



Professor Dr. Volker Rieble und Dr. Ulf Klebeck, München*

Tarifwechsel ins Handwerk

Es kann geschehen, dass ein tarifgebundenes Unternehmen, das bisher einem bestimmten Industrietarif unterlag, durch Auslagerung von Produktionskapazitäten seinen „industriellen“ Charakter verliert und in der Gesamtschau nurmehr als „handwerkliches“ Unternehmen zu bewerten ist. Die Autoren zeigen Wege auf, wie ein solches „Herauswandern“ aus der Industrie gleichzeitig zu einem „Herauswandern“ aus dem Industrietarif führen kann. Da die Handwerkstarife in der Regel für den Arbeitgeber günstiger sind, wird oft ein konkretes Interesse des Unternehmens bestehen, den (alten) Industrietarif durch den (neuen) Handwerkstarif abzulösen. Die Autoren geben rechtliche Empfehlungen im Zusammenhang mit den wesentlichen Fallgestaltungen: Tarifwechsel zu einem mit derselben Gewerkschaft geschlossenen Handwerkstarif, Neuausschluss eines Haustarifs mit derselben Gewerkschaft sowie Abschluss eines Handwerkstarifs mit einer anderen Gewerkschaft. Besondere Erwähnung finden die Zweifelsfragen, die sich stellen, falls die betroffenen Arbeitsverträge sog. Bezugnahme Klauseln auf Tarifverträge aufweisen.

I. Tarifabgrenzung zwischen Handwerk und Industrie

1. Die (unerkannte) Chance

a) Tarifwechsel-Optionsrecht bei Erfüllung der Geltungsbereichsvoraussetzungen des Zieltarifs

Der Lohnkostendruck auf Unternehmen in Deutschland lässt nicht nur die Rufe der Arbeitgeberseite nach unternehmensbezogenem Tarifdispens lauter werden, sondern bestärkt die Tariffluchtbemühungen,¹ denen der 4. und gleichzeitig Tarifserrat des BAG energisch, aber letztlich hilflos begegnet.² Am Ende bleibt stets die Standortverlagerung als Flucht in den Osten oder ins Ausland.³ Tarifkenner bevorzugen die „Flucht“ in einen anderen und billigeren Tarifvertrag. Besondere Aufmerksamkeit gilt dem Tarifwechsel von der Industrie ins Handwerk, weil die Gewerkschaft typischerweise dieselbe ist und deswegen dem Tarifwechsel nichts entgegenzusetzen kann. Hat eine Gewerkschaft verschiedene Tarifwerke mit unterschiedlichen Tarifpartnern abgeschlossen, bedeutet das für die Arbeitgeberseite ein einseitiges Optionsrecht:⁴ Sobald es gelingt, die Geltungsbereichsvoraussetzungen des Zieltarifs zu erfüllen, genügt der Eintritt in den tarifschließenden Arbeitgeberverband, um die Tarifgeltung zu legitimieren. Für den Tarifwechsel innerhalb der Tarifwerke von Multibranchengewerkschaften wie ver.di und IG Metall ist hierauf hingewiesen worden.⁵ Für den Wechsel von Industrie- zu Handwerkstarifen gilt das nicht minder – mit der Besonderheit, dass dies bei praktisch allen Gewerkschaften möglich ist, etwa auch bei der kleinen NGG. Handwerkstarife sehen typischerweise längere Arbeitszeiten und niedrigere Entgelte vor.

b) Unbemerkttes Herauswachsen von Unternehmen aus dem Industrietarif

Pikant wird der Tarifwechsel ins Handwerk dadurch, dass er gelegentlich unbemerkt geschieht. Hat ein Unternehmen die Produktion (oder große Teile derselben) ins kostengünstigere Aus-

land verlagert, sind in Deutschland Vertrieb und Service-Einheiten geblieben. Letztere bemühen sich typischerweise handwerklich um Montage, Wartung und Reparatur. Solche Service-Einheiten betreiben für sich genommen Handwerk. Das kann dazu führen, dass das Unternehmen insgesamt unbemerkt aus den Industrietarifen herausgewandert ist. Die Bezahlung und Behandlung der Arbeitnehmer erfolgt aber weiterhin und irrig nach diesen Industrietarifen. Für den Arbeitgeber ist das unnötig teuer; für die Personalverantwortlichen ein Haftungsrisiko. Für die Arbeitnehmer begründet das einen trügerischen Luxus. Weil es keine Tarifgeltung kraft Vertrauensschutzes gibt⁶ und auch die betriebliche Übung den Rechtsirrtum nicht auffängt,⁷ können sie von einem Tag auf den anderen mit Entgeltensenkungen konfrontiert werden.

2. Industriezugehörigkeit als Voraussetzung der Tarifgeltung

Industrietarifverträge können im Einzelarbeitsverhältnis nur gelten, wenn dieses der Industrie zugeordnet werden kann. Das folgt aus § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG: Die beiderseits Tarifgebundenen müssen unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallen. Der Arbeitgeber muss also mit seinem Unternehmen oder seinem Betrieb (je nach Formulierung des fachlichen Geltungsbereichs im Tarifvertrag) dem fachlichen Geltungsbereich zuzuordnen sein – also erstens der Branche, aber zweitens gerade auch der Industrie.

Das folgt aus der Ausrichtung sowohl der Tarifverträge wie auch der Arbeitgeberverbände an einer gewerberechtlichen (und damit letztlich öffentlich-rechtlichen) Unterscheidung: Tarifverträge knüpfen typischerweise an die gewerbliche Zwecksetzung des Arbeitgebers an – und nicht etwa an einen eigenständigen Unternehmensbegriff. Damit setzen die Tarifverträge am (wirtschaftsverwaltungsrechtlichen) Gewerbebegriff der Gewerbeordnung an, was etwa karitative Unternehmen wegen der fehlenden Gewinnerzielungsabsicht ausnimmt.⁸ Konsequenz folgt dieser gewerberechtlichen Orientierung die gleichfalls wirtschaftsverwaltungs-

* Professor Dr. Rieble ist Wissenschaftlicher Direktor des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht (ZAAR) und Inhaber des Lehrstuhls für Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht an der Ludwig-Maximilians-Universität, München; Dr. Klebeck ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am ZAAR. Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. XII.

1 Zur Tarifflucht nur Bauer/Diller, DB 1993, 1085; Däubler, ZTR 1994, 448; Hensche, AuR 1996, 331; Schaub, AuA 1998, 44; Lambrich/Trappehl, Tarifflucht, 2002.

2 BAG vom 14. 12. 2005 – 4 AZR 536/04, Pressemitteilung Nr. 77/05.

3 Zur Standortverlagerung (neudeutsch: Offshoring) und dessen Einsatz als Druckmittel des Arbeitgebers Rieble, RdA 2005, 200; Däubler, NJW 2005, 30.

4 Hierzu eingehend Löwisch/Rieble, in: FS Schaub, 1998, S. 457 ff.

5 Etwa Melms, NZA 2002, 296; Kempen, NZA 2003, 415; Schiefer, DB 2003, 390; Bauer/Haufsmann, DB 2003, 610, 611.

6 Zur „Erwirkung“ der Mitgliedschaft und damit der Tarifgebundenheit kraft Rechtsscheins eingehend Löwisch/Rieble, TVG, 2. Auflage 2004, § 3 Rn. 24 f.

7 Hanau/Kania, in: FS Schaub, 1998, S. 239, 258 ff.; Löwisch/Rieble (Fn. 6), § 3 Rn. 250; Bauer/Haufsmann, DB 2003, 610, 611; eingehend auch Henssler, in: FS 50 Jahre BAG, 2004, S. 683 ff.; Bepler, RdA 2004, 226; ebenso BAG vom 21. 1. 2003 – 3 AZR 35/02, AP Nr. 63 zu § 1 BetrAVG Zusatzversorgungskassen; BAG vom 17. 4. 2002 – 5 AZR 89/01, BB 2002, 2022 = AP Nr. 6 zu § 2 NachwG = NZA 2002, 1096.

8 Vgl. nur BAG vom 20. 4. 1988 – 4 AZR 646/87, AP Nr. 95 zu § 1 TVG Tarifverträge – Bau = EzA § 4 TVG Bauindustrie Nr. 37 = BB 1988, 1466.

Rieble | Klebeck | Tarifwechsel ins Handwerk

rechtliche Unterscheidung von Handwerk und Industrie, die in § 1 HandwO angelegt ist. Nach § 1 Abs. 2 HandwO ist ein Gewerbebetrieb ein Handwerksbetrieb im Sinne der HandwO, wenn er handwerksmäßig betrieben wird und vollständig oder in wesentlichen Tätigkeiten ein Gewerbe umfasst, das in der Anlage A zu der HandwO aufgeführt ist. Dass jene wirtschaftsverwaltungsrechtliche Orientierung in das Tarifsystem einstrahlt, hat ganz pragmatische Gründe: Sie liegen weniger in der geringeren Belastbarkeit der Handwerksbetriebe als typische Kleinunternehmen. Auch die Industrie kennt kleine Unternehmen, das Handwerk im Gegenzug auch große, die es an Leistungskraft mit Industrieunternehmen aufnehmen können. Grund ist vielmehr die spezifische Kammer- und Innungsorganisation des deutschen Handwerks: In den Handwerkskammern sind die Handwerksunternehmen zwangsweise organisiert; die parallel zu den Kammern organisierten Innungen setzen auf freiwillige Mitgliedschaft. Die Innungen nehmen nach Maßgabe der HandwO Aufgaben von Arbeitgeberverbänden wahr; sie und die Innungsverbände sind insbesondere nach §§ 54 Abs. 3 Nr. 1, 82 Satz 1 Nr. 3, 85 Abs. 2 i.V.m. 82 Nr. 3 HandwO tariffähig. Ob das wirklich verfassungsgemäß ist, wie das BVerfG in einer frühen Entscheidung meinte,⁹ mag hier dahinstehen. Jedenfalls aber (ver)formt die Existenz staatlich vorgehaltener Ersatzarbeitgeberverbände das Tarifgeschehen dadurch, dass die Innungen und Innungsverbände Handwerkstarife abschließen und die freien Arbeitgeberverbände sich auf die Industrie und deren Arbeitsbedingungen beschränken. Nötig ist das nicht, wie andere Tarifwerke für „handwerkslose“ Branchen zeigen. Dort vertreten die Arbeitgeberverbände alle Unternehmen, etwa im Handel.

In aller Regel geschieht das ausdrücklich: Im fachlichen Geltungsbereich der Tarifverträge findet sich nahezu stets das Wort „Industrie“, in aller Regel in fachspezifischer Wortzusammensetzung, z.B. „Metallindustrie“, „Chemische Industrie“. Mit dieser Wortwahl nehmen die Tarifparteien inzident Bezug auf den gewerberechtlichen Begriff,¹⁰ weswegen die Industriezugehörigkeit nach wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Maßstäben zum Tatbestandsmerkmal für die normative Tarifgeltung wird.

Gelegentlich verzichten Tarifverträge auf eine fachliche Umschreibung im Geltungsbereich und verweisen auf die Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband als Voraussetzung.¹¹ Das könnte auf den ersten Blick bedeuten, dass auch ein (verkanntes) Handwerksunternehmen mit fortbestehender Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband noch dessen Tarifverträgen unterfallen kann. Indes ist jedem Tarifvertrag mit der gemeinsamen Tarifzuständigkeit der Tarifparteien ein maximaler Geltungsbereich vorgegeben.¹² Mit der Formulierung des Geltungsbereichs können die Tarifparteien den Geltungsanspruch ihres Regelwerkes nur einschränken – nie aber erweitern. Der Verzicht auf einen eigenständigen fachlichen Geltungsbereich bedeutet nur, dass – weil es insofern um die Arbeitgebermerkmale geht – die Satzung des Arbeitgeberverbandes mit ihrer Regelung der Tarifzuständigkeit maßgebend ist.¹³

In denjenigen Branchen aber, in denen es Handwerk gibt, findet sich typischerweise in der Arbeitgeberverbandssatzung ein entsprechender Industriebezug – meist in derjenigen Satzungsbestimmung, die die Mitgliedschaft regelt und sie Unternehmen der „XY“-Industrie vorbehält. Weil Industrie als gewerberechtlicher Begriff von der Abgrenzung zum Handwerk bestimmt ist, ist damit zugleich gesagt, dass dem Arbeitgeberverband die Tarifzuständigkeit für das Handwerk fehlt. Ist die Tarifzuständigkeit unklar, kann sie rechtlich nur im Beschlussverfahren nach §§ 2a Abs. 1 Nr. 4, 97 ArbGG geklärt werden. Die Einleitung eines solchen Verfahrens durch ein einzelnes Unternehmen ist nur über § 97 Abs. 5 ArbGG möglich.

3. Konkrete Abgrenzung der tariflichen Zuordnung nach dem „Gepräge“ der Tätigkeit

a) Allgemeines Abgrenzungskriterium nach der Rechtsprechung: überwiegende Tätigkeit der Arbeitnehmer

Für die Zuordnung des jeweiligen Unternehmens betont das BAG, dass „bei der Beurteilung der Frage, ob ein Betrieb im tariflichen Sinne handwerklichen oder industriellen Charakter hat, vorrangig ist, ob die überwiegende Tätigkeit der Arbeitnehmer handwerklich oder nichthandwerklich ist“.¹⁴ Für das Handwerk sprechen nach der Entscheidung des BAG aus 1981 folgende Kriterien:

- Der Arbeitgeber muss (selbst oder mit einem Betriebsleiter) als Handwerksmeister in die Handwerksrolle eingetragen sein.
- Die Arbeitnehmer müssen überwiegend „mit der Hand“ arbeiten. Unschädlich ist Maschinenarbeit, die die Handarbeit nur unterstützend erleichtert.
- Die Produktion muss für den einzelnen, namentlich feststehenden oder doch jedenfalls feststellbaren Kunden vorgenommen werden, nicht aber für den allgemeinen Markt (wobei dieses Kriterium für eine Bäckerei in die Irre führt).
- Unschädlich ist, dass ein Auftraggeber bzw. Besteller seinerseits ein Industriebetrieb ist.

Großer Personalbestand und beträchtlicher Umsatz sind unschädlich; die wirtschaftliche und technische Entwicklung hat den „Großhandwerker“ geschaffen.¹⁵ Die Bewertung kann nach der Rechtsprechung nicht schematisch erfolgen; es gibt kein Punkteschema. Vielmehr sagt das BAG: „Den Ausschlag müssen vielmehr immer die besonderen Verhältnisse in dem jeweiligen Betrieb geben“.¹⁶ Danach lassen sich etwa Tätigkeiten der Planung, Montage und technischen Betreuung von Anlagen schwerlich als Produktion für den allgemeinen Markt, sondern vielmehr für einen feststehenden respektive feststellbaren Kundenkreis begreifen, so dass vielfach, etwa bei den genannten Dienstleistungen, von einer das Unternehmen prägenden handwerklichen Tätigkeit ausgegangen werden kann. Stellt das BAG endlich auf den Maschineneinsatz ab, lässt sich insbesondere bei den genannten

⁹ BVerfG vom 19. 10. 1966 – 1 BvL 24/65, BVerfGE 20, 312 = AP Nr. 24 zu § 2 TVG = EZA § 2 TVG Nr. 6; im Gegensatz hierzu hält das BVerfG Arbeitnehmerkammern als Ersatzgewerkschaften für unzulässig; BVerfG vom 18. 12. 1974 – 1 BvR 430/65, BVerfGE 38, 281 = NJW 1975, 1265 = AP Nr. 23 zu Art. 9 GG.

¹⁰ Löwisch/Rieble (Fn. 6), § 2 Rn. 83 f. zur Auslegung der Verbandssatzung und § 4 Rn. 76 ff. zur Auslegung des fachlichen Geltungsbereiches des Tarifvertrages.

¹¹ Zur Frage des organisatorischen Geltungsbereichs Löwisch/Rieble (Fn. 6), § 4 Rn. 99; auch BAG vom 24. 2. 1999 – 4 AZR 62/98, AP Nr. 17 zu § 3 TVG Verbandszugehörigkeit = EZA § 3 TVG Nr. 16 = NZA 1999, 995 = BB 1999, 1880; zurückhaltender jetzt BAG vom 22. 3. 2005 – 1 ABR 64/03, AP Nr. 26 zu § 4 TVG Geltungsbereich = EZA § 77 BetrVG 2001 Nr. 86 = BB 2005, 2024.

¹² Statt aller BAG vom 19. 11. 1985 – 1 ABR 37/83, AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit = EZA § 2 TVG Nr. 15 = NZA 1986, 480: „Die Tarifzuständigkeit legt den Geschäftsbereich fest, innerhalb dessen eine tariffähige Partei Tarifverträge abschließen kann.“

¹³ Löwisch/Rieble (Fn. 6), § 4 Rn. 63; Buchner, ZfA 1995, 95, 99 ff. Aus der Rechtsprechung: BAG vom 25. 9. 1996 – 1 ABR 4/96, AP Nr. 10 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit = EZA § 2 TVG Tarifzuständigkeit Nr. 5 = NZA 1997, 613 = BB 1997, 636; BAG vom 12. 11. 1996 – 1 ABR 33/96, AP Nr. 11 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit = EZA § 2 TVG Tarifzuständigkeit Nr. 6 = NZA 1997, 609 = BB 1996, 2520.

¹⁴ BAG vom 11. 3. 1981 – 4 AZR 1022/78, AP Nr. 1 zu § 1 TVG Tarifverträge: Steinmetzgewerbe und vom 21. 3. 1973 – 4 AZR 225/72, AP Nr. 12 zu § 4 TVG Geltungsbereich = SAE 1975, 118 mit Anmerkung *Konzen*.

¹⁵ BAG vom 11. 3. 1981 – 4 AZR 1022/78, AP Nr. 1 zu § 1 TVG Tarifverträge: Steinmetzgewerbe unter Verweis auf BAG vom 2. 11. 1960 – 1 AZR 251/58, AP Nr. 8 zu § 2 TVG Tarifkonkurrenz mit Anmerkung *G. Hueck*; anders noch BVerwG vom 22. 5. 1964 – VII C 86.60, AP Nr. 5 zu § 1 HandwO; BVerwG vom 12. 2. 1965 – VII C 77.64, BVerwGE 20, 263 = AP Nr. 6 zu § 1 HandwO.

¹⁶ So BAG vom 11. 3. 1981 – 4 AZR 1022/78, AP Nr. 1 zu § 1 TVG Tarifverträge: Steinmetzgewerbe; ebenso BVerwG vom 17. 4. 1964 – VII C 228.59, AP Nr. 4 zu § 1 HandwO = BVerwGE 18, 226; hierzu *Söllner*, Abgrenzung von Handwerk und Industrie – Rechtsgutachten über die Unterscheidung von Handwerksbetrieben des Steinmetz- und Steinbildhauerhandwerks und Betrieben der Naturwerksteinindustrie, 1973, S. 7 ff.

Montagetätigkeiten annehmen, dass im Sinne der Rechtsprechung ganz überwiegend „mit der Hand gearbeitet“ wird und sich die Arbeiten nicht in „jeweils nur wenigen, sich regelmäßig wiederholenden Handgriffen“ erschöpfen.¹⁷

Weil der Handwerksbegriff dem Wirtschaftsverwaltungsrecht entnommen ist, ist der dortige „dynamische Handwerksbegriff“, der sich an den Fortschritten in Wirtschaft und Technik orientiert,¹⁸ auch hier maßgebend. Das BVerwG betont, dass die Grenzen „flüssig“ sind und mehr als „annähernde Sicherheit“ nicht erreichbar ist.¹⁹ Da das BAG die Eintragung des Arbeitgebers in die Handwerksrolle als Indiz für die Handwerklichkeit wertet, empfiehlt sich dem wechselwilligen Arbeitgeber eine entsprechende Eintragung: Mit ihr soll nicht nur die Einschätzung des Betriebes durch die mit der Führung der Handwerksrolle betraute und besonders fachkundige Handwerkskammer zum Ausdruck kommen,²⁰ sondern regelmäßig auch die persönliche Einstellung des Betriebsinhabers, welche u. a. für die Annahme eines Handwerksbetriebes maßgeblich sein soll.²¹ Voraussetzung für die Eintragung in die Handwerksrolle ist die erfolgreiche Ablegung der Meisterprüfung in dem jeweils betreffenden Handwerk, § 7 Abs. 1 HandwO, wovon nach § 7 Abs. 3 sowie §§ 8, 9 HandwO durch eine Ausnahmegewilligung abgesehen werden kann: Erforderlich ist es – insbesondere für juristische Personen – dann, dass an der Spitze des Betriebs ein Betriebsleiter steht, der selbst die Befähigung zur einwandfreien Führung eines Handwerksbetriebes nachweisen kann.²²

b) Maßgebliche Einheit zur Abgrenzung: Betrieb, Unternehmen, Konzernzugehörigkeit, „Mischbetrieb“

Maßgebende Einheit ist grundsätzlich das Unternehmen – und nicht der Betrieb. Denn die Industrie- oder Handwerkszuordnung ist aus wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Sicht eine Eigenschaft des Unternehmens.²³ Allerdings können Tarifverträge für den Geltungsbereich (für die Tarifzuständigkeit: Satzungsregeln) auch auf die industrielle Ausrichtung des Betriebs abstellen. Die Maßgeblichkeit des Handwerksrechts endet dort, wo die Tarifparteien eine eigene Regelung vornehmen. Konzernverbundenheit bedeutet nichts. Ein Handwerksunternehmen bleibt dies auch dann, wenn sein Rechtsträger als Tochtergesellschaft mit einem Industrieunternehmen verbunden ist – etwa wenn die Service-GmbH als Tochter des produzierenden Unternehmens auftritt. Selbst wenn die Tarifparteien Handwerksunternehmen in Konzernen erfassen wollten, müssten die Arbeitgeberverbände zunächst ihre Satzungen entsprechend ändern; derzeit fehlt ihnen die Tarifzuständigkeit für das Handwerk schlechthin.

Im Unternehmen (oder ausnahmsweise dem Betrieb) ist die handwerkliche Tätigkeit in der Regel nur eine von mehreren. Für solche „Mischbetriebe“ bestimmt das BAG die prägende Zuordnung zu tariflichen Geltungsbereichen (und zu Tarifzuständigkeiten) ausschließlich quantitativ nach dem jeweiligen Tätigkeitsanteil der Arbeitnehmer in der Belegschaft. Leitfall ist ein Elektrogeschäft mit Laden und Werkstatt: Ob für dieses Unternehmen mit Blick auf den Laden die Tarife des Handels oder wegen der Werkstatt die des (Elektro-)Handwerks einschlägig sind, kann einen erheblichen Unterschied ausmachen. Das BAG findet den einschlägigen „überwiegenden“ Betriebszweck heraus, indem es nach dem jeweiligen Tätigkeitsanteil der Arbeitnehmer in der Belegschaft fragt und wirtschaftliche Faktoren ganz außer Betracht lässt.²⁴

Dieses Überwiegen in „Manntagen“ ändert sich mit der Unternehmenstätigkeit: Verliert der bislang überwiegende Unternehmensteil – also für unsere Erwägungen: die Industrieproduktion – die „Tätigkeitsmehrheit“ in der Belegschaft, weil die Produktion verlagert oder stillgelegt worden ist, so kommt es auf die neuen

Mehrheitsverhältnisse an; stellt jetzt ein Handwerksbereich (eben: Montage und Wartung) die Mehrheit, handelt es sich insgesamt um ein Handwerksunternehmen. Im Übrigen kann der Arbeitgeber die Mischbetriebsmehrheitsverhältnisse im Unternehmen auch durch rechtliche Verselbständigung, etwa des Vertriebs, gestalten – und so gezielt eine Einheit dem Handwerk zuführen.

II. Herauswandern aus dem Geltungsbereich der Industrietarifverträge

1. Tätigkeitsveränderungen im Unternehmen

Wandert das Unternehmen aufgrund einer Tätigkeitsveränderung aus dem fachlichen Geltungsbereich der Industrietarifverträge heraus, kann der Tarifvertrag schon wegen § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG nicht mehr normativ gelten. Eine Gegenauffassung ignoriert diese Gesetzesvorgabe und will § 3 Abs. 3 TVG über dessen Normzweck hinaus analog anwenden.²⁵ Gefolgschaft findet das nicht, insbesondere nicht beim BAG, das sich richtig für die Nachwirkung analog § 4 Abs. 5 TVG ausspricht.²⁶ Der damit gewährleistete Vertragsinhaltsschutz bewahrt die Arbeitnehmer (nur) vor Verschlechterungen durch Tarifentfall.²⁷

Maßgeblicher Zeitpunkt ist diejenige juristische Sekunde, in der die Tätigkeitsveränderung sich im Handwerks-„Gepräge“ des Unternehmens ausdrückt, weil es sich dann nicht mehr um ein Industrieunternehmen handelt. Dieser Zeitpunkt kann unbemerkt lange verstrichen sein, etwa wenn die letzte Produktionsstätte 1991 Deutschland verlassen hat und ab damals nurmehr handwerkliche Serviceleistungen bei den Kunden vollzogen wurden. Das heißt dann auch: Seit 15 Jahren hat kein Tarifvertrag der Me-

- 17 Hierzu auch BAG vom 11. 3. 1981 – 4 AZR 1022/78, AP Nr. 1 zu § 1 TVG Tarifverträge: Steinmetzgewerbe mit Anmerkung *Joachim* = SAE 1982, 106 mit Anmerkung *Mummenhoff*; relativierend mit Blick auf die Wettbewerbsfähigkeit von Handwerksbetrieben aber *Söllner* (Fn. 16), S. 22 f.; *Hageböling*, GewArch 1984, 209, 210; *Kopp*, WiVerw 1994, 1, 9 ff.
- 18 So schon *G. Hueck*, Anmerkung zu BAG vom 2. 11. 1960 – 1 AZR 251/58, AP Nr. 8 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; zum dynamischen Handwerksbegriff im Verwaltungsrecht zuletzt *Leisner*, GewArch 1997, 393, 398 ff.
- 19 BVerwG vom 17. 4. 1964 – VII C 228.59, BVerwGE 18, 226, 233 = AP Nr. 4 § HandwO = BB 1964, 907; BVerwG vom 12. 7. 1979 – 5 C 10/79, BVerwGE 58, 271, 224 = DÖV 1981, 112.
- 20 Weitergehend *Söllner* (Fn. 16), S. 2 f., der dem Verwaltungsakt der Eintragung in die Handwerksrolle eine (für das Tarifrecht) konstitutive Tatbestandswirkung beimessen will; ebenso *Perkuhn*, DB 1969, Beilage Nr. 16/69 zu Heft 27, S. 1, 2; dagegen *Prasse*, AuR 1956, 146, 147.
- 21 BAG vom 2. 11. 1960 – 1 AZR 251/58, AP Nr. 8 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz mit zustimmender Anmerkung *G. Hueck*; ebenso schon *Fröhler*, BB 1957, 1128; *Mummenhoff*, Anmerkung zu BAG vom 11. 3. 1981 – 4 AZR 1022/78, SAE 1982, 109; der subjektive Wille allein entscheidet nichts: *Czybulka*, NVwZ 1990, 137.
- 22 *D. Gaul*, DB 1988, 651, 652; zur Eintragung von Zweigniederlassungen auch *Musielak/Detterbeck*, Das Recht des Handwerks, 3. Auflage 1995, § 6 Rn. 9 ff.
- 23 *Hönig*, Handwerksordnung, 3. Auflage 2004, § 1 Rn. 72 mit Nachweisen.
- 24 BAG vom 25. 11. 1987 – 4 AZR 361/87, EZA § 4 TVG Geltungsbereich Nr. 1 = AP Nr. 18 zu § 1 TVG Tarifverträge: Einzelhandel = BB 1988, 1116 = DB 1988, 809 = NZA 1988, 317. Weiter BAG vom 22. 3. 1994 – 1 ABR 47/93, EZA § 4 TVG Geltungsbereich Nr. 10 mit Anmerkung *Rieble*; BAG vom 24. 8. 1994 – 10 AZR 980/93, EZA § 4 TVG Bauindustrie Nr. 75 = AP Nr. 181 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau; BAG vom 17. 1. 1996 – 10 AZR 138/95, AP Nr. 1 zu § 1 TVG Tarifverträge Bäcker = DB 1996, 1346 = BB 1996, 1016; LAG Nürnberg vom 27. 4. 2000 – 5 Sa 739/99 – NZA-RR 2000, 593. Dazu auch von *Hoyningen-Huene*, NZA 1996, 617. Für die Tarifzuständigkeit: BAG vom 25. 9. 1996 – 1 ABR 4/96, AP Nr. 10 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit = EZA § 2 TVG Tarifzuständigkeit Nr. 5 = DB 1997, 731; *Konzen*, in: FS Kraft, 1995, S. 291, 307 f.; *Oetker*, in: Wiedemann, TVG, 6. Auflage 1999, § 2 Rn. 56 f.; anders *Buchner*, ZfA 1995, 95, 106 ff.; *Heinze*, DB 1997, 2122, 2125.
- 25 *Stein*, in: Kempfen/Zachert, TVG, 3. Auflage 2005, § 4 Rn. 103; *Deinert*, in: Däubler, TVG, 2003, § 4 Rn. 445; dagegen LAG Düsseldorf vom 7. 10. 1981 – 5 Sa 566/902, LAGE § 3 TVG Nr. 1 = DB 1982, 808 für den Fall der Änderung des Unternehmenszwecks; ebenso *Löwisch/Rieble* (Fn. 6), § 4 Rn. 110; *Konzen*, ZfA 1975, 401, 412 f.; jeweils mit weiteren Nachweisen.
- 26 BAG vom 10. 12. 1997 – 4 AZR 247/96, BB 1998, 105 = EZA § 4 TVG Nachwirkung Nr. 25 = AP Nr. 20 zu § 3 TVG = NZA 1998, 484 mit Anmerkung *Belling*; BAG vom 10. 12. 1997 – 4 AZR 193/97, BB 1998, 105 = EZA § 4 TVG Nachwirkung Nr. 26 = AP Nr. 21 zu § 3 TVG = NZA 1998, 488.
- 27 Eingehend *Rieble*, Anmerkung zu BAG 13. 12. 1995 – 4 AZR 1062/94, AP Nr. 3 zu § 3 TVG Verbandsaustritt.

Rieble | Klebeck | Tarifwechsel ins Handwerk

tallindustrie das Unternehmen mehr erreicht. Die faktische Anwendung der Industrietarifverträge hat keine Rechtsfolgen, solange sie auf einem Rechtsirrtum fußt. Die irriige Tarifierhebung bindet nicht kraft Rechtsschein²⁸ und begründet keine betriebliche Übung.²⁹ Die tariflichen Veränderungen aus jener Zeit haben die Arbeitnehmer tarifrechtlich nicht erreicht (zur Bezugnahme-Klausel sogleich unter IV.). Das heißt der Arbeitgeber kann in unserem Beispiel die Arbeitnehmer, die 1991 bereits beschäftigt waren, auf die Arbeitsbedingungen jenes Jahres zurückwerfen; das wird zwar kein vernünftiger Arbeitgeber tun, doch führt das zu einer starken Verhandlungsposition. Nach einer kurzen Überlegungsfrist muss das Unternehmen konsequenterweise die Behandlung der Beschäftigten nach den aktuellen Industrietarifen einstellen, sonst entsteht eine betriebliche Übung. Denn die Erkenntnis des Rechtsirrtums führt dazu, dass die Tarifierhebung nunmehr auf einer freiwilligen Entscheidung des Arbeitgebers über das Weitergewähren beruht.³⁰

2. Ausgliederung und rechtliche Verselbständigung

Wird das Herauswandern aus dem Geltungsbereich der Industrietarifverträge durch eine Umstrukturierung bewirkt, also rechtliche Verselbständigung des handwerklichen Unternehmensteils (sei es durch Betriebsübergang, sei es durch Spaltung), so stellt sich die Frage, ob § 613a Abs. 1 Satz 2 bis 4 BGB i.V.m. § 324 UmwG über den Schutz vor dem Verlust der Tarifbindung beim ausgewechselten Arbeitgeber zusätzlich vor dem Herauswandern aus dem Geltungsbereich schützen soll, ob also an die Stelle der Nachwirkung die Tariftransformation mit Veränderungssperre tritt. Eine ältere Meinung bejaht dies³¹ – und zielt damit auf einen Tarifbestandsschutz außerhalb des Geltungsbereichs. Dort freilich kann der Tarifvertrag nicht zwingend gelten – auch nicht quasizwingend durch Veränderungssperre. Seitdem der Tarifenat § 4 Abs. 5 TVG als Generalauffangtatbestand aktiviert hat (vgl. die Nachweise in Fn. 26), ist ein Meinungsumschwung festzustellen.³² Außerhalb seines Geltungsbereichs kann der Tarifvertrag auch nach einem Betriebsübergang nur dispositiv gelten – sei es, weil der Tarifvertrag nur nachwirkt; sei es, weil er als dispositive Regelung in die Arbeitsverhältnisse transformiert wird.

3. Herauswandern auch aus der Tarifzuständigkeit

In aller Regel wandert das dem Handwerk zuzuordnende Unternehmen nicht nur aus dem Geltungsbereich des Tarifvertrags, sondern zugleich auch aus der Tarifzuständigkeit seines Industrie-Arbeitgeberverbandes heraus. Für das Schicksal des bisherigen Industrietarifs ändert das nichts; insbesondere ist die Nachwirkung außerhalb der Tarifzuständigkeit nicht etwa ausgeschlossen. Doch begrenzt die Tarifzuständigkeit die Tarifmacht: Wandert ein Unternehmen nur aus dem tariflichen Geltungsbereich heraus, können die Tarifparteien jenes Unternehmen wieder „einfangen“, und zwar durch eine Änderung des Geltungsbereichs oder durch einen speziellen Auffangtarif. Außerhalb der Tarifzuständigkeit hingegen scheidet der Tarifvertrag dieser Tarifparteien aus – bis die Satzungsregelung erweitert ist.³³ Da die Arbeitgeberverbände derzeit keine Handwerkszuständigkeit anstreben, bleibt der Gewerkschaft dann nur ein Haustarifvertrag – für ihn reicht die eigene Tarifzuständigkeit.

III. Flucht in einen Handwerkstarif

1. Aktueller Innungstarif

Handwerkstarife können nach der HandwO von den Handwerksinnungen als Körperschaften des öffentlichen Rechts (§ 53 HandwO) oder den Innungsverbänden als juristische Personen des Privatrechts (§ 80 HandwO) kraft der ihnen vom Gesetzgeber verliehenen Tariffähigkeit abgeschlossen werden. Die Mitgliedschaft in der Innung

ist freiwillig (§ 58 HandwO). Also muss das Handwerksunternehmen lediglich der Innung beitreten. Indes muss es dazu nach § 52 HandwO „selbständiger Handwerker“ sein, was wiederum die Eintragung in die Handwerksrolle nach § 1 HandwO zwar nicht unmittelbar rechtlich, aber jedenfalls doch faktisch voraussetzt.³⁴

Ist ein Handwerkstarifvertrag auf Innungs- oder Innungsverbandsebene aktuell in Kraft, kann der Arbeitgeber (wie der Arbeitnehmer) für sich durch Eintritt in den tarifschießenden Verband Tarifgebundenheit nach § 3 Abs. 1 TVG herstellen. Ist auch die andere Seite tarifgebunden – eben dies ist der Vorteil, wenn der Arbeitgeber sich von einem Industrietarifvertrag in einen Handwerkstarif mit derselben Gewerkschaft bewegt – und sind die Geltungsbereichsmerkmale des Handwerkstarifs erfüllt, so gilt der Tarifvertrag ab Wirksamwerden des Beitritts.³⁵ Normalerweise würde man tarifrechtlich zu diskutieren haben, ob nicht eine doppelte Tarifgebundenheit zu Tarifkonkurrenzproblemen³⁶ führen kann. Indes: Industrietarife und Handwerkstarife können im selben Unternehmen oder Betrieb grundsätzlich nicht nebeneinander normativ gelten; ein und dasselbe Unternehmen kann nur entweder der Industrie oder dem Handwerk zuzuordnen sein, weil sich beide Bereiche ausschließen und nicht überlappen. Mag die Zuordnung in Grenzfällen auch schwierig und mit einem gewissen Unschärferisiko verbunden sein, kann doch rechtlich stets nur ein Tarifwerk gelten: Industrie oder Handwerk. Hat das Unternehmen seinen Charakter gewandelt und ist es nunmehr Handwerksunternehmen, so können tarifrechtlich auch nur die Handwerkstarife gelten; zu einer Tarifkonkurrenz kommt es auch dann nicht, wenn das Handwerksunternehmen noch Mitglied des Industrie-Arbeitgeberverbandes ist. Das liegt daran, dass nicht § 3 Abs. 3 TVG, sondern nur die Nachwirkung des § 4 Abs. 5 TVG greift.³⁷ Der nachwirkende Industrietarif kann aber durch jeden aktuell geltenden Handwerkstarif mit derselben Gewerkschaft verdrängt werden. Die erforderliche kongruente Tarifgebundenheit liegt bei den Gewerkschaftsmitgliedern vor: So wie sie früher unter den Industrietarif ihrer Gewerkschaft gefallen sind, werden sie nun von deren Handwerkstarif erfasst – kraft der Optionswirkung (oben I. 1).

Für die nicht nach §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG an den „neuen“ Handwerkstarifvertrag gebundenen Arbeitsverhältnisse (der zwischenzeitlich und rechtzeitig aus der Gewerkschaft ausgetretenen

28 Vgl. die Nachweise oben Fn. 6.

29 Vgl. die Nachweise oben Fn. 7.

30 BAG vom 22. 3. 1994 – 1 ABR 47/93, EZA § 4 TVG Geltungsbereich Nr. 10; BAG vom 19. 1. 1999 – 1 AZR 606/98, AP Nr. 9 zu § 1 TVG = EZA § 3 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 10 = NZA 1999, 879; BAG vom 16. 1. 2002 – 5 AZR 715/00, BB 2002, 1155 = AP Nr. 56 zu § 242 BGB Betriebliche Übung; BAG vom 20. 6. 2001 – 4 AZR 290/00, EZA § 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 45 = NZA 2002, 351; eingehend Henssler (Fn. 7), S. 683 ff.

31 Düwell, AuR 1994, 357; Kania, DB 1995, 625, 630; Hromádka/Maschmann/Wallner, Tarifwechsel, 1996, Rn. 231 ff., 256 ff., 338 ff.; angedeutet in BAG vom 26. 9. 1979 – 4 AZR 819/77, EZA § 3 TVG Nr. 2 = AP Nr. 17 zu § 613a BGB = NJW 1980, 1591 sowie BAG vom 5. 10. 1993 – 3 AZR 586/92, EZA § 1 BetrAVG Zusatzversorgung Nr. 6 = AP Nr. 42 zu § 1 BetrAVG Zusatzversorgungskassen = NZA 1994, 848; dagegen bereits Rieble, Anmerkung zu BAG vom 14. 6. 1994, SAE 1995, 77.

32 Eingehend Löwisch/Rieble (Fn. 6), § 3 Rn. 182; Skuderis, Die Weitergeltung von Tarifverträgen bei Betriebsübergängen nach § 613a Abs. 1 Satz 2 bis 4 BGB, 1999, S. 178 ff.; Kempen, in: Kempen/Zachert, TVG, 4. Auflage 2006, § 3 Rn. 45.

33 Zu wenig differenziert BAG vom 10. 12. 1997 – 4 AZR 247/96, BB 1998, 105 = AP Nr. 20 zu § 3 TVG = EZA § 4 TVG Nachwirkung = SAE 1999, 176 mit instruktiver Anmerkung Belling.

34 Dies umso mehr, spricht man mit Söllner (Fn. 16), S. 2 f., dem Verwaltungskakt der Eintragung in die Handwerksrolle eine umfassende konstitutive Tatbestandswirkung zu; ebenso Perkuhn, DB 1969, Beilage Nr. 16/69 zu Heft 27, S. 1, 2; dagegen Prasse, AuR 1956, 146, 147.

35 Nur Löwisch/Rieble (Fn. 6), § 3 Rn. 74 ff.

36 Dazu BAG vom 26. 10. 1983 – 4 AZR 219/81, AP Nr. 13 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz = EZA § 3 TVG Nr. 4; BAG vom 22. 3. 1994 – 1 ABR 47/93, EZA § 4 TVG Geltungsbereich Nr. 10.

37 Statt vieler Jacobs, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, 1999, S. 301 ff.

Arbeitnehmer) kommt es nicht zu einer Tarifkollision, weil nur der Industrietarifvertrag noch (nach)wirkt. Insofern gilt hier wie nach Betriebsübergang und Tariftransformation das Prinzip der Einzelablösung im Arbeitsverhältnis,³⁸ das die beiderseitig-kongruente Tarifgebundenheit verlangt.³⁹ Wer nicht (mehr) Mitglied der tarifschließenden Gewerkschaft ist, wird tarifrechtlich vom Tarifvertrag verschont. Den Arbeitgeber trifft eine umfassende und unbefristete Ablösungslast.⁴⁰

2. Nachwirkender Innungstarif

Die tarifrechtliche Ablösung scheitert, wenn auch der Zieltarifvertrag nur nachwirkt. Eben das ist im Handwerk gelegentlich der Fall, weil die Gewerkschaften dort wenig durchsetzungstark sind und die Innungen sich dem Tarifabschluss verweigern können. Zudem wird der IG Metall neuerdings die Tariffähigkeit nunmehr für das Elektrohandwerk in Bayern bestritten.⁴¹ Die Nachwirkung ist nach herrschender Meinung auf solche Arbeitsverhältnisse beschränkt, in denen dieser Tarifvertrag einmal normativ gegolten hat.⁴² Mithin kann der nur nachwirkende Handwerkstarif keinen nachwirkenden Industrietarif ablösen.

3. Haustarifverträge mit derselben Gewerkschaft

Fehlt es an einem aktuellen Flächentarif des Handwerks, kommt theoretisch auch ein Handwerkshaustarifvertrags mit derselben Gewerkschaft in Betracht. Er kann den nachwirkenden Industrietarif ohne weiteres ablösen. Der Haustarif setzt sich auch dann durch, wenn der Wandel von Industrie zum Handwerk nicht vollzogen wurde, weil der Haustarif stets spezieller ist als der dann doch noch geltende Industrieflächentarif.⁴³ Ob sich die Gewerkschaft freilich zu einem solchen Haustarifabschluss bereit findet, steht auf einem anderen Blatt. Insofern kommt es auf die Druckmittel der Arbeitgeberseite an. Die Angriffsaussperrung⁴⁴ traut sich ohnehin keiner.

4. Tarifwechsel zu einer anderen Gewerkschaft?

Scheitert der Tarifwechsel zum Handwerk daran, dass kein aktueller Handwerkstarif derselben Gewerkschaft gilt und diese keinen Haustarif schließen mag, kommt gelegentlich ein Tarifabschluss mit einer anderen Gewerkschaft in Betracht. Praktisch wird das vor allem für die Christliche Gewerkschaft Metall, deren Tariffähigkeit nunmehr durch das BAG festgestellt worden ist⁴⁵ und die gerade im Handwerk stark ist. Indes kann weder ein Flächenhandwerkstarif mit der CGM noch ein Haustarifabschluss mit ihr einen nachwirkenden Industrietarif mit der IG Metall tarifrechtlich ablösen; es fehlt die kongruente Tarifgebundenheit. Der C-Tarif gilt immer nur in den Arbeitsverhältnissen der C-Mitglieder. Anderes könnte nur dann gelten, wenn das BAG zur Tarifeinheit und deren Verdrängungswirkung zurückkehren wollte. Die alte divi-Entscheidung⁴⁶ wurde zwar jüngst reanimiert.⁴⁷ Indes darf niemand glauben, dass ein Haustarif mit der CGM im 4. Senat eine verdrängende Wirkung zu Lasten der IG Metall entfalten könnte.⁴⁸ Die jüngsten Äußerungen zur Tariffähigkeit weisen ebenfalls in Richtung Tarifpluralität.⁴⁹

IV. Geltungsbereichsübersteigendes Festschreiben der Industrietarife durch Bezugnahme Klausel?

Tariffreie Arbeitnehmer eines tarifgebundenen Arbeitgebers werden traditionell durch arbeitsvertragliche Bezugnahme Klauseln dem Tarifvertrag unterstellt. Die Bezugnahme Klausel wirft seit jeher zwei Probleme auf:

– Wie stark schreibt sie eine bestehende Tarifbindung defensiv fest, sorgt sie also dafür, dass der tarifrechtliche Entfall der Tarifgeltung arbeitsvertraglich kompensiert wird?

– Inwieweit kann die Bezugnahme Klausel mit ihrer Dynamik nachwirkende oder transformierte Tarifverträge durch einen Wechsel des Bezugnahmeobjektes offensiv ablösen?

Beide Fragen hat der „alte“ Tarifenat mit einer speziellen Auslegungsregel beantwortet: Beim organisierten Arbeitgeber sei die Bezugnahme Klausel grundsätzlich Gleichstellungsabrede, die lediglich die Tarifgebundenheit des Arbeitnehmers ersetze, ihn arbeitsvertraglich so stelle, als wenn er Mitglied der tarifschließenden Gewerkschaft wäre, also widerspiegele, was tarifrechtlich gilt.⁵⁰ Für das Herauswandern aus dem Geltungsbereich hatte dieses Verständnis zur Folge, dass die Nachwirkung des § 4 Abs. 5 TVG nicht anders als die Tariftransformation des § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB auf die tariffreien Arbeitnehmer erstreckt wurde, also auch für sie die alten Arbeitsbedingungen eingefroren blieben.

Der neue Tarifenat sieht das nun im Anschluss an eine Literaturmeinung anders und hat in einem obiter dictum angekündigt, jene Auslegungsregel aufzugeben, weil die Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB für ab dem 1. 1. 2002 geschlossene vorformulierte Arbeitsverträge gebiete, dass das für den Arbeitnehmer günstigste Auslegungsergebnis gelte.⁵¹ Die Rechtsprechungsänderung zielt in erster Linie auf die Beendigung der Tarifgebundenheit durch den Arbeitgeber: Die unklare Bezugnahme Klausel ersetzt für Verträge ab In-Kraft-Treten der Schuldrechtsreform dann nicht nur die Tarifgebundenheit des Arbeitnehmers, sondern auch diejenige des Arbeitgebers. Er mag zwar aus dem Arbeitgeberverband austreten; allein dies hilft ihm nicht, weil die unklare Bezugnahme Klausel auch seine Tarifgebundenheit fingiert – und

38 BAG vom 28. 5. 1997 – 4 AZR 546/95 und 4 AZR 545/95, AP Nr. 26 und 27 zu § 4 TVG Nachwirkung = EZA § 4 TVG Nachwirkung Nr. 23 = NZA 1998, 40; ausführlich *Löwisch/Rieble* (Fn. 6), § 3 Rn. 207 ff.; *Kempfen* (Fn. 32), § 3 TVG 114; a. A. *Oetker* (Fn. 24), § 3 Rn. 200; *Hanau/Vossen*, in: FS für Hilger/Stumpf, 1983, S. 271, 281 f.

39 Mit Blick auf § 613a BGB auch BAG vom 21. 2. 2001 – 4 AZR 18/00, EZA § 613a BGB Nr. 195 = AP Nr. 20 zu § 4 TVG = DB 2001, 1837 = BB 2001, 1847 = NZA 2001, 1318; im Anschluss an BAG vom 30. 8. 2000 – 4 AZR 581/99, AP Nr. 12 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag = EZA § 3 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 13 = DB 2001, 763 = BB 2001, 782.

40 Zur Ablösung eingehend *Löwisch/Rieble* (Fn. 6), § 4 Rn. 384 ff.

41 ArbG Frankfurt vom 4. 10. 2005 – 12 BV 550/05 – n. v.; nicht rechtskräftig.

42 BAG vom 11. 6. 2002 – 1 AZR 390/01, AP Nr. 113 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung mit Anmerkung *Wiese* = EZA § 87 BetrVG 1972 Nr. 76 = BB 2003, 264; BAG vom 7. 11. 2001 – 4 AZR 703/00, AP Nr. 11 zu § 3 TVG = EZA § 3 TVG Nr. 24 = BB 2002, 1048; *Löwisch/Rieble* (Fn. 6), § 4 Rn. 380; a. A. insbesondere *Bepler*, in: *Däubler* (Fn. 25), § 4 Rn. 814 ff.; ähnlich stellt sich das Problem im Falle des Betriebsübergangs: BAG vom 20. 6. 2001 – 4 AZR 295/00, AP Nr. 18 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag = EZA § 613a BGB Nr. 203 = NZA 2002, 517 = BB 2002, 2229; ebenso *Löwisch/Rieble* (Fn. 6), § 3 Rn. 208.

43 Zum Geltungsvorrang des Haustarifvertrages gegenüber einem Verbandstarifvertrag nur 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; *Löwisch/Rieble* (Fn. 6), § 3 Rn. 100 für den Abschluss mit der Gewerkschaft, die auch den Verbandstarifvertrag geschlossen hat.

44 Zu ihr treffend *Lessner*, FA 2003, 233 sowie 325.

45 BAG vom 28. 3. 2006 – 1 ABR 58/04.

46 BAG vom 20. 3. 1991 – 4 AZR 455/90, AP Nr. 20 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz mit Anmerkung *Hanau/Kania* = EZA § 4 TVG Tarifkonkurrenz Nr. 7 = DB 1991, 1779 = NZA 1991, 736.

47 BAG vom 23. 3. 2005 – 4 AZR 203/04, AP Nr. 29 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz = EZA § 4 TVG Tarifkonkurrenz Nr. 18 = NZA 2005, 1003 = BB 2005, 2246.

48 Zweifelnd jetzt *Bepler*, in: FS ARGE Arbeitsrecht im DAV, 2006, S. 791, 797 ff. Zur Kritik der herrschenden Literatur an dem Grundsatz der Tarifeinheit eingehend *Jacobs* (Fn. 37), S. 411 ff.

49 BAG vom 14. 12. 2004 – 1 ABR 51/03, AP Nr. 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit mit Anmerkung *Buchner* = EZA § 2 TVG Nr. 27 mit Anmerkung *Nicolai* = BB 2005, 1054; eingehend auch *Bayreuther*, BB 2005, 2633.

50 BAG vom 26. 9. 2001 – 4 AZR 544/00, BB 2002, 1264 m. BB-Komm. *Lambrich* = NZA 2002, 634 = AP Nr. 21 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; BAG vom 25. 9. 2002 – 4 AZR 294/01, NZA 2003, 807 = AP Nr. 26 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; BAG vom 19. 3. 2003 – 4 AZR 331/02, BB 2004, 162 = AP Nr. 33 zu Bezugnahme auf Tarifvertrag.

51 Pressemitteilung Nr. 77/05 zur Entscheidung des BAG vom 14. 12. 2005 – 4 AZR 536/04; vgl. aber noch BAG vom 19. 3. 2003 – 4 AZR 331/02, AP Nr. 33 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag = NZA 2003, 1221; aus der Literatur etwa *Arnauß*, ZfA 2005, 405; zu den Konsequenzen dieser Rechtsprechungsänderung *Klebeck*, NZA 2006, 15.

das in den Arbeitsverhältnissen auch der Organisierten. Das ist aus unserer Sicht falsch, weil die Ungewissheit des Arbeitnehmers über die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers mit Blick auf § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG tarifrechtlich jeden tarifgebundenen Arbeitnehmer trifft und AGB-rechtlich als „Besonderheit des Arbeitsrechts“ berücksichtigt werden kann.⁵²

Für den Tarifwechsel in das Handwerk stellt sich die Frage etwas anders: Führt die Unklarheitenregel dazu, dass eine schlecht formulierte Klausel, die etwa die Tarifverträge der „XY“-Industrie in der jeweiligen Fassung gelten lassen will, auch das Verlassen des Geltungsbereichs kompensiert – mit der Folge, dass in unserem Handwerksunternehmen „auf ewig“ die Industrietarife gölten –, wenn nicht der 2. Senat die Änderungskündigung der Bezugnahmeklausel effektiv macht. Das in der Tat ist der hässliche Buckel der Unklarheitenregel: Sie müsste konsequenterweise dazu führen, dass nicht nur die Tarifgebundenheit, sondern jede fehlende Voraussetzung der Tarifgeltung durch eine unklare Bezugnahme überwunden wird.⁵³ Dass die Bezugnahmeklausel, wenn sie bewusst und gewollt formuliert ist, auch den „fachfremden“ Tarifvertrag außerhalb des Geltungsbereichs, ja selbst den unwirksamen Tarifvertrag (etwa außerhalb der Tarifzuständigkeit einer Tarifpartei) oder nicht zustande gekommenen Tarifvertrag für anwendbar erklären kann, ist unbestritten.⁵⁴ Die eigentliche Frage geht aber dahin, ob die Bezugnahmeklausel kraft Unklarheitenregel so auszulegen ist.

Am Ende beschneidet dies gar die Tarifautonomie: Sanierungstarife mit derselben Gewerkschaft wären vielfach nicht mehr möglich, wenn die unklare Bezugnahme auf den Flächentarif diesen festschriebe – und das Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 TVG dann diesen Arbeitsvertragsinhalt vor der haustariflichen Verschlechterung bewahrte.⁵⁵ Indes soll doch das Arbeitsvertragsrecht gewerkschaftliche Handlungsoptionen nicht hintertreiben. Für einen ganz krummen Fall hat der Tarifsensat allen Ernstes gemeint, die (im Fall durchaus unklare) Bezugnahmeklausel nehme die Lehren der Tarifkonkurrenz in Bezug, so dass die arbeitsvertragliche Bezugnahmeklausel im konkreten Fall sogar einen allgemeinverbindlichen Tarifvertrag beiseite schieben konnte⁵⁶ (und dies, obschon inzwischen auch beim BAG erkannt worden war, dass eine vertragliche Bezugnahme außerhalb des Günstigkeitsprinzips niemals einen normativ geltenden Tarifvertrag überwinden kann⁵⁷). So angreifbar die Entscheidung ist, so klar wird auch, dass der Tarifsensat die Unklarheitenregel im Kern auf die Tarifgebundenheit beschränken wird, so dass schlecht formulierte Bezugnahmeklauseln zu einer „dynamischen betrieblichen Allgemeinverbindlichkeit“ führen.

Speziell für Tarifverträge außerhalb des Geltungsbereichs ist eine schwerwiegende Folge zu beachten: Das Kontrollprivileg des § 310 Abs. 4 Satz 3 BGB entzieht in Bezug genommene Tarifinhalte der AGB-Kontrolle nur dort, wo der Tarifvertrag Richtigkeitsgewähr genießt, also tarifrechtlich gelten könnte.⁵⁸ Außerhalb seines fachlichen Geltungsbereichs ist der Tarifvertrag aber „fachfremd“. Sowenig ein Chemietarif für ein Metallunternehmen angemessene Arbeitsbedingungen bereit hält, sowenig kann ein Industrietarif für ein Handwerksunternehmen angemessen sein. Folge: Der gesamte Tarifinhalt müsste einer AGB-Kontrolle unterzogen werden, so dass besonders belastende Regeln kassiert werden könnten. Es bedarf keiner hellseherischen Fähigkeiten, um vorherzusagen, dass der Tarifsensat genau dies nicht will, weil er damit wiederum die Tarifautonomie belastete. Und so erwägt *Bepler* (der Vorsitzende des Tarifsensats) durchaus (und richtig, wengleich intransparent), die Dynamik der Bezugnahme dort enden zu lassen, wo der (fachliche) Geltungsbereich des in Bezug genommenen Tarifvertrags verlassen wird.⁵⁹

Insofern gilt als ergebnisorientierter Merksatz: Korrigierende Auslegung der Bezugnahmeklausel dann, wenn es gegen den tarif-

flüchtigen Arbeitgeber geht, nicht aber dann, wenn die tarifschließende Gewerkschaft belastet würde. Der Entscheidung vom 23. 3. 2005 könnte sogar der ablösende Vorrang des Handwerkstarifes gegenüber dem nachwirkenden Industrietarif entnommen werden, weil der aktuelle Handwerkstarif im Handwerksunternehmen stets spezieller ist als ein (lediglich nachwirkender) Industrietarif.

Insofern steht auch die unklare Bezugnahmeklausel einem Tarifwechsel ins Handwerk nicht entgegen, wenn der Zieltarifvertrag von derselben Gewerkschaft stammt. Wenig Hoffnung darf sich freilich derjenige machen, der aus einem Industrietarif mit einer DGB-Gewerkschaft zu einem Handwerkstarif mit einer C-Gewerkschaft wechseln will. Die Bezugnahmeklausel befördert diesen Wechsel nicht.⁶⁰

Die angekündigte Rechtsprechungsänderung fordert transparente Bezugnahmeklauseln, weswegen jedem Arbeitgeber, der in der Zukunft einen Tarifwechsel für möglich hält, eine entsprechende Formularoptimierung abverlangt wird.⁶¹ Freilich hat das BAG bislang nur zur Auslegungsregel etwas gesagt. Der zweite Schritt wird der Einstieg in die Inhaltskontrolle sein – nicht der Tarifinhalte, aber der speziellen Klauseldynamik. Eine auf den Tarifwechsel ausgerichtete Bezugnahmeklausel hält der Inhaltskontrolle nach § 307 ff. BGB durchaus stand.⁶²

V. Tarifannex: Arbeitskampsrisiken

Solange das handwerklich geprägte Unternehmen keiner tarifschließenden Innung bzw. Innungsverband angehört, ist eine kampfweise Durchsetzung eines Haustarifvertrags für die Gewerkschaft rechtlich unproblematisch: Wenn ein Arbeitgeber einen Haustarifvertrag abschließen kann, muss die Gewerkschaft einen solchen Vertrag erzwingen können.⁶³ „Ein Streik ist nicht allein deshalb rechtswidrig, weil gegenüber einem verbandsangehörigen Arbeitgeber ein Firmentarifvertrag erzwungen werden soll.“⁶⁴ Die Flucht in die Innung ist mithin nur dann sicher, wenn ein aktueller Innungstarifvertrag für Friedenspflicht sorgt – auch zugunsten der Innungsmitglieder.

Die so neue wie falsche Partizipations-Arbeitskampfrechtsprechung des 1. Senats lässt zwar den Einbezug eines Außenseiters in den Verbandsarbeitskampf zu, wenn „arbeitsvertraglich oder in einem Verweisungs- oder Anerkennungstarifvertrag dynamisch

52 Näher *Löwisch/Rieble* (Fn. 6), § 3 Rn. 260 ff.

53 So auch kritisch *Klebeck*, NZA 2006, 15, 18 ff.

54 Eingehend *Löwisch/Rieble* (Fn. 6), § 3 Rn. 240 ff.

55 Dazu etwas kryptisch *Bepler* (Fn. 48), S. 791, 796; kritisch *Klebeck*, NZA 2006, 15, 18.

56 BAG vom 23. 3. 2005 – 4 AZR 203/04, AP Nr. 29 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz = NZA 2005, 1003 = BB 2005, 2246 = EZA § 4 TVG Tarifkonkurrenz Nr. 18; zur Recht kritisch *Thüsing*, NZA 2005, 1280.

57 BAG vom 5. 12. 2001 – 10 AZR 197/01, EZA § 3 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 18 = NZA 2002, 640; dagegen *Löwisch/Rieble* (Fn. 6), § 3 Rn. 282; anders bislang nur die „divi-Entscheidung“ des BAG vom 20. 3. 1991 – 4 AZR 455/90, BB 1991, 1861 = AP Nr. 20 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz = NZA 1991, 736.

58 Eingehend *Löwisch/Rieble* (Fn. 6), § 3 Rn. 262 ff.; zum Sonderfall des ortsfremden Tarifvertrags BAG vom 21. 8. 2002 – 4 AZR 263/01, AP Nr. 21 zu § 157 BGB = EZA § 3 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 21 = NZA 2003, 446 = BB 2003, 961.

59 *Bepler* (Fn. 48), S. 791, 806.

60 Eingehend *Löwisch/Rieble* (Fn. 6), § 3 Rn. 311 ff.

61 Zu Formulierungsvorschlägen und zur Durchsetzung in den Arbeitsverträgen etwa *Klebeck*, NZA 2006, 15, 19 f.

62 *Löwisch/Rieble* (Fn. 6), § 3 Rn. 263.

63 Nur BAG vom 11. 8. 1992 – 1 AZR 103/92, EZA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 105 = BB 1992, 2151; BAG vom 9. 4. 1991 – 1 AZR 332/90, AP Nr. 116 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EZA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 98 mit Anmerkung *Rieble*.

64 BAG vom 10. 12. 2002 – 1 AZR 96/02, AP Nr. 162 zu Art. 9 GG Arbeitskampf mit Anmerkung *Thüsing* = EZA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 134 mit Anmerkung *Franzen* = AR-Blattei ES 170.1 Nr. 48 mit Anmerkung *Löwisch* = BB 2003, 1132 m. BB-Komm. *Melot de Beauregard*. Jetzt eingehend *Sutschet*, ZfA 2005, 581; *Lobinger*, RdA 2006, 12.

auf die Normen des jeweiligen Verbandstarifvertrages verwiesen wird. Durch derartige Bezugnahmen wird bewirkt, dass sich die Arbeitsbedingungen der bei dem Außenseiter-Arbeitgeber beschäftigten Arbeitnehmer nach den jeweils einschlägigen Verbandstarifverträgen richten. Die Arbeitnehmer partizipieren im Falle einer dynamischen Verweisung ohne weiteres an dem zwischen den organisierten Arbeitnehmern und Arbeitgebern erzielten Tarifergebnis. [...] Insoweit geht es in dem Verbandsarbeitskampf auch um die Arbeitsbedingungen im Betrieb des Außenseiters.“⁶⁵ Indes: Selbst wenn schlecht formulierte und unzureichend ausgelegte Bezugnahmeklauseln eine Partizipation an nicht mehr einschlägigen Industrietarifen ermöglichten, kann doch die Friedenspflicht aus einem aktuell geltenden Innungstarif nicht durch arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln abbedungen werden.

VI. Ergebnisse

1. Die Voraussetzungen für einen Tarifwechsel von Industrie- zu den meist billigeren Handwerkstarifen haben zahlreiche Unternehmen erfüllt: Tätigkeitsveränderungen, Ausgliederungen, rechtliche Verselbständigungen, Veräußerungen oder Verlagerungen der industriellen Produktion führen vielfach zu einem handwerklichen „Gepräge“ des verbliebenen Unternehmens. Damit entwickelt sich das Unternehmen aus dem fachlichen Geltungsbereich des Industrietarifvertrags heraus und fällt auch in der Regel nicht mehr unter die gemeinsame Tarifzuständigkeit der Tarifparteien (weil Arbeitgeberverbände in Branchen mit Handwerk typischerweise nur die Industrie organisieren).

2. Ab dem Zeitpunkt, ab welchem das Handwerk die Industrietätigkeit überwiegt, wirken die Industrietarife für das betreffende Unternehmen nurmehr nach, § 4 Abs. 5 TVG. Nachfolgende Tarifänderungen können das Unternehmen nicht mehr erfassen. Der Praxis ist die Eintragung in die Handwerksrolle zu empfehlen.

3. Die nachwirkenden Industrietarifverträge können effektiv durch aktuell geltende (!) Handwerkstarifverträge der Innungen

oder Innungsverbände abgelöst werden, weil und wenn die Gewerkschaft dieselbe ist, die auch die Industrietarifverträge abgeschlossen hat. Dazu muss das Unternehmen lediglich in die Innung eintreten. Die Gewerkschaft hat durch den Abschluss des Innungstarifvertrags diese einseitige Option legitimiert.

4. Nachwirkende Industrietarifverträge können auch durch einen Haustarifvertrag mit derselben Gewerkschaft abgelöst werden; der Haustarifvertrag ist stets spezieller als ein Verbandstarifvertrag. Infolge der Gewerkschaftsidentität dieses Tarifwechsels gelingt auch die tarifrechtliche Einzelablösung beim Verbandstarifvertrag.

5. Soll ein Handwerkstarifvertrag mit einer anderen, etwa christlichen Gewerkschaft an die Stelle der nachwirkenden Industrieverbandstarifverträge treten, so entscheidet jeder Arbeitnehmer, ob er den neuen Tarifvertrag durch Übertritt in die neue Gewerkschaft für sich legitimieren will. Da zu erwarten ist, dass das BAG die Tarifeinheit im Betrieb aufgibt, stehen dann nachwirkender Industrietarif mit der einen und aktueller Handwerkstarif mit der anderen Gewerkschaft in unterschiedlichen Arbeitsverhältnissen nebeneinander.

6. Die neue Rechtsprechung des BAG kann nicht dazu führen, dass der Industrietarif durch unklare Bezugnahmeklauseln außerhalb seines Geltungsbereichs dynamisch festgeschrieben wird. Jedenfalls aber sollten die Klauseln transparent neu gefasst werden.

7. Der Beitritt zu den Handwerksinnungen bezieht die Friedenspflicht aktuell geltender (!) Handwerkstarifverträge auf das Unternehmen. „Ungeschützt“ vor Haustarifforderung und -arbeitskampf ist der innungsangehörige Arbeitgeber, soweit die Verbandstarife keine Regelung enthalten (Relativität der Friedenspflicht) und sobald sie nur noch nachwirken.

⁶⁵ BAG vom 18. 2. 2003 – 1 AZR 142/02, EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 135 mit ablehnender Anmerkung *Rieble* = AP Nr. 163 zu Art. 9 GG Arbeitskampf mit Anmerkung *Thüsing* = AR-Blattei ES 170.1 Nr. 49 mit kritischer Anmerkung *Löwisch*; eingehend auch *Konzen*, in: *GS Heinze*, 2004, S. 515 ff.