmen und Konzerne gewerkschaftlichen Begehrlichkeiten unter den Bedingungen internationalen Wettbewerbs die Standortverlagerung entgegensetzen.

Gleichwohl: Solange die Angst insbesondere vor dem durch Arbeitskampf erzwingbaren Haustarif die tarifliche Strategie prägt, werden solche Großunternehmen und Konzerne die Flächentarifbindung vielfach nicht aufgeben, sondern konzernbezogene Tarifregelungen vor dem Hintergrund eines für das Unternehmen weiterhin geltenden Flächentarifvertrages abschließen. Dieses Nebeneinander hat vor allem den Vorteil, dass die Friedenspflicht aus dem Flächentarifvertrag die betroffenen Unternehmen weithin vor einem Arbeitskampf um den Haustarifvertrag bewahrt (unten 3.a). Auf der anderen Seite kann ein Konzern, dessen Unternehmen bislang (überwiegend) an die Flächentarife gebunden ist, auch aus den Arbeitgeberverbänden ausscheiden, müsste dann aber durch einen konzernbezogenen Tarifvertrag alle Arbeitsbedingungen regeln und nicht nur punktuelle Abweichungen und lieferte sich dadurch einem unternehmens- oder konzernbezogenen Arbeitskampf aus.

Wenn der konzernbezogene Tarifvertrag neben dem Flächentarifvertrag mit derselben Gewerkschaft steht, kommt es zur **Tarifkonkurrenz**. Das leidige Problem, ob es einen Grundsatz der **Tarifeinheit im Betrieb** gibt, der die Tarifpluralität verhindert – also die parallele Geltung unterschiedlicher Tarifverträge mit unterschiedlichen Gewerkschaften –, stellt sich bei Tarifverträgen mit derselben Gewerkschaft nicht.⁷⁴ Für den konzernbezogenen Tarifvertrag bleibt in aller Regel aber nur der Tarifabschluss mit eben derjenigen DGB-Gewerkschaft, die auch den Flächentarif ausgehandelt hat; innerhalb des DGB wird die Tarifkonkurrenz zudem durch die Rechtsprechung des BAG zur Revierabgrenzung innerhalb des DGB verhindert (unter III.2.d).

Zu klären ist also, ob der konzernbezogene Tarifvertrag den in jedem Arbeitsverhältnis eines jeden Gewerkschaftsmitgliedes zugleich kraft »doppelter« beiderseitiger Tarifgebundenheit nach §§ 4 Abs. 1 Satz 1, 3 Abs. 1 TVG geltenden Flächentarif verdrängen kann; andernfalls würde das Ziel einer konzernspezifischen Regelung verfehlt. Insofern ist es einhellige Meinung, dass in ein und demselben Arbeitsverhältnis nicht zwei Tarifverträge

nebeneinander normativ gelten können (»Highlander-Prinzip«).⁷⁵ Dementsprechend muss für die Frage, welcher von zwei Tarifverträgen bei dieser »echten« Tarifkonkurrenz gelten soll, eine **Kollisionsnorm** gefunden werden. Die wissenschaftlichen Außenseitervorschläge

- Anwendung des Günstigkeitsprinzips: der »bessere« Tarifvertrag soll gelten⁷⁶,
- oder aber ein Wahlrecht des betroffenen Arbeitnehmers⁷⁷

haben zu Recht keine Gefolgschaft gefunden. Die ganz herrschende Meinung stellt zunächst einhellig auf das **Spezialitätsprinzip** ab – wobei freilich über dasjenige, was diese Spezialität ausmacht, erhebliche Meinungsunterschiede bestehen.⁷⁸

Bei allem Streit sind sich alle in einem Punkte einig: **Der Haustarifvertrag geht dem Verbandstarifvertrag mit derselben Gewerkschaft stets als speziellere Regelung vor** – ungeachtet seines Inhalts.⁷⁹ Wird also der

74 Zur Frage der Tarifeinheit nur *Löwisch/Rieble* (Fn. 3), § 4 Rn. 132 ff., 138; *dies.*, Übergang vom Haustarif zum Verbandstarif, in: FS Schaub (1994), S. 457, 461; *Reuter*, Die problematische Tarifeinheit – BAG NZA 1991, 736 JuS 1992, 105; *Kraft*, Tarifkonkurrenz, Tarifpluralität und das Prinzip der Tarifeinheit, RdA 1992, 161; die inzwischen h.M. lehnt die überkommene Tarifeinheit ab; das BAG hatte noch keine Gelegenheit zur Entscheidung.

75 BAG vom 14. 6. 1989 – 4 AZR 200/89 – AP Nr. 16 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz = EZA § 4 TVG Tarifkonkurrenz Nr. 4 = DB 1990, 129; eingehend *Jacobs* (Fn. 65), S. 246 ff. m.w.N.; *Fenn*, Der Grundsatz der Tarifeinheit – zugleich zu Voraussetzungen und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, FS Kissel (1994), 213; *Kraft*, Tarifkonkurrenz, Tarifpluralität und das Prinzip der Tarifeinheit, RdA 1992, 161; *Waas*, Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität (1999), 42 ff.

76 *Däubler/Deinert* (Fn. 3), § 4 Rn. 927; *B. Müller*, Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität, NZA 1989, 452.

77 So *Jacobs* (Fn. 65), S. 275 f.; *Etzel*, Tarifordnung und Arbeitsvertrag, NZA 1987 Beilage 1, 19.

78 Bereits BAG vom 29. 3. 1957 – 1 AZR 208/55 – AP Nr. 4 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz = DB 1957, 632 = BAGE 4, 37; vom 14. 6. 1989 – 4 AZR 200/89 – AP Nr. 16 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz = EZA § 4 TVG Tarifkonkurrenz Nr. 4 = DB 1990, 129 ff.; vom 5. 9. 1990 – 4 AZR 59/90 – AP Nr. 19 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz = EZA § 4 TVG Tarifkonkurrenz Nr. 5 = NZA 1991, 202 = DB 1990, 2527 = BB 1991, 344; vom 26. 1. 1994 – 10 AZR 611/92 – AP Nr. 22 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz = EZA § 4 TVG Tarifkonkurrenz Nr. 9 m. Anm. *Wank* = NZA 1994, 1038 ff.; zu den Spezialitätskriterien des BAG *Wiedemann/Wank* (Fn. 3), § 4 Rn. 291; *Gerhards*, Tarifgebundenheit beim Verbandswechsel des Arbeitgebers, BB 1995, 1290 ff.; *Hromádka/Maschmann/Wallner* (Fn. 60), Rn. 139; *Junker/Wichmann*, Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz – Doch ein Verstoß gegen Europäisches Recht?, NZA 1996, 505, 509; weiter *Löwisch/Rieble* (Fn. 3), § 4 Rn. 132 ff., 152 ff.; *dies.* (Fn. 74), S. 460.

79 BAG vom 24. 1. 2001 – 4 AZR 655/99 – EZA § 4 TVG Tarifkonkurrenz Nr. 14 = NZA 2001, 788 = AP Nr. 173 zu § 1 TVG Tarifverträge: Metallindustrie; BAG vom 4. 4. 2001 – 4 AZR 237/00 – EZA § 3 TVG Nr. 22 = AP Nr. 26 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz = NZA 2001, 1085 für den Sonderfall der Nachbindung des ausgetretenen Arbeitnehmers; BAG vom 24. 1. 2001 – 4 AZR 655/99 – AP Nr. 173 zu § 1 TVG Tarifverträge: Metallindustrie = EZA § 4 TVG Tarifkonkurrenz Nr. 14 = NZA 2001, 788 für den verschlechternden Haustarifvertrag;

konzernbezogene Tarifvertrag als mehrgliedriger Haustarifvertrag, insbesondere durch eine Tarifgemeinschaft, abgeschlossen, setzt sich dieser Haustarif gegenüber den Flächentarifen durch.

Wird dagegen ein Konzernarbeitgeberverband aktiv, stellt sich das Problem der Spezialität verschärft: Die BAG-Rechtsprechung stellt grundsätzlich auf den Inhalt der Tarifverträge ab. Es soll das Tarifwerk derjenigen Branche Anwendung finden, das »der Eigenart und den besonderen Bedürfnissen des Betriebes und der in ihm beschäftigten Arbeitnehmer nach der Zielsetzung des Betriebes und der zur Erreichung dieses Zieles verlangten und geleisteten Arbeit am meisten entspricht. Dabei ist entscheidend die Betriebstätigkeit, die im Betrieb überwiegt und der in ihm geleisteten Arbeit das Gepräge gibt.«⁸⁰

Vom bloßen Inhalt der Arbeitsbedingungen her lässt sich diese Spezialität schwerlich entscheiden. Beide Tarifwerke sind für Arbeitsbedingungen in derselben Branche konzipiert. Nur wenn der konzernbezogene Tarifvertrag inhaltlich auf konkrete Konzerngegebenheiten abstellt, lässt sich die Spezialität bejahen. Richtigerweise muss man aber auch den Geltungsbereich zum Tarifinhalt rechnen, weswegen der konzernbezogene Tarifvertrag mit seinen konzernspezifischen Arbeitsbedingungen den Vorrang vor dem Flächentarif genießt. Dementsprechend bejaht die herrschende Meinung richtig die Spezialität von Regionaltarifen eines Arbeitgeberverbandes gegenüber den Bundestarifen seines Spitzenverbandes.⁸¹

Jedes Abstellen auf den Tarifinhalt lädt ein zur – von Art. 9 Abs. 3 GG nicht gedeckten – Tarifzensur. Deswegen spricht mehr dafür, auf die speziellere Normsetzungskompetenz der Tarifvertragsparteien abzu zielen, also auf die **gemeinsame Tarifzuständigkeit**.⁸² Das erklärt nicht nur mühelos, weshalb der Haustarif stets spezieller ist – die Tarifzuständigkeit von Arbeitgeber und Gewerkschaft ist enger als diejenige von Verband und Gewerkschaft. Es führt zwanglos auch dazu, dass ein Tarifvertrag des Konzernarbeitgeberverbandes mit Blick auf die ausgesuchten Mitglieder gegenüber der Vielzahl der in den Branchenverbänden zusammengeschlossenen Arbeitgeber als spezieller gilt.

Als dritte Variante ist der konzernunternehmensbezogene Tarifvertrag der allgemeinen Arbeitgeberverbände zu betrachten. Stellt man auf den Geltungsbereich ab, ist auch hier der konzernbezogene Tarifvertrag spezieller als der jeweilige Flächentarif. Das gilt insbesondere bei einer Gesamtbetrachtung der regionalen Tarifverträge einer Branche. Stellt man auf die gemeinsame Tarifzuständigkeit ab, ist zunächst Gleichlauf festzustellen. Indes: Sind die Arbeitgeberverbände zugleich Parteien des Flächentarifvertrages, kommt ihnen gemeinsam mit der Gewerkschaft das Recht zu, den Flächentarif hinter den Konzerntarif zurücktreten zu lassen. Sie können kraft eigener Tarifmacht dem konzernbezogenen Tarifvertrag Vorrang vor dem Flächentarif beimessen – und tun dies implizit durch den Abschluss. Andernfalls gälte der konzernbezogene Tarifvertrag nicht, was dem Tarifabschluss zuwiderliefe (zur Gleichheitsfrage unter d).

b) Insbesondere im Nachwirkungszeitraum

Ein Sonderproblem stellt sich in der **Nachwirkungsphase des konzernbezogenen Tarifvertrags**: Nach seinem Ablauf gilt er zwar weiter – aber eben nur dispositiv und würde durch jede andere Abmachung abgelöst, § 4 Abs. 5 TVG. Andere Abmachung ist aber gerade auch der aktuell geltende Flächentarifvertrag, der in den Arbeitsverhältnissen der tarifgebundenen Gewerkschaftsmitglieder normativ gilt. Das aber hieße: Die Konzernunternehmen fielen – bis ein neuer konzernbezogener Tarifvertrag abgeschlossen ist – zurück auf das Flächenniveau.⁸³ Lediglich zusätzliche Regelungen, die keine inhaltliche Entsprechung in der Fläche haben – insbesondere Regelungen zur Konzernbetriebsverfassung –, könnten »ungestört« nachwirken.

Das würde eine erhebliche und störende Diskontinuität der Arbeitsbedingungen im Konzern bedeuten. Sie lässt sich auf verschiedenen Wegen meiden:

- Radikal ist der Weg, die Flächentarifbindung insgesamt aufzugeben. Das kostet die Friedenspflicht aus dem Flächentarif und bedeutet, dass der Konzern selbst die Konfliktlösung mit der Gewerkschaft aushalten muss.
- Möglich, aber schwierig ist es auch, Flächentarif und konzernbezogenen Tarifvertrag in ihren Nachwirkungsphasen zu synchronisieren, also die Anpassung des Konzerntarifes immer dann vorzunehmen, wenn auch der Flächentarif neu verhandelt wird. Dabei muss vermieden werden, dass der Flächentarifvertrag auch nur eine logische Sekunde gilt, wenn der konzernbezogene Tarifvertrag nachwirkt.
- Denkbar, aber vom Entgegenkommen der Gewerkschaft abhängig ist es, den konzernbezogenen Tarifvertrag nie nachwirken zu lassen, also Anpassungen stets während der Laufzeit so vorzunehmen, dass

BAG vom 20.4.1999 – 1 AZR 631/98 – AP Nr. 12 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt; BAG vom 20.3.1991 – 4 AZR 455/90 – AP Nr. 20 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz = EzA § 4 TVG Tarifkonkurrenz Nr. 7 = NZA 1991, 736 = DB 1991, 1779 = BB 1991, 1861; BAG vom 14.6.1989 – 4 AZR 200/89 – AP Nr. 16 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz = EzA § 4 TVG Tarifkonkurrenz Nr. 4 = DB 1990, 129; Buchner, Vereinheitlichung tariflicher Strukturen im Unternehmens- und Konzernbereich, FS Schaub (1998), S. 75, 81; Junker/Wichmann, Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz – Doch ein Verstoß gegen Europäisches Recht?, NZA 1996, 505, 509; Wiedemann/Arnold, Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (Teil I), ZTR 1994, 399, 408; Löwisch/Rieble (Fn. 74), S. 457 ff.

80 BAG vom 29.3.1957 – 1 AZR 208/55 – AP Nr. 4 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; für Mischbetriebe BAG vom 5.9.1990 – 4 AZR 59/90 – EzA § 4 TVG Tarifkonkurrenz Nr. 5 = AP Nr. 19 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz = NZA 1991, 202 und seither ständig; zustimmend Wiedemann/Wank (Fn. 3), § 4 Rn. 289 ff. m.w.N.

81 Etwa Wiedemann/Wank (Fn. 3), § 4 Rn. 291; Däubler/Zwanzi-ger (Fn. 3), § 4 Rn. 929 f.; Kempen/Zachert (Fn. 3), § 4 Rn. 129.

82 Zum Ganzen Löwisch/Rieble (Fn. 3), § 4 Rn. 152 ff.

83 Näher Löwisch/Rieble (Fn. 74), S. 462 f. und 472 ff.; a.A. Däubler/Bepler (Fn. 3), § 4 Rn. 861 f. und Fn. 2258.

der Folgetarif unmittelbar an seinen Vorgänger anschließt. Das begründet dann für den Tarifpartner erhebliches Druckpotenzial.

- Wer den konzernbezogenen Tarif vor dem Hintergrund des Flächentarifvertrages will und sich nicht auf spezielle Arbeitsbedingungen (wie Konzernbetriebsverfassung) beschränkt, hat nur einen rechtssicheren Weg: Die Nachwirkung des Flächentarifvertrages ist dort auszuschließen, wo der konzernbezogene Tarifvertrag seinerseits nachwirkend greift. Dazu aber ist weder der (mehrgliedrige) Haustarif noch derjenige eines Konzernarbeitgeberverbandes tauglich, weil nur die Tarifparteien des Flächentarifvertrages dessen Nachwirkung regeln können. In diesem Falle also ist ein konzernbezogener Tarifvertrag der Arbeitgeberverbände der Fläche erforderlich. Er kann in der Tat die Regelungskonkurrenz dadurch ordnen, dass der normativ geltende Verbandstarif auch gegenüber dem nur nachwirkenden Konzerntarifvertrag zurücktritt (zur Gleichheitsfrage unter d).

c) Tarifgeltungserstreckung durch Bezugnahme

(1) Im Arbeitsvertrag

Tarifverträge gelten grundsätzlich nur bei beiderseitiger Tarifgebundenheit, § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG, also in denjenigen Arbeitsverhältnissen, in denen der Arbeitgeber kraft Haustarif unmittelbar selbst oder über die Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband auf dessen Tarifverträge verpflichtet ist und in denen der Arbeitnehmer die korrespondierende Legitimation über die Mitgliedschaft in der tarifschließenden Gewerkschaft mitbringt. Lediglich für betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Normen genügt nach §§ 4 Abs. 1 Satz 2, 3 Abs. 2 TVG die Tarifgebundenheit nur des Arbeitgebers.

Damit tarifliche Arbeitsbedingungen auch für tariffreie Arbeitnehmer gelten, nutzen tarifgebundene Arbeitgeber die arbeitsvertragliche Bezugnahmeklausel⁸⁴: Sie macht den Tarifvertrag zum Arbeitsvertragsinhalt, so dass die tariflichen Arbeitsbedingungen auf schuldvertraglicher Grundlage gelten. Diese »Gleichstellungsklausel« hat einen großen Vorteil: Sie ist wegen § 310 Abs. 4 Satz 3 BGB von der AGB-Kontrolle hinsichtlich der Tarifinhalte befreit, weil die tariffreien Arbeitnehmer sonst zwar alle Vorteile des Tarifvertrages genössen, aber von den tariflichen Lasten teilweise befreit wären. Die klassische Gleichstellungsklausel⁸⁵ wird also von demjenigen Arbeitgeber genutzt, der selbst tarifgebunden ist und den nichtorganisierten Teil der Belegschaft dem Tarifregime unterstellen will.

Die Bezugnahmeklausel lässt sich aber auch dazu nutzen, »fremde« Tarifverträge im tariflosen Unternehmen zur vertragsrechtlichen Geltung zu bringen. So könnte eine Verweisungsklausel in einem nicht tarifgebundenen Konzernunternehmen auf einen bei einem anderen Konzernunternehmen geltenden Tarifvertrag verweisen. Rechtlich unproblematisch ist das nur, wenn es sich um einen Verbandstarifvertrag handelt, der für den Arbeitgeber bei Verbandsmitgliedschaft auch gelten könnte. Problematisch ist dagegen die Verweisung auf

den fremden Haustarif oder auf einen unternehmensbezogenen Verbandstarif, der wegen des eingeschränkten Geltungsbereichs für das verweisende Unternehmen nicht gelten könnte. Zwar ist die Bezugnahme rechtlich möglich⁸⁶, sie könnte aber mit der AGB-Kontrolle belastet sein, weil eine solche Bezugnahme nicht tarifäquivalent ist: Der in Bezug genommene Tarifvertrag könnte für das bezugnehmende Unternehmen schon tarifrechtlich nicht gelten, weswegen das AGB-Kontrollprivileg nicht greift. Der Tarifsenaat des BAG hat zwar vor kurzem gemeint, Bezugnahmeklauseln auf ortsfremde Tarifverträge seien ausnahmsweise privilegiert.⁸⁷ Doch ist diese Rechtsprechung angreifbar, auch ist nicht zu sehen, dass sie auf alle Fälle einer aus Arbeitgebersicht sinnvollen Querverweisung erstreckt würde. Deswegen gingen Konzernunternehmen damit ein erhebliches Rechtsrisiko ein.

Zudem kann die arbeitsvertragliche Bezugnahme in keinem Fall betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Normen des Tarifvertrags zur Anwendung bringen.⁸⁸

(2) In der Betriebsvereinbarung

Hinsichtlich »normaler« Arbeitsbedingungen sperrt § 77 Abs. 3 BetrVG die Betriebsvereinbarung auch im tariflosen Betrieb, wenn dort ein Tarifvertrag gelten könnte, sich also der Betrieb im Geltungsbereich eines Tarifvertrages bewegt und nur die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers fehlt.⁸⁹ Das heißt: Die Regelungen von tarifüblichen Arbeitsbedingungen – insbesondere Entgelt und Arbeitszeit – bleiben der (Konzern-)Betriebsvereinbarung verwehrt, wenn nicht der Tarifvertrag eine entsprechende Öffnungsklausel enthält, § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG. Insofern ist allerdings eine zusätzliche Schranke zu beachten: Betriebsvereinbarungen dürfen schlechthin keine dynamische Verweisung auf Tarifverträge enthalten, weil sie damit ihre betriebliche Regelungsverantwortung ignorieren.⁹⁰

Immerhin in Betracht kommt eine Konzernbetriebsvereinbarung in betriebsverfassungsrechtlichen Fragen, insbesondere soweit es um den Konzernbetriebsrat geht. Hier lässt sich jetzt tiefsinnig darüber diskutieren,

84 Eingehend Löwisch/Rieble (Fn. 3), § 3 Rn. 223 ff.

85 Zentral: BAG vom 26. 9. 2001 – 4 AZR 544/00 – EzA § 3 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 19 = AP Nr. 21 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag mit Anmerkung Thüsing = NZA 2002, 634 = BB 2002, 1264 mit Anmerkung Lambrich.

86 BAG vom 20. 11. 2001 – 1 AZR 12/01 – EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 70 = NZA 2002, 872 (red. Leitsätze): Verweisung auf Metalltarif im Ingenieurbüro.

87 BAG vom 21. 8. 2002 – 4 AZR 263/01 – EzA § 3 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 21 = AP Nr. 21 zu § 157 BGB = NZA 2003, 442; kritisch Löwisch/Rieble (Fn. 3), § 3 Rn. 266.

88 Löwisch/Rieble (Fn. 3), § 3 Rn. 253.

89 Hierzu und mit Einzelheiten zu den Meinungsstreitigkeiten GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 6), § 77 Rn. 94 ff.

90 BAG vom 23. 6. 1992 – 1 ABR 9/92 – EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 49 = AP Nr. 55 zu § 77 BetrVG 1972 mit Anmerkung Wiedemann = NZA 1993, 229.

ob die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG auch betriebsverfassungsrechtliche Fragen erfasst⁹¹ oder ob, wie ich meine, die Betriebsparteien für die Regelung der Betriebsverfassung sachnäher und besser legitimiert sind. Indes ist dies eine theoretische Frage. Denn der Flächentarif enthält solche Regelungen nicht und für ein Nebeneinander von konzernbezogenem Tarifvertrag und Konzernbetriebsvereinbarung besteht kein Bedürfnis. Durch Verzicht auf den Tarifvertrag kann die Konzernbetriebsvereinbarung selbst die konzern einheitliche Regelung bewirken. Allerdings greift eine Ausnahme: Nach § 3 Abs. 2 BetrVG gilt für Betriebsstrukturtarifverträge (oben Fn. 1) ein eigenständiger tariflicher Regelungsvorbehalt.

d) Flucht aus dem konzernbezogenen Tarifvertrag

Wer sich auf einen konzernbezogenen Tarifvertrag einlässt, mag dies später bereuen. Dann stellt sich die Frage der Flucht aus dem Konzerntarif, insbesondere durch Rückkehr zum Verbandstarif.

Da der speziellere konzernbezogene Tarifvertrag dem Flächentarif in der Tarifkonkurrenz vorgeht, muss zuerst seine Geltung beendet werden, damit in seiner Nachwirkungsphase der Flächentarif sich normativ durchsetzt. Diese Beendigung der Tarifgeltung erfolgt im Falle des (mehrgliedrigen) Haustarifs durch Kündigung, auch im Falle der Tarifgemeinschaft. Der Tarifvertrag des Konzernarbeitgeberverbandes hört auf zu gelten durch Beendigung der Mitgliedschaft (aber Nachbindung gem. § 3 Abs. 3 TVG bis zum Ende des Tarifvertrags) oder durch Tarifunwilligkeit des Verbandes (II.2.c) oder aber durch Kündigung. Hat dagegen der allgemeine Arbeitgeberverband einen konzernspezifischen Tarifvertrag geschlossen, entzöge sich das Konzernunternehmen mit dem Austritt gerade auch dem Flächentarifvertrag, in den es womöglich fliehen will. Hier bleibt die Kündigung durch den Arbeitgeberverband als Tarifpartei. Deutlich erschwert wird die Rückkehr zum Flächentarif, wenn der Arbeitgeberverband dessen normative Geltung ausschließt, solange der Konzerntarif nur nachwirkt (eben b). Deswegen sollte in diesem Falle eine Befristung dieses Vorranges vereinbart werden. Alternativ ist stets an die Tariffucht durch Betriebsübergang oder Abspaltung zu denken, weil so sichergestellt werden kann, dass die Arbeitsverhältnisse auf einen Erwerber (aufnehmenden Rechtsträger) übergehen, der seinerseits nicht an den Tarifvertrag gebunden ist. Zur Frage der Konzerneinwirkungspflicht in diesem Falle noch V.

Ein Sonderfall ist die Tariffucht durch **Lösen der Konzernverbindung**. Das ist wichtig einmal mit Blick auf die Veräußerung von Konzernunternehmen, die womöglich erschwert würde, wenn der konzernbezogene Tarifvertrag weitergälte. Zum anderen ist dies ein effektiver Fluchtweg. Die Tariffucht kann insofern nicht nur durch Anteilsveräußerung bewirkt werden, sondern auch durch **Entherrschungsvertrag**.⁹²

Das betrifft folgende Fälle:

- Von Rechts wegen wird die Konzernverbindung vorausgesetzt bei Tarifverträgen über die Konzern-

betriebsverfassung. Hier endet der Tarifvertrag nachwirkungs- und ersatzlos, weil es eine konzernübersteigende Konzernbetriebsverfassung nicht geben kann. Insofern bietet ein Spartentarifvertrag nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG Vorteile gegenüber der Generalklausel des § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG, die auch den Einbezug konzernfremder Unternehmen gestattet – also von der Entkonzernierung allenfalls via Geschäftsgrundlage und Kündigungsrecht betroffen ist.

- Ist der Tarifvertrag mit seinem Geltungsbereich inhaltlich auf Konzernunternehmen beschränkt, sorgt die Entkonzernierung dafür, dass das Unternehmen sich aus dem Geltungsbereich herausbewegt und der Tarifvertrag nurmehr (dispositiv) nachwirkt, § 4 Abs. 5 TVG.⁹³
- Ist der tarifschießende Konzernarbeitgeberverband in seiner Tarifzuständigkeit auf Konzernunternehmen beschränkt, definiert dies zugleich die äußerste Geltungsgrenze des von ihm vereinbarten Tarifvertrags. Auch wenn in diesem Fall der Geltungsbereich des Tarifvertrags nicht konkret auf den Konzern beschränkt ist, wandert das Unternehmen aus der Tarifzuständigkeit und damit notwendig aus dem Geltungsbereich heraus – mit der Folge der Nachwirkung.

2. Gleichheitskontrolle der Abweichung vom Flächentarif

Ein Sonderproblem stellt sich beim Nebeneinander von Flächentarif und einer konzernbezogenen Tarifregelung durch diejenigen Arbeitgeberverbände, die die Flächentarife selbst vereinbart haben. Denn die Konzernunternehmen und ihre Arbeitnehmer werden anders gestellt als die anderen an den Flächentarifvertrag gebundenen Unternehmen und deren Arbeitnehmer.

Tarifvertragsparteien sind nach ständiger Rechtsprechung und der überwiegenden Meinung in der Literatur zwar nicht unmittelbar an die Grundrechte und damit den Gleichheitssatz gemäß Art. 3 GG gebunden⁹⁴, sie unterliegen aber in ihrer Normsetzung der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte.⁹⁵ Deshalb ist jeder Tarifvertrag im Ergebnis genauso auf den Gleichheitssatz zu

91 So Fischer, Die tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen (1998), S. 194 f.; dagegen GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 6), § 77 Rn. 93.

92 Götz, Der Entherrschungsvertrag im Aktienrecht (1991), S. 60 f.; MünchKommAktG/Bayer, 2. Aufl. (2000), § 17 Rn. 99 ff.; Hüfner (Fn. 21), § 17 Rn. 22.

93 BAG vom 10. 12. 1997 – 4 AZR 247/96 = EzA § 4 TVG Nachwirkung Nr. 25 = AP Nr. 20 zu § 3 TVG = NZA 1998, 484; BAG vom 10. 12. 1997 – 4 AZR 193/97 = EzA § 4 TVG Nachwirkung Nr. 26 = AP Nr. 21 zu § 3 TVG = NZA 1998, 488; auch die instruktive Anmerkung Belling, SAE 1999, 181; Kempen/Zachert (Fn. 3), § 3 Rn. 26; Löwisch/Rieble (Fn. 3), § 4 Rn. 112.

94 Anders früher BAG vom 15. 1. 1955 – 1 AZR 305/54 – AP Nr. 4 zu Art. 3 GG = NJW 1955, 654 = BAGE 1, 258.

95 Löwisch/Rieble (Fn. 3), § 1 Rn. 218 ff. m.w.N.

prüfen, wie dies bei unmittelbarer Grundrechtsbindung der Fall wäre.⁹⁶

Diese Kontrolle greift aber nur dann, wenn die Tarifparteien der zu vergleichenden Regelungen identisch sind.⁹⁷ Gleichbehandlung kann immer nur von demselben Normgeber verlangt werden; nur ihm kann das eigene Verhalten als Selbstbindung zugerechnet werden. Wollte man von einem Normgeber Gleichbehandlung in Bezug auf von einem anderen Normgeber gesetzte Normen verlangen, liefe das auf eine unzulässige einseitige Fremdbestimmung hinaus. Das heißt: Wird der konzernbezogene Tarifvertrag vom Arbeitgeberverband als Tarifpartei vereinbart, muss sich die Abweichung vom Flächentarif der Gleichheitskontrolle stellen. Ist dagegen das Unternehmen Tarifpartei (womöglich vertreten durch den Arbeitgeberverband) oder handelt ein Konzernarbeitgeberverband, scheidet die Kontrolle aus.

Bei der Festlegung des Geltungsbereiches eines Tarifvertrages haben die Tarifvertragsparteien eine Einschätzungsprerogative, die aus der Koalitionsfreiheit und der Tarifautonomie folgt. Die Tarifvertragsparteien können auch »nicht regeln« – und so einen bestimmten Personenkreis aus einem Tarifvertrag ausschließen, indem sie diesen Personenkreis nicht unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages fassen.⁹⁸ Dabei herrscht eine Scheinauseinandersetzung zwischen dem 4. Senat des BAG, der die Nichtregelung verstärkt als Ausfluss des Art. 9 Abs. 3 GG ansieht und deshalb lediglich eine Willkürkontrolle durchführen will⁹⁹, und dem 5. und 6. Senat, die eine »normale« Kontrolle der Ungleichbehandlung anhand sachlicher Gründe propagieren.¹⁰⁰

Sie spielt aber keine Rolle, wenn ein sachlicher Grund für den Ausschluss von Arbeitnehmern aus dem Geltungsbereich gegeben ist und damit auch der strengeren Doktrin genügt ist. Deswegen kommt es darauf an, ob der Entscheidung, die Arbeitnehmer des Konzerns von der Geltung des Flächentarifs auszuschließen und sie statt dessen der Geltung einer konzernbezogenen Regelung zu unterwerfen, sachliche Gründe zu Grunde liegen. Bei organisationsbezogenen Regeln ist dies, insbesondere bei Betriebsstrukturtarifverträgen, unproblematisch, weil eine spezielle betriebsverfassungsrechtliche Organisationsfrage nur so geregelt werden kann. Aber auch Arbeitsbedingungen, die organisatorischen Besonderheiten im Konzern Rechnung tragen, lassen sich so grundsätzlich rechtfertigen, etwa ein Tarifvertrag für Vertriebsgesellschaften. Problematisch sind dagegen allgemeine Arbeitsbedingungen. Wird für die Vertriebsgesellschaften eines Konzerns ein vom Flächentarifvertrag abweichendes Vergütungssystem eingeführt, das den Vertriebseinheiten der dem Flächentarifvertrag unterfallenden Unternehmen vorenthalten wird, muss eine spezifische Rechtfertigung gefunden werden. Sie kann aus der Größe des Vertriebssystems oder seinen Eigenheiten folgen. Überhaupt lässt sich eine spartenbezogene Regelung von Arbeitsbedingungen im Konzern aus der Größe der Sparte ableiten, weil – im Unterschied zu den vielfach auch kleinen Unternehmen, die an den Flächentarif gebunden sind – ein Abweichen von dessen Typisierung gerechtfertigt ist. Soll schließlich ein Konzern in einer wirtschaftlichen

Notlage qua Sanierungstarif¹⁰¹ Entlastung erfahren, so ist die Notlage der Sachgrund. Freilich darf anderen Unternehmen dieselbe Entlastung in einer Notlage nicht verweigert werden.

3. Konzernarbeitskampf?

Wer Tarifverträge schließt, muss sich darüber klar sein, dass damit stets auch das **Risiko des Arbeitskampfes** verbunden ist. Eine Bewertung der Handlungsalternativen muss deswegen auch das Kampfisiko einbeziehen.

a) Friedenspflicht und Flächentarifbindung

Entscheidende Vorfrage ist die Friedenspflicht aus laufenden Tarifverträgen: Solange eine Arbeitsbedingung tariflich geregelt ist, solange ist der tarifschließenden Gewerkschaft der Arbeitskampf um einen Folgetarifvertrag verwehrt.¹⁰² Das gilt nicht nur für die noch laufenden konzerneinheitlichen Tarifverträge – unterschiedslos danach, ob es sich um Haus- oder Verbandstarifverträge

96 BAG vom 27. 5. 2004 – 6 AZR 129/03 – EzA Art. 3 GG Nr. 101 = AP Nr. 5 zu § 1 TVG Gleichbehandlung = NZA 2004, 1399. Für die Herausnahme von Teilzeitbeschäftigten bereits BAG vom 28. 3. 1996 – 6 AZR 501/95 – AP Nr. 49 zu § 2 BeschFG 1985 = NZA 1996, 1280; BAG vom 9. 10. 1996 – 5 AZR 338/95 – EzA § 2 BeschFG 1985 Nr. 50 = AP Nr. 50 zu § 2 BeschFG 1985 = NZA 1997, 728; BAG vom 13. 3. 1997 – 2 AZR 175/96 – EzA § 2 BeschFG 1985 Nr. 52 = AP Nr. 54 zu § 2 BeschFG 1985 = NZA 1997, 842; EuGH vom 9. 9. 1999 – Rs C-281/97 [Andrea Krüger] – EzA Art. 119 EWG-Vertrag Nr. 56 = AP Nr. 11 zu Art. 119 EG-Vertrag = NZA 1999, 1151.

97 EuGH vom 17. 9. 2002 – C-320/00 – »Lawrence/Regent Office«, EuGHE I 2002, 7325 = NZA 2002, 1144 ff. = NJW 2002, 3160 ff.; EuGH vom 27. 10. 1993 – C-127/92 »Enderby« – EuGHE I 1993, 5535 = AP Nr. 50 zu Art. 119 EWG-Vertrag = EzA Art. 119 EWG-Vertrag = NZA 1994, 797; BAG vom 17. 10. 1995 – 3 AZR 882/94 – EzA Art. 3 GG Nr. 49 = AP Nr. 132 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 1996, 656; BAG vom 27. 2. 2002 – 9 AZR 38/01 – EzA § 4 TVG Luftfahrt Nr. 5 unter II 3 b bb [1] = NZA 2002, 1232 (red. Leitsätze).

98 BAG vom 27. 5. 2004 – 6 AZR 129/03 – EzA Art. 3 GG Nr. 101 = AP Nr. 5 zu § 1 TVG Gleichbehandlung = NZA 2004, 1399.

99 BAG vom 30. 8. 2000 – 4 AZR 563/99 = EzA Art. 9 GG Nr. 74 = NZA 2001, 613 = AP Nr. 25 zu § 4 TVG Geltungsbereich = NZA 2001, 613 = SAE 2001, 289; dazu auch Dieterich, Die grundrechtsdogmatischen Grenzen der Tarifautonomie, in: FS Wiedemann (2002), S. 229, 240; Löwisch/Rieble (Fn. 3), § 1 Rn. 222.

100 BAG vom 18. 6. 1997 – 5 AZR 259/96 – BAGE 8, 136, 141 = DB 1997, 1874 – AP Nr. 2 zu § 3d BAT; BAG vom 28. 3. 1996 = 6 AZR 501/95 – BAGE 82, 344, 347 = AP Nr. 49 zu § 2 BeschFG 1985 = DB 1996, 2549; BAG vom 27. 5. 2004 – 6 AZR 129/03 – EzA Art. 3 GG Nr. 101 = AP Nr. 5 zu § 1 TVG Gleichbehandlung = NZA 2004, 1399.

101 Zum Sanierungstarifvertrag etwa BAG vom 22. 10. 2003 – 10 AZR 152/03 – EzA § 1 TVG Rückwirkung Nr. 6 = AP Nr. 21 zu § 1 TVG Rückwirkung = NZA 2004, 444; BAG vom 7. 11. 2000 – 1 AZR 175/00 – EzA § 1 TVG Nr. 43 = AP Nr. 14 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt = NZA 2001, 727; BAG vom 24. 1. 2001 – 4 AZR 655/99 – (Fn. 79) EzA § 4 TVG Tarifkonkurrenz Nr. 14 = NZA 2001, 788 = AP Nr. 173 zu § 1 TVG Tarifverträge: Metallindustrie.

102 Löwisch/Rieble (Fn. 3), § 1 Rn. 376 ff.

handelt. Das gilt gerade auch für im Hintergrund weiterlaufende Verbandstarifverträge, auch wenn diese im Wege der Tarifkonkurrenz verdrängt werden.¹⁰³ Denn in der Sekunde, in der die konzernbezogenen Tarifverträge außer Kraft treten (nach Kündigung, Aufhebungsvertrag oder Fristablauf) und »an sich« ihre Nachwirkung begönne, greift die normative Wirkung des Flächentarifvertrages, wenn er mit derselben Gewerkschaft abgeschlossen ist. Die Friedenspflicht schützt als schuldrechtliche Pflicht zu Gunsten Dritter (§ 328 BGB) nicht nur den tarifschießenden Arbeitgeberverband, sondern auch dessen Mitglieder.¹⁰⁴

Besteht bereits ein Verbandstarifvertrag, so folgt aus der relativen Friedenspflicht¹⁰⁵, dass ein dieselbe Regelungsmaterie ebenfalls treffender anderer Tarifvertrag mit derselben Gewerkschaft, die an die Friedenspflicht aus dem anderen Tarifvertrag gebunden ist, nicht erstreikt werden kann.¹⁰⁶ Die Verbandszugehörigkeit allein schützt dagegen nicht vor dem Arbeitskampf um einen Haustarifvertrag.¹⁰⁷ Das heißt für den Konzerntarifvertrag vor dem Hintergrund eines Flächentarifvertrages: Solange – etwa im Entgeltbereich – ein Verbandstarifvertrag aktuell gilt, besteht die Friedenspflicht und schließt jeden Arbeitskampf um einen Konzerntarifvertrag, der diesen Teil der Arbeitsbedingungen regelt, aus. Gilt umgekehrt der konzernbezogene Tarifvertrag, können die Konzernunternehmen grundsätzlich nicht in die Auseinandersetzung um den allgemeinen Flächentarifvertrag einbezogen werden. Wenn aber beide Tarifverträge zeitgleich durch Fristablauf, Kündigung oder Aufhebungsvertrag enden, hat die Gewerkschaft die Wahl, ob sie die Konzernunternehmen in den Kampf um die Fläche einbezieht oder ob sie auf Verbesserungen des konzernbezogenen Tarifvertrags drängt.

b) Konzernstreik?

Tarifverträge kommen nicht stets einvernehmlich zustande. Für das Konzept eines konzernbezogenen Tarifvertrags stellt sich deshalb die Frage, ob die Gewerkschaft alle Konzernunternehmen in einer konzernbezogenen Tarifaufeinanderersetzung mit dem Streik unter Druck setzen kann. Einigkeit herrscht nur im Ausgangspunkt: Weil der Arbeitskampf der tariflichen Konfliktlösung dient, ist er grundsätzlich auf das Verhältnis der Tarifvertragsparteien zueinander beschränkt. Nur derjenige, der die Tarifforderung erhebt, darf angreifen und nur der potenzielle Tarifpartner darf angegriffen werden. Jeder Kampf durch Dritte oder gegen Dritte ist Sympathiearbeitskampf, der eine besondere Rechtfertigung braucht.¹⁰⁸

Insofern ist jeder (Konzern-)Verbandstarifvertrag zunächst auf ein breiteres Kampfgebiet angelegt als der Haustarif. Um den Haustarifvertrag darf an sich nur im betroffenen Unternehmen gekämpft werden, weil er nur dort gilt. Um parallele Haustarifverträge kann also in den betroffenen Konzernunternehmen (etwa einer Sparte) gekämpft werden. Mit dem Konzern-Arbeitgeberverband liefern sich die beteiligten Unternehmen zunächst unmittelbar dem konzernweiten Arbeitskampf in allen Mitgliedsunternehmen aus.¹⁰⁹

Die grundsätzliche Tarifikzessorietät des Streiks wird von der Rechtsprechung des BAG¹¹⁰ freilich dadurch aufgeweicht, dass der Sympathiestreik der Gewerkschaft gegen dritte Arbeitgeber ausnahmsweise gerade dann zulässig sein soll, wenn

- der Fremdarbeitgeber seine »Neutralitätspflicht« durch Produktionsübernahme verletzt habe (was freilich daran vorbeigeht, dass es eine solche Neutralitätspflicht nicht gibt) oder
- wenn der Fremdarbeitgeber zwar rechtlich selbstständig ist, wirtschaftlich aber dem primär bekämpften Arbeitgeber zuzurechnen ist.

Beide Fälle werden im Konzern praktisch. Dass ein Konzern versucht, streikbedingte Produktionsausfälle in einem bestreikten Unternehmen mit Hilfe anderer Konzernunternehmen aufzufangen, ist nicht außergewöhnlich.¹¹¹ Vor allem aber wird der zweite Fall nahezu synonym mit wirtschaftlicher Verflechtung gesehen, was den **Konzernsympathiearbeitskampf** generell eröffnet.¹¹²

Nimmt ein Konzernunternehmen mit einem Anschlussstarifvertrag (oben II.3.c) oder mit arbeitsvertraglichen Klauseln (oben 1.c) Bezug auf den für ein anderes Konzernunternehmen geltenden Tarifvertrag, so soll dies

103 Löwisch/Rieble (Fn. 74), S. 474.

104 Löwisch/Rieble (Fn. 3), § 1 Rn. 443.

105 BAG vom 21. 12. 1982 – 1 AZR 411/80 – AP Nr. 76 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA § 1 TVG Friedenspflicht Nr. 1; *Stahlhacke*, Aktuelle Probleme tarifrechtlicher Friedenspflicht, FS Molitor (1988), 354 ff.; Wiedemann/Wiedemann (Fn. 3), § 1 Rn. 681; *Gamillscheg* (Fn. 2), S. 1078; Löwisch/Rieble (Fn. 3), § 1 Rn. 376 ff.

106 BAG vom 10. 12. 2002 – 1 AZR 96/02 – AP Nr. 162 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 134 = NZA 2003, 734 = BB 2003, 1125 = DB 2003, 1116; BAG vom 8. 2. 1957 – 1 AZR 169/55 – AP Nr. 1 zu § 1 TVG Friedenspflicht = BB 1957, 327 = SAE 1957, 167 = BAGE 3, 280; BAG vom 12. 9. 1984 – 1 AZR 342/83 – AP Nr. 81 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 54 = NZA 1984, 393; hinsichtlich der Reichweite deutlich enger Däubler/Reim (Fn. 3), § 1 Rn. 1006 ff.

107 Nur BAG vom 10. 12. 2002 – 1 AZR 96/02 – AP Nr. 162 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 134 = NZA 2003, 734.

108 MünchArbR/Otto (Fn. 17), § 286 Rn. 38 ff.

109 Streit besteht in der Literatur nur um die Frage, ob das Kampfgebiet vom Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrages abhängt (h.M.) oder von der gemeinsamen Tarifzuständigkeit der Tarifvertragsparteien, dazu MünchArbR/Otto (Fn. 17), § 285 Rn. 161 ff., und *Kissel*, Arbeitskampfrecht (2000) m.w.N. zum Streitstand.

110 BAG vom 5. 3. 1985 – 1 AZR 468/83 – AP Nr. 85 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 57 = NZA 1985, 504, bestätigt in der Entscheidung vom 12. 1. 1988 – 1 AZR 219/86 – EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 73 = AP Nr. 90 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = NZA 1988, 474; weiter BAG vom 9. 4. 1991 – 1 AZR 332/90 – EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 98 mit Anm. *Rieble* = AP Nr. 116 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = NZA 1991, 815.

111 MünchArbR/Otto (Fn. 17), § 286 Rn. 51.

112 MünchArbR/Otto (Fn. 17), § 286 Rn. 50. Zu Recht ablehnend gegenüber jeder Form des Sympathiearbeitskampfes *Kissel* (Fn. 109), § 24 Rn. 16 ff., 41 ff., 49.

nach einer neuen Entscheidung des BAG ernstlich dort den Arbeitskampf nach dem Partizipationsprinzip erlauben.¹¹³ Die Praxis jedenfalls muss sich darauf einstellen. Eine rechtssichere Begrenzung der Streikbefugnis lässt sich durch eine »Engführung« des Regelungsinstrumentes Tarifvertrag derzeit nicht bewerkstelligen. Freilich spielt das ohnehin immer weniger eine Rolle, weil die Arbeitgeberseite schon im Vorfeld des Arbeitskampfs die Standortverlagerungskarte zur Gewerkschaftsdisziplinierung nutzen kann.

4. Mitgliedspflichten im Arbeitgeberverband

Wollen die Konzernunternehmen den Flächentarif »im Hintergrund« beibehalten, aber zugleich ohne den Arbeitgeberverband eine konzernspezifische Lösung entwickeln, stellt sich die Frage nach den Mitgliedschaftspflichten. Tarifrrechtlich hat das von vornherein nichts zu bedeuten. Selbst wenn die Satzung des Arbeitgeberverbands wirksam den Abschluss von Haustarifen durch ein Mitglied oder die Mitgliedschaft in einem Konzernarbeitgeberverband verböte, bliebe die Geltung des konzernbezogenen Haus- oder Verbandstarifs hiervon unberührt; es handelt sich um unterschiedliche Rechtskreise. Die Satzung hat hier (anders als bei Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit) keine tarifrrechtliche Außenwirkung.¹¹⁴ Doch stellt sich die Frage, ob dem Mitglied überhaupt abweichende tarifliche Regeln verboten werden können. Die überwiegende Meinung hält das »verbandsinnenrechtlich« für möglich.¹¹⁵

Dafür spricht, dass sich der Arbeitgeber durch Eintritt in den Arbeitgeberverband der Verbandsgewalt freiwillig unterworfen hat. Verbietet nun diese Verbandsgewalt den Abschluss von Haustarifverträgen oder die Mitgliedschaft in konkurrierenden Verbänden, so ist der Arbeitgeber daran gebunden. Dem Verband steht bei diesen Regelungen auch ein anerkanntes Interesse zur Seite, nämlich das einer einheitlichen Verbandstarifpolitik mit entsprechender Verbandsdisziplin. Abweichende Haustarifverträge durch zahlreiche Mitglieder können zu einer Zersplitterung der Regelungslandschaft führen und den Verbandstarifvertrag im schlimmsten Falle konkurrenzieren. Zudem kann sich das Mitglied vom Verbandstarifvertrag lösen, will es eigene tarifpolitische Wege gehen. Das Ergebnis führt aber dazu, dass der Arbeitgeber von seiner durch § 2 Abs. 1 TVG gewährleisteten Tariffähigkeit, die selbstständig neben der des Verbandes steht, womöglich keinen Gebrauch machen kann.¹¹⁶

Deswegen stellt sich die Frage durchaus ernst: Kann ein Verband seinem Mitglied im Kollektivinteresse verbieten, eigennützig von rechtsgeschäftlichen Befugnissen Gebrauch zu machen? Das Kartellrecht verneint das für den Gütermarkt. Seine Wertungen sind freilich auf den Arbeitsmarkt nicht übertragbar.¹¹⁷ Blickt man auf die Arbeitnehmerseite, so lautet die Parallelfrage, ob eine Gewerkschaft dem Arbeitnehmer vereinsrechtlich untersagen kann, mit Hilfe des Günstigkeitsprinzips übertarifliche Arbeitsbedingungen zu vereinbaren, oder ob die individuelle Vertragsfreiheit solche Höchsttarbeitsbedingungen untersagt. Eben dies ist heftig umstritten. Nach

einer Meinung sind nur zweiseitig vereinbarte Höchsttarbeitsbedingungen untersagt, weil sie das Günstigkeitsprinzip unmittelbar hintertreiben¹¹⁸, was spiegelbildlich für die Arbeitgeber heißt, dass sich die Gewerkschaft nicht schuldrechtlich verpflichten kann, mit Arbeitgebern keine Haustarife abzuschließen.¹¹⁹ Richtigerweise hingegen gebietet die Berufsfreiheit des Art. 12 GG, dass der Arbeitnehmer auch nicht durch einseitige Verbandsbeschlüsse (der Gewerkschaft wie der Arbeitgeberseite) in seiner Vertragsfreiheit beschränkt werden darf.¹²⁰ Es gibt schlicht kein schützenswertes Interesse, den Arbeitnehmer auf Höchsttarbeitsbedingungen zu beschränken. Spiegelbildlich ist das Interesse des Arbeitgeberverbands zu verneinen, dem Mitglied die Abweichung vom Verbandstarif durch Haustarif zu untersagen. Das tarifpolitische Interesse ist darauf gerichtet, keine »zu teuren« Flächentarife abzuschließen, die die typisierte Leistungskraft des durchschnittlichen Mitglieds überfordert. Abweichungen hiervon mögen zwar die »Tarifdisziplin« untergraben und die Gleichheit der Wettbewerbsbedingungen in Frage stellen. Doch kommt weder dem Tarifvertrag noch dem Verband die Funktion zu, den unternehmerischen Wettbewerb durch gleichförmige Arbeitsbedin-

113 BAG vom 18.2.2003 – 1 AZR 142/02 – EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 135 mit kritischer Anmerkung Rieble = AP Nr. 163 zu Art. 9 GG = NZA 2003, 866 ff.

114 BAG vom 24.1.2001 – 4 AZR 655/99 – AP Nr. 173 zu § 1 TVG Tarifverträge: Metallindustrie = EzA § 4 TVG Tarifkonkurrenz Nr. 14 = NZA 2001, 788; BAG vom 4.4.2001 – 4 AZR 237/00 – AP Nr. 26 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz = EzA § 3 TVG Nr. 22 = NZA 2001, 1085; BAG vom 22.2.2002 – 4 AZR 22/01 – n.v.

115 Buchner, Möglichkeiten und Grenzen betriebsnaher Tarifpolitik (Teil I), DB 1970, 2025, 2029; ders., Unternehmensbezogene Tarifverträge – tarif-, verbands- und arbeitskampfrechtlicher Spielraum, DB 2001, Beilage 9, 1, 6; von Hoyningen-Huene, Die Rolle der Verbände bei Firmentarifverträgen, ZfA 1980, 453, 463; Jacobs, Die Erkämpfbarkeit von firmenbezogenen Tarifverträgen mit verbandsangehörigen Arbeitgebern, ZTR 2001, 249, 251; Wiedemann/Oetker (Fn. 3), § 2 Rn. 116; Reuter, Können verbandsangehörige Arbeitgeber zum Abschluss von Haustarifverträgen gezwungen werden?, NZA 2001, 1097, 1101.

116 Dazu Blanke, Personalüberleitungsvertrag bei Privatisierungen, ZTR 2000, 211, 213; in diese Richtung schon Hensche, Zur Zulässigkeit von Firmentarifverträgen mit verbandsangehörigen Unternehmen, RdA 1971, 9, 17, die aber zu Unrecht eine Einschränkung der Koalitionsfreiheit des Arbeitgebers annehmen. Doch ist die Tarifautonomie des Arbeitgebers für ihn kein Recht aus Art. 9 Abs. 3 GG; er ist keine Koalition. Dazu MünchArbR/Löwisch/Rieble (Fn. 17), § 246 Rn. 75 m.w.N.

117 Dazu MünchArbR/Löwisch/Rieble (Fn. 17), § 247 Rn. 8.

118 Wiedemann/Wank (Fn. 3), § 4 Rn. 398; Konzen, Günstigkeitsprinzip und Verbandsbeschluss zur Verhinderung übertariflicher Arbeitsbedingungen, Betrieb 1965, 630 ff.; Richardi, Kollektivgewalt und Individualwille (1968), S. 373 ff.

119 Rieble, Der Fall Holzmann und seine Lehren, NZA 2000, 225, 229 ff.; zustimmend Söllner, Tarifmacht – Grenzen und Grenzverschiebungen, NZA 2000, Sonderbeilage zu Heft 24, S. 33, 39.

120 Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (1996), Rn. 1695 ff.; Sacker/Oetker, Höchstnormenbeschlüsse der Koalitionen zwischen Freiheitsschutz und Verbandsautonomie, ZfA 1996, 85 ff.

gungen zu ordnen.¹²¹ Deswegen scheiden solche Verbote nach meiner Auffassung aus. Die Gegenauffassung muss aber jedenfalls eine eindeutige Klausel »gegen Tarifungehorsam« verlangen, weil das geltende Tarifrecht jedem Arbeitgeber die Freiheit zum Haustarif zuspricht.

Anders zu bewerten sind Parallelmitgliedschaften in einem konkurrierenden Verband. Denn hier geht es um das organisationspolitische Interesse des Arbeitgeberverbandes, die Interessen der Mitglieder allein zu vertreten.¹²² Doppelmitgliedschaften in konkurrierenden Arbeitgeberverbänden führen nicht nur zu unerwünschter Tarifkonkurrenz (die nach dem eben Gesagten womöglich hinzunehmen wäre); sie berührt den ureigenen Koalitionszweck, die Interessen der Mitglieder zu bündeln und zu artikulieren. Ein konkurrierender Verband könnte fremde Interessen in die innerverbandliche Willensbildung hineinbringen und womöglich gar eine »feindliche Übernahme« betreiben. Das heißt aber gleichfalls nicht, dass jede Mitgliedschaft in einem Zweitverband als unzulässige Konkurrenz zu werten ist. So wie der Arbeitnehmer mit zwei branchenverschiedenen Arbeitsverhältnissen in zwei unterschiedlichen Gewerkschaften Mitglied sein darf, so muss auch dem Arbeitgeber mit branchenverschiedenen Betrieben die Mitgliedschaft in den jeweils fachlich zuständigen Verbänden erlaubt sein.¹²³ Deswegen ist aus meiner Sicht auch die Mitgliedschaft in einem Konzernarbeitgeberverband solange keine schädliche Konkurrenz zum allgemeinen Arbeitgeberverband, als ersterer seine Organisationszuständigkeit eng auf den Konzern begrenzt – und damit gerade nicht für sonstige Mitglieder des Arbeitgeberverbands offensteht. Denn dann geht es nur um die Tarifregelung im Konzern als wirtschaftlicher Einheit, für die die verbundenen Unternehmen ein eigenständiges tarifliches Regelungsinteresse haben. So wie sie mehrgliedrige Tarifverträge abschließen dürfen, muss ihnen auch der Weg über einen Konzernarbeitgeberverband erlaubt sein. Das ist nur eine andere Organisationsform für denselben erlaubten Zweck.

Auch wenn die konzernspezifische Tarifregelung im Ausgangspunkt erlaubt ist, müssen die Konzernunternehmen ihre vereinsrechtliche Loyalitätspflicht achten. Die Pflicht zur Vereins- oder Verbandstreue muss nicht in der Vereinssatzung festgeschrieben sein; sie folgt unmittelbar aus dem Mitgliedschaftsverhältnis.¹²⁴ Als Vereinsmitglied ist dem Konzernunternehmen jedes »Arbeiten gegen den Verein« verboten.¹²⁵ Das heißt auch: Konzernspezifische Tarifregeln dürfen Tarifpolitik der jeweiligen Arbeitgeberverbände nicht hintertreiben. Davon kann aber keine Rede sein, wenn vor dem Hintergrund der Flächentarife Anpassungen an konzernspezifische Regelungsbedürfnisse vereinbart werden, die entweder aus der Organisation (Sparten), der geleisteten Arbeit oder der wirtschaftlichen Lage folgen.

Liegt doch einmal ein Verstoß gegen die Loyalitätspflicht vor, müssen die Konzernunternehmen mit dem Ausschluss aus dem Arbeitgeberverband als Sanktion rechnen, wenn ein »grober« oder »schwerer« Verstoß vorliegt. Solche typischen Satzungsbestimmungen sind trotz ihrer Unbestimmtheit vereinsrechtlich zulässig.¹²⁶

V. Schuldrechtliche Konzerntarifverträge

Wenigstens im Grundsatz müssen hier auch schuldrechtliche Konzerntarifverträge angesprochen werden: Allgemein können Arbeitsbedingungen auch durch schuldrechtliche Normenverträge geregelt werden.¹²⁷ Mit ihnen können Grenzen des normativen Tarifvertrags überwunden werden – aber eben nur unter Verzicht auf die spezifische Durchsetzungskraft des Tarifvertrages qua normativer Wirkung. So können nicht tariffähige Koalitionen Arbeitsbedingungen regeln und tariffähige solche Bedingungen, die außerhalb der Tarifmacht liegen.¹²⁸ Ihre Durchsetzung hängt auf der verpflichteten Arbeitgeberseite typischerweise davon ab, dass der vertragsschließende Verband seine Einwirkungsmöglichkeiten zur Umsetzung nutzt – eine Konstruktion, die für die schuldrechtliche Durchführungspflicht aus dem Tarifvertrag ausdiskutiert ist.¹²⁹

Eben dieser Weg ist auch für die konzernweite Regelung von Arbeitsbedingungen nutzbar: Die Konzernobergesellschaft kann der Gewerkschaft versprechen, im Konzern oder Teilen desselben bestimmte Arbeitsbedingungen durch Haustarifvertrag oder Arbeitsvertrag regeln zu lassen. Das muss freilich vollzogen werden – durch Vertragsschluss der einzelnen Konzernunternehmen. Um diesen Vertragsschluss zu veranlassen, kann das herrschende Unternehmen seine Konzernleitungsmacht nutzen (soweit diese nicht durch Entherrschungsverträge begrenzt ist). Eben dies kann das herrschende Unternehmen der Gewerkschaft auch schuldrechtlich

121 Dazu, dass der Tarifvertragsbruch keine wettbewerbliehen Ansprüche nach § 4 Nr. 11 UWG auslöst, *Köhler*, Der Rechtsbruchtatbestand im neuen UWG, GRUR 2004, 381, 384; *Ullmann*, Das Koordinatensystem des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Spannungsfeld von Europa und Deutschland, GRUR 2003, 817, 822; für die alte Rechtslage BGH vom 3. 12. 1992 – I ZR 276/90 »Tariflohnunterschreitung« – BGHZ 120, 320 = AP Nr. 10 zu § 1 UmwG. Das BAG verneint mit dem BGH zu Recht jede Wettbewerbsdimension der Allgemeinverbindlicherklärung, BAG vom 24. 1. 1979 – 4 AZR 377/77 – EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 98 = AP Nr. 16 zu § 5 TVG. Zur starken Gegenmeinung BVerwG vom 3. 11. 1988 – 7 C 115/86 – AP Nr. 23 zu § 5 TVG = NZA 1989, 364 unter II 4; *Wiedemann/Wanke* (Fn. 3), § 5 Rn. 5 m.w.N.

122 Schon BGH vom 25. 3. 1991 – II ZR 170/90 – AP Nr. 3 zu § 25 BGB = NZA-RR 1992, 246; weiter *Löwisch/Rieble* (Fn. 3), § 3 Rn. 42.

123 *Löwisch/Rieble* (Fn. 3), § 3 Rn. 43.

124 *MünchKommBGB/Reuter* (Fn. 15), § 38 Rn. 41.

125 BGH vom 4. 7. 1977 – II ZR 30/76 – AP Nr. 25 zu Art. 9 GG = DB 1977, 2226 = BB 1977, 1449 = MDR 1978, 29 = WM 1977, 1166.

126 Dazu BGH vom 26. 10. 2001 – KZR 3/61 – BGHZ 36, 114 = NJW 1962, 247; *Reichert*, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, 9. Aufl. (2003), Rn. 1600 ff., 1622.

127 Grundlegend *Alfred Hueck*, Normenverträge, Jherings Jahrbücher Band 73 (1923), S. 33 ff.; weiter *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (1996), Rn. 769 ff., 780 ff.

128 *Löwisch/Rieble* (Fn. 3), Grundl. Rn. 66 ff.

129 Dazu eingehend *Wallisch*, Die tarifvertraglichen Einwirkungspflichten (1998).

versprechen.¹³⁰ Die Unternehmensautonomie ist zunächst nicht gefährdet, weil solche schuldrechtlichen Absprachen nicht durch Arbeitskampf erzwingbar sind.¹³¹

Freilich wird man hinsichtlich der Regelungsgegenstände danach differenzieren müssen, ob es sich um echte Arbeitsbedingungen handelt oder ob unternehmerische Entscheidungen auf diese Weise vorbestimmt werden sollen. Die Frage, inwieweit Gewerkschaften durch Schuldverträge Einfluss auf unternehmerische Entscheidungen nehmen dürfen – und inwieweit sie einer Haftung aus § 117 AktG unterfallen –, ist bislang nicht geklärt.¹³² Von vornherein außerhalb jeder Vereinbarungsmacht liegt die Mitgliedschaft in einem (Konzern-)Arbeitgeberverband. Hier sorgt Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG für die Nichtigkeit jeder Abrede, die die autonome Ausübung der negativen Koalitionsfreiheit zu behindern sucht.

Soweit ein solcher schuldrechtlicher Konzerntarifvertrag auf Vollzug durch Haustarife zielt, ist er zugleich ein Vorvertrag auf Konzernebene. Sein Vollzug setzt voraus, dass die Arbeitsbedingungen tariflich regelbar sind und dass die Gewerkschaft für jedes betroffene Unternehmen tarifzuständig ist (oben III.2).

Einen Sonderfall hat das BAG bereits entschieden: Das Goethe-Institut hatte in Mexiko Institute ausgegliedert, um dem heimischen Tarifvertrag zu entgehen. Das BAG hat dann allen Ernstes gemeint, das Goethe-Institut sei wegen der eigenen Tarifbindung verpflichtet, auf die mexikanischen Töchter dahin einzuwirken, den ursprünglichen Tarifvertrag einzuhalten, der für jene gar nicht gilt – zumal die deutsche Gewerkschaft für mexikanische Rechtspersonen keine Tarifmacht nach dem TVG beanspruchen kann und auch der Tariferhalt nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB kollisionsrechtlich nicht greift.¹³³

Indes ist jene Entscheidung verfehlt: Keine Tarifpartei hat Anspruch darauf, dass tarifgebundene Unternehmen organisatorisch so bleiben, wie sie sind. Umstrukturierungen durch Herausnahme von Teileinheiten sind erlaubt und können nach meiner Auffassung mit Blick auf die Unternehmensautonomie auch vertraglich nicht untersagt werden. Die Gewerkschaft muss es hinnehmen, dass ein tarifgebundenes Unternehmen durch Reorganisationsakte Betriebe oder Betriebsteile aus dem Tarifvertrag herausführt. Es gibt keinen Schutz des Unternehmensbestandes als Herrschaftsobjekt des Tarifvertrages. Ob im Falle der Tariffucht Tarifverträge zum Schutz der Arbeitnehmer (und nicht primär der Gewerkschaft!) weitergelten, entscheidet das Arbeitsrecht in Deutschland insbesondere mit § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB. Deswegen ist nicht nur jene Entscheidung falsch, die Mängel des mexikanischen Rechtes kompensieren wollte; aus ihr lässt sich entgegen *Deinert*¹³⁴ auch keine Verallgemeinerung für alle Fälle der Umstrukturierung im Konzern ableiten.¹³⁵

VI. Zusammenfassung

1. Für den Konzerntarifvertrag gibt es ein erhebliches Bedürfnis. Vorausgesetzt ist er für tarifliche Modifikationen der Betriebsverfassung – vom konzernbezogenen

Betriebsstrukturtarifvertrag bis zur Regelung der Betätigung des Konzernbetriebsrats. Auch für materielle Arbeitsbedingungen steigt das Bedürfnis nach konzern-(sparten)spezifischen Tarifregeln.

2. Weil der Konzerntarifvertrag an der fehlenden tarifrechtlichen Handlungsfähigkeit des Konzerns scheitert, bleiben nur die traditionellen Regelungsinstrumente Haustarifvertrag des einzelnen Unternehmens und Verbandstarif eines Arbeitgeberverbands. Dabei ist für die Tarifierung durch mehrere Konzernunternehmen insbesondere an den mehrgliedrigen Haustarif wie an den Tarifvertrag eines eigens errichteten Konzernarbeitgeberverbands zu denken. Als Zwischenlösung ist eine Tarifgemeinschaft der verbundenen Unternehmen denkbar. Wenig praktisch sind Anschlussstarifverträge, die einem Pilotabschluss im Konzern folgen.

3. Große Schwierigkeiten macht die Tarifzuständigkeit der Gewerkschaften, da diese nur scheinbar konzernorientiert ist. Den DGB-Gewerkschaften geht es nur um Besitzstandswahrung und nur insofern können ausgegliederte Konzerneinheiten bei der bisherigen Gewerkschaft »bleiben«. Die großen Arbeitgeberverbände verfügen von vornherein nicht über eine Konzernorientierung.

4. Tarifrechtlich setzt sich die speziellere Konzernregelung gegenüber dem Flächentarif durch, so dass die Mitgliedschaft im allgemeinen Arbeitgeberverband beibehalten werden kann. Allerdings bereitet die Nachwirkungsphase des konzernbezogenen Tarifvertrags erhebliche Probleme, weil dann für einen nur kurzen Zeitraum der Flächentarifvertrag gelten kann.

5. Konzernbezogener Tarifvertrag heißt auch: konzernbezogener Arbeitskampf.

130 Wiedemann/Oetker (Fn. 3), § 2 Rn. 109; Löwisch/Rieble (Fn. 3), § 2 Rn. 148. Zum ansonsten grundsätzlichen Ermessen des herrschenden Unternehmens bei Weisungen Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 3. Aufl. (2003), § 308 Rn. 34.

131 MünchArbR/Otto (Fn. 17), § 285 Rn. 2, 5 ff.

132 Vergleiche hierzu MünchKommAktG/Kropff, 2. Aufl. (2004), § 117 Rn. 13: Einfluss auf Gesellschaft kraft Mitgliedschaft in der Gewerkschaft; Hüffer (Fn. 21), § 117 Rn. 3: Einfluss als Mitglied in Arbeitnehmervertretungen; Mertens, Aufsichtsratsmandat und Arbeitskampf, AG 1977, 306, 318: »Eine unmittelbare Schadenersatzhaftung der Gewerkschaften selbst kann aus § 117 Abs. 1 AktG folgen, wenn diese zum Schaden der Gesellschaft Einfluss auf Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer ausüben. Soweit ein Aufsichtsratsmitglied als Organ einer Gewerkschaft im Sinne des § 31 BGB anzusehen ist, kann deren Haftung auch nach §§ 823, 826 BGB in Verbindung mit dieser Vorschrift in Betracht kommen.«

133 BAG vom 11. 9. 1991 – 4 AZR 71/91 = EzA § 1 TVG Durchführungspflicht Nr. 1 = AP Nr. 29 Internat. Privatrecht, Arbeitsrecht = NZA 1992, 321 = SAE 1993, 181 mit Anm. Otto; dazu Riesenhuber, Tarifbindung und Ausgliederung von Unternehmensteilen, BB 1993, 1001 ff.; Wallisch (Fn. 129), S. 94 ff.; Däubler/Deinert (Fn. 3), § 3 Rn. 30.

134 Däubler/Deinert (Fn. 3), § 3 Rn. 30.

135 Richtig: Wallisch (Fn. 129), S. 92 f.