

Betriebs Berater

BB

48 | 2022

Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... Recht ... Wirtschaft ... 28.11.2022 | 77. Jg. Seiten 2753–2816

DIE ERSTE SEITE

Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M., und **Dr. Lena Bleckmann**

Von der Coronapandemie zur Energiekrise – Betriebsschließungen und die Frage des Betriebsrisikos

WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. Uta Zentes, LL.M. (Eur), RAin/Syndikus-RAin

Operationalisierung einer schlagkräftigen Geldwäschebekämpfung in Deutschland | 2755

Dr. Matthias Schudlo, RA, **Denise Kammerer**, M.A., RAin, und **Alicia Urban**

Das neue Kaufrecht – Schwerpunkt M&A und Due Diligence | 2759

STEUERRECHT

Dr. Dario Arconada Valbuena, LL.M. (Taxation), RA/FAStR, und Dipl.-Finw. (FH) **Thomas Rennar**

Steuerstrafrechtliche Implikationen bei körperschaftsteuerlicher vGA | 2775

Christian Birker, RA/StB/WP

Betriebsstättenbegründung bei der Einschaltung einer Dienstleistungsgesellschaft –

Auswirkung auf sog. No PE-Strukturen im Grundstücksbereich | 2778

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Ursula Boxberg, WPin/StBin, und **Dr. Holger Seidler**, RA/StB/WP

Praktische Probleme bei der Aufstellung und Prüfung des Abhängigkeitsberichts | 2795

ARBEITSRECHT

Thomas Ueber, RA/FAArbR, und **Dr. Felicia von Grundherr**, RAin

Die Unzulässigkeit von Indexklauseln in Tarifverträgen – Teil II | 2804

Thomas Ubber, RA/FAArbR, und Dr. Felicia von Grundherr, RAin

Die Unzulässigkeit von Indexklauseln in Tarifverträgen – Teil II

Tarifliche Indexklauseln, die eine automatische Koppelung der Vergütungsentwicklung an die Inflationsrate vorsehen, sind – wie in Teil I dieses Beitrags ausgeführt (vgl. BB 2022, 2356 ff.) – unzulässig. Teilweise haben Gewerkschaften solche unzulässigen tariflichen Indexklauseln aber bereits durchgesetzt. Insbesondere aus Anlass der stark steigenden Inflation und einer sich abzeichnenden Rezession stellt sich die Frage, ob und wie sich die Arbeitgeberseite von einer solchen Tarifklausel lösen kann.

I. Keine Umsetzung der Indexklausel

§ 8 PrKG ordnet an, dass die Unwirksamkeit einer zwischen den Parteien vereinbarten verbotswidrigen Preisklausel erst *ex nunc* mit der rechtskräftigen gerichtlichen Feststellung des Verstoßes eintritt.

Allerdings bestehen sehr gute Gründe, die gegen eine Anwendbarkeit der Norm auf Tarifverträge streiten.¹ Der Arbeitgeber kann sich damit auf den Standpunkt stellen, dass § 8 PrKG infolge teleologischer Reduktion auf Tarifverträge nicht anwendbar ist, es also bei der *ex tunc* eintretenden Unwirksamkeit nach § 134 BGB bleibt und die Indexklausel mithin nicht umgesetzt werden muss.

Entschließt sich der Arbeitgeber hierzu, muss er damit rechnen, dass eine Vielzahl von Arbeitnehmern nach Maßgabe der Indexklausel ausstehende Vergütung einklagen wird. Darüber hinaus ist zu erwarten, dass die Gewerkschaft eine Klage auf Durchführung der Indexklausel (im Falle eines Haustarifvertrags) oder eine Klage auf Einwirkung des Verbands auf den Arbeitgeber (im Falle eines Verbandstarifvertrags) betreiben wird. Die Arbeitgeberseite muss also wohl mit einer erheblichen Klagewelle bei nicht ganz unerheblichem Prozessrisiko (insbesondere in der ersten Instanz) rechnen. Folglich wird der Arbeitgeber im Einzelfall genau abwägen müssen, ob er die Folgen einer sofortigen Nichtumsetzung der Indexklausel in Kauf nehmen möchte.

II. Anpassungsmöglichkeiten

1. Nachverhandlung

Die Arbeitgeberseite kann an die Gewerkschaft herantreten und sich um eine Abänderung des maßgeblichen Tarifvertrags bemühen. Denkbar ist etwa, statt der Indexklausel fixprozentuale Vergütungserhöhungen anzubieten. Ob sich die Gewerkschaft auf eine einvernehmliche Beseitigung der Indexklausel einlässt, wird vom Einzelfall und insbesondere dem Angebot der Arbeitgeberseite hinsichtlich einer Ersatzregelung abhängen. Vor dem Hintergrund des Urteils des Arbeitsgerichts München vom 2.9.2022, das die Rechtswidrigkeit von Indexklauseln in Tarifverträgen bestätigt hat,² wird die Gewerkschaft aller Voraussicht nach, einen gewissen Druck verspüren, Verhandlungen über die Änderung der Indexklausel aufzunehmen.

Je nachdem, wie konstruktiv oder konfrontativ sich die Tarifpartner gegenüberstehen, kann insoweit auf die Rechtsauffassung der Unan-

wendbarkeit von § 8 PrKG verwiesen werden. Auf diese Weise kann der Gewerkschaft signalisiert werden, dass der Arbeitgeber ohne eine Änderungsvereinbarung eine Umsetzung der Indexklausel auch schlicht unterlassen kann.³ Dann erhielten die Arbeitnehmer zunächst gar keine Vergütungsanpassung nach Maßgabe der Indexklausel.

2. Anpassung durch Öffnungsklausel, Auslegung oder salvatorische Klauseln?

a) Öffnungsklausel

Öffnungsklauseln erlauben es, unter bestimmten Voraussetzungen – etwa in einer wirtschaftlichen Notlage – von den Tarifnormen abzuweichen;⁴ die Sperrwirkung des § 4 Abs. 3 TVG greift mithin aufgrund des Willens der Tarifparteien nicht.⁵ Dass Tarifpartner eine Indexklausel mit einer Öffnungsklausel versehen, ist aber kaum denkbar: Die Indexklausel soll den Arbeitnehmer vor der Inflationsentwicklung schützen und zielt damit gerade auf wirtschaftlich herausfordernde Zeiten. Öffnungsklauseln sind folglich im Kontext von Indexklauseln – soweit ersichtlich – ohne praktische Bedeutung.

b) Auslegung

Im Wege der Auslegung lässt sich eine tarifnormativ vereinbarte Indexklausel keinem zulässigen Regelungsgehalt zuführen: Dazu wäre es notwendig, dass die Indexklausel ihres Automatismus beraubt würde. Der Wortlaut einer Indexklausel sowie deren Zweck, gerade eine automatische Koppelung an den VPI zu implementieren, sperren eine derartige Auslegung.

c) Salvatorische Ersetzungsklausel

Teils enthalten Tarifverträge salvatorische Ersetzungsklauseln. Diese sollen nachträglich entstandene Vertragslücken schließen⁶. Insoweit wird zwischen automatischen und obligatorischen Ersetzungsklauseln unterschieden.

Eine automatische Ersetzungsklausel sieht typischerweise die Ersetzung der unwirksamen Bestimmung durch eine Regelung vor, „*die dem am nächsten kommt, was die Parteien vereinbart hätten, sofern sie die Unwirksamkeit erkannt hätten*“.⁷ Im Regelungsgefüge des PrKG könnte man als Ersatzregelung an eine Klausel zur Vergütungserhöhung nach Maßgabe der Inflationsrate bei Tarifabschluss denken.

¹ Dazu sowie zu den diesbezüglichen Risiken bereits Ziff. III. 2. in Teil I dieses Beitrags.

² ArbG München, 2.9.2022 – 38 Ga 79/22. Es handelt sich hier um eine Entscheidung im Eilverfahren zur Untersagung der Streikmaßnahmen des Cockpitpersonals bei der Deutsche Lufthansa AG. Im Ergebnis wies das ArbG München den Antrag auf einstweilige Verfügung allerdings wegen Verletzung einer durch das ArbG München angenommenen Hinweispflicht zurück.

³ Dazu Ziff. 1.

⁴ *Fitting*, in: *Fitting u.a., BetrVG*, 31. Aufl. 2022; *Schmidt/Trebinger/Linsenmaier/Schelz*, 31. Aufl. 2022, § 77, Rn. 117–123, m.w.N.

⁵ *Löwisch/Rieble, TVG*, 4. Aufl. 2017, § 4, Rn. 476–479.

⁶ *Helmbold, NZA* 2022, 155, 155.

⁷ Formulierungsbeispiel: *Helmbold, NZA* 2022, 155, 155.

Eine derartige Ersatzklausel begegnet aber Bedenken: Die Tarifpartner wollten gerade nicht die Inflationsrate bei Tarifabschluss fortschreiben. Zudem hat das BAG in Bezug auf Betriebsvereinbarungen Zweifel hinsichtlich der Wirksamkeit einer salvatorischen Klausel geäußert und insofern auf den Normcharakter der Betriebsvereinbarung verwiesen.⁸ Diese Bedenken sind berechtigt und auf Tarifnormen zu übertragen: Es ist nicht hinnehmbar, dass die Tarifgebundenen im Falle einer unwirksamen Tarifklausel einer – dem Inhalt nach nicht aus dem Tarifwerk selbst erkennbaren – Ersatzklausel unterworfen werden.

Eine *obligatorische* Ersetzungsklausel verpflichtet die Parteien eine Ersatzregelung zu treffen. Hier erscheint eine – in der Tarifpraxis vereinzelt gerade für den Fall der steigenden Inflation vorgesehene⁹ – Verhandlungsverpflichtung zur Lohnanpassung unter Berücksichtigung der Inflationsrate naheliegend, die eine zulässige Ermessensklausel i.S.d. § 1 Abs. 2 Nr. 1 PrKG darstellt. Eine solche Verhandlungsverpflichtung wird allerdings kaum zusätzlich zu einer Indexklausel, welche die Vergütungserhöhung gerade automatisch determinieren soll, vereinbart worden sein. Im Regelfall liegt allenfalls eine abstrakte obligatorische Ersetzungsklausel vor, die lediglich eine Verhandlungs-, aber gerade keine Abschlusspflicht begründet. Eine Abschlusspflicht wäre nämlich im Hinblick auf Art. 9 Abs. 3 GG nur annehmbar, wenn die Ersetzungsklausel einen Vorvertrag begründete, der den geschuldeten Abschluss und dessen Inhalt unmissverständlich vorformulierte.¹⁰ Das ist in der Regel nicht der Fall.

3. Anspruch auf Anpassung aus § 313 Abs. 1 BGB

Damit drängt sich die Frage auf, ob § 313 Abs. 1 BGB abhelfen und eine Anpassung des Tarifvertrags unter Aufhebung der Indexklausel herbeiführen kann. Die drastisch steigende Inflation kann eine schwerwiegende Änderung der Geschäftsgrundlage konstituieren und ein Festhalten am Tarifvertrag unzumutbar machen.

Dies ist aber im Ergebnis – von Ausnahmefällen abgesehen – kaum erfolgsversprechend: So kann nicht Geschäftsgrundlage sein, was bereits Inhalt des Vertrags selbst ist, weil dann der Vertrag eine Regelung für genau diese Entwicklung darstellt, die nun eine Leistungsstörung darstellen soll.¹¹ Genau so liegt es bei Indexklauseln: Diese weisen das eigentlich den Gläubiger der Geldschuld, mithin den Arbeitnehmer, treffende Risiko der Geldentwertung¹² dem Arbeitgeber zu, begründen also gerade eine Regelung für *jede* Inflationsrate. Eine Anpassung kommt dann allenfalls in Betracht, wenn die Grenze des übernommenen Risikos überschritten und die Interessen der Arbeitgeberseite durch die Klausel „*nicht mehr auch nur annähernd gewahrt*“ sind.¹³ Dies ist wohl nur im Ausnahmefall anzunehmen.

Selbst wenn diese hohen Hürden im Einzelfall genommen werden sollten, ist überdies umstritten, ob § 313 BGB (analog) überhaupt auf Tarifverträge anwendbar ist.¹⁴ In jedem Fall aber kann eine Abänderung des Tarifinhalts auf diesem Weg nicht erzwungen werden. Nach der h.M. steht Art. 9 Abs. 3 GG einer gerichtlichen Durchsetzung des Anspruchs auf Vertragsanpassung aus § 313 Abs. 1 BGB (analog) entgegen.¹⁵

III. Lösungs- und Beendigungsmöglichkeiten

1. Gerichtliche Feststellung der Unwirksamkeit nach § 8 PrKG

Bejaht man eine Anwendung von § 8 PrKG auf Tarifverträge, ist die gerichtliche Feststellung der Unwirksamkeit nach § 8 PrKG der ge-

setzlich vorgesehene Weg, um die Rechtswirkung einer tariflichen Indexklausel zu beenden. Wegen der ungeklärten Rechtslage empfiehlt sich eine Feststellungsklage aber auch dann, wenn § 8 PrKG – wie hier – für nicht anwendbar gehalten wird. In diesem Fall sollte darauf hingewiesen werden, dass es sich um einen vorsorglichen Schritt handelt.

a) Parteien

Findet sich die Indexklausel in einem Verbandstarifvertrag, lässt sich die Unwirksamkeit dieser im Wege der Verbandsklage nach § 8 PrKG i.V.m. § 9 TVG herbeiführen.¹⁶ Eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung genießt nach § 9 TVG *erga-omnes*-Wirkung, bindet also Gerichte auch bei Rechtsstreitigkeiten der tarifgebundenen Parteien.

Ist die Indexklausel in einem Haustarifvertrag vereinbart, kann der Arbeitgeber als Tarifvertragspartei selbst die Feststellungsklage mit *erga-omnes*-Wirkung nach § 8 PrKG i.V.m. § 9 TVG gegen die Gewerkschaft betreiben.

Für die Praxis letztlich kaum von Bedeutung ist die Frage, ob – im Falle eines Verbandstarifvertrags – auch der einzelne tarifgebundene Arbeitgeber die Feststellung der Unwirksamkeit nach § 256 ZPO i.V.m. §§ 1, 8 PrKG herbeiführen kann.¹⁷ Eine solche Klage müsste sich gegen den einzelnen Arbeitnehmer richten, da der Verbandstarifvertrag kein Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Gewerkschaft begründet. Eine gerichtliche Entscheidung im Individualverfahren hat aber nur *inter-partes*-Wirkung und ist damit für den Arbeitgeber kaum zielführend. Etwas anderes mag allenfalls im Rahmen einer Zahlungsklage des einzelnen Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber gelten: Hier kann der Arbeitgeber eine entsprechende Feststellungswiderklage erheben,¹⁸ der allerdings wiederum nur *inter-partes*-Wirkung zukommt. Deutlich geeigneter erscheint daher ein entsprechendes Einwirken auf den Arbeitgeberverband dahingehend, dass dieser eine Feststellungsklage nach § 8 PrKG i.V.m. § 9 TVG betreibt.

b) Klageantrag

Für die Formulierung des Klageantrags ist entscheidend, dass sich die Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung auf die Unzulässigkeit der Indexklausel wegen Verstoß gegen § 1 Abs. 1 PrKG erstreckt.¹⁹

Nicht geeignet sind damit Klageanträge, bei denen die Unzulässigkeit der Indexklausel bloße Vorfrage ist. Vorfragen und präjudizielle Rechtsverhältnisse nehmen nicht an der Rechtskraft teil.²⁰ Besondere Vorsicht ist hier bei arbeitskampfbезогenen Hauptsacheverfahren ge-

8 BAG, 18.9.2012 – 3 AZR 431/10, NZA-RR 2013, 651, Rn. 63; offenlassend BAG, 13.8.2019 – 1 AZR 213/18, BB 2020, 51 Ls, NZA 2020, 49, Rn. 89.

9 Dazu Ziff. II. 3 und III. in Teil I dieses Beitrags.

10 Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 1, Rn. 1486; Helmbold, NZA 2022, 155, 158.

11 Vgl. BGH, 1.2.1990 – VII ZR 176/88, NJW-RR 1990, 601, 602.

12 BGH, 17.12.1982 – V ZR 306/81, NJW 1983, 1309, 1310; Lorenz, in: BeckOK BGB, 1.8.2022, § 313, Rn. 26, 34.

13 Vgl. BGH, 23.5.1980 – V ZR 20/78, NJW 1980, 2241, 2242.

14 Zuletzt offenlassend BAG, 16.1.2013 – 5 AZR 266/12, BeckRS 2013, 68133.

15 Vgl. BAG, 23.4.2013 – 3 AZR 23/11, NZA-RR 2013, 542, Rn. 36; BAG, 16.1.2013 – 5 AZR 266/12, BeckRS 2013, 68133; LAG Hessen, 28.7.2015 – 8 Sa 1183/14, BeckRS 2016, 65640.

16 Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 1, Rn. 2223; Thüsing, in: Wiedemann, TVG, 8. Aufl. 2019, § 1, Rn. 469.

17 Ablehnend Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 1, Rn. 2223 f.

18 Zur Feststellungswiderklage noch Ziff. 3.1.b); zur Widerklage in Zahlungsprozessen allgemein (nicht im Kontext von Tarifverträgen): Omlor, in: Staudinger, PrKG, Rn. 5, 2021, § 8, Rn. 5.

19 Omlor, in: Staudinger, PrKG, 2021, § 8, Rn. 5; Toussaint, in: JurisPK-BGB, PrKG, 1.2.2020, § 8, Rn. 8; abweichend hiervon stellt Leidner auf die Tenorierung der Unwirksamkeit ab, verweist aber insofern ohne diese Abweichung deutlich zu machen auf die vorgenannten Quellen Leidner, in: BeckOGK, PrKG, 1.6.2022, § 8, Rn. 10.

20 BGH, 7.7.1993 – VIII ZR 103/92, BB 1993, 1837, NJW 1993, 2684, 2685; Toussaint, in: JurisPK-BGB, PrKG, 1.2.2020, § 8, Rn. 8.

boten: Richtet sich dieses ausschließlich auf Schadensersatz oder auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Streikmaßnahmen wegen unzulässiger Streikziele (wegen Verstoß gegen das PrKG), bewirken diese Klageanträge keine Rechtskraft hinsichtlich der Unzulässigkeit der Indexklausel.

Zielführend ist nur ein Feststellungsantrag nach § 256 Abs. 1 ZPO.²¹ Ein solcher kann auch im Wege der Feststellungswiderklage erhoben werden,²² etwa wenn die Gewerkschaft eine Klage auf Durchführung der Indexklausel anstrengt. Umstritten ist dagegen die Möglichkeit einer Zwischenfeststellungsklage im Rahmen des § 8 PrKG.²³ Aus dogmatischer Sicht ist nicht einleuchtend, warum eine solche nicht gangbar sein sollte.

c) Rechtslage bis zur rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung

Geht man von einer Anwendbarkeit des § 8 PrKG auf Tarifverträge aus, gilt Folgendes: § 8 S. 2 PrKG stellt klar, dass die Rechtswirkungen der Preisklausel bis zum Zeitpunkt der Unwirksamkeit unberührt bleiben. Zeitpunkt der Unwirksamkeit ist die rechtskräftige gerichtliche Feststellung, § 8 S. 1 PrKG. Aufgrund des Wortlauts kommt eine Vorverlagerung des Eintritts der Unwirksamkeit auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit nicht in Betracht.²⁴ Bis zur rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung ist die betroffene Indexklausel folglich schwebend wirksam.²⁵ Die Preisklausel determiniert damit die Höhe der Vergütungspflicht des tarifgebundenen Arbeitgebers – trotz ihrer Illegitimität – vorübergehend.

Hat der Arbeitgeber bereicherungsrechtliche Rückforderungsansprüche für den Zeitraum vor der gerichtlichen Feststellung der Unwirksamkeit?

Hält man § 8 PrKG für anwendbar, hat der Schuldner, also der Arbeitgeber, keine bereicherungsrechtlichen Rückforderungsansprüche für den Zeitraum vor der rechtskräftigen Feststellung der Unwirksamkeit.²⁶ Die Preisklausel begründet dann einen Rechtsgrund für die gewährte Vergütung,²⁷ der nach § 8 S. 2 PrKG gerade nicht rückwirkend entfällt. Damit wird den Bestrebungen des Gesetzgebers, Rückabwicklungen zu vermeiden,²⁸ Rechnung getragen. Das mag aus Arbeitgebersicht zunächst unbefriedigend erscheinen. Rückforderungsansprüche gegen Arbeitnehmer sind allerdings wegen der Entreicherungseinde ohnehin in vielen Fällen wirtschaftlich wertlos.

Teilt man dagegen die hier vertretene Auffassung, nach welcher § 8 PrKG auf tarifvertragliche Indexklauseln nicht anwendbar ist, ist eine Rückabwicklung bisher infolge der Indexklausel geleisteter Vergütungsbestandteile möglich, da die Indexklausel nach § 134 BGB *ex tunc* unwirksam ist. In der Praxis würde die Rückabwicklung aber wohl häufig an § 818 Abs. 3 BGB scheitern.

Sind Preisklauseln vor der rechtskräftigen Feststellung ihrer Unwirksamkeit durchsetzbar?

Lehnt man wie hier vertreten eine Anwendung von § 8 PrKG auf Tarifverträge ab, so sind wegen der dann *ex tunc* eintretenden Unwirksamkeit Indexklauseln von Anfang an, also auch vor rechtskräftiger Feststellung, nicht durchsetzbar.

Geht man von einer Anwendbarkeit des § 8 PrKG auf Tarifverträge aus, kommt aus Arbeitgeberperspektive die Einwendung der Treuwidrigkeit nach § 242 BGB zur Verteidigung gegen die Durchsetzung einer Indexklausel in Betracht. Insoweit ist nach dem betroffenen Rechtsverhältnis zu differenzieren:

Geht es um die – durch die Preisklausel in ihrer Höhe determinierten – Vergütungsansprüche eines Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber, steht die Treuwidrigkeit des Geldgläubigers, also des Arbeitnehmers, in Frage. Da der Arbeitnehmer die rechtswidrige Preisklausel nicht selbst vereinbart hat, erscheint bis zur rechtskräftigen Entscheidung eine Treuwidrigkeit eher fernliegend.

Anders zu beurteilen ist es, wenn die Gewerkschaft die Preisklausel durchzusetzen versucht. Dem schuldrechtlichen Teil eines Tarifvertrags ist eine Durchführungspflicht der Tarifpartner hinsichtlich der Tarifnormen immanent,²⁹ die auch im Klagewege durchgesetzt werden kann.³⁰

Erhebt eine Gewerkschaft einen Durchführungsanspruch vor rechtskräftiger Entscheidung, ist eine Treuwidrigkeit jedenfalls dann anzunehmen, wenn die Gewerkschaft die Preisklausel im Streikwege durchgesetzt hat: Hier trifft die Gewerkschaft eine Pflicht zur sorgfältigen Prüfung ihrer Streikziele.³¹ Kommt sie dieser Pflicht nach, weiß sie um die Unzulässigkeit der Indexklausel auch vor rechtskräftiger Feststellung ihrer Unzulässigkeit. Hat sie diese Prüfungspflicht verletzt, vermag sie daraus keinen rechtlichen Vorteil zu ziehen.

Dagegen mag man zunächst einwenden, dass die *de lege lata* lediglich *ex nunc* eintretende Unwirksamkeit der Klausel durch Anwendung von § 242 BGB unterlaufen würde. So heißt es in der Literatur, eine Treuwidrigkeit komme schon deshalb nicht in Betracht, weil der Vertragspartner jederzeit den Klageweg nach § 8 PrKG beschreiten könne.³² Das überzeugt allerdings dogmatisch nicht: § 8 PrKG betrifft ausschließlich die Wirksamkeit einer Indexklausel. Die Einwendung der Treuwidrigkeit betrifft aber von vornherein nicht die Wirksamkeit eines Anspruchs, sondern lediglich dessen Durchsetzbarkeit. Eine „Ausstrahlungswirkung“ von § 8 PrKG auf § 242 BGB ist damit dogmatisch verfehlt.

Die hiesige Auffassung entspricht zudem dem *telos* der Norm: § 8 PrKG soll Rückabwicklungsschwierigkeiten und eine Überlastung der Gerichte vermeiden, hat also bereits durchgeführte Preisklauseln vor Augen. Ein Durchführungsanspruch der Gewerkschaft betrifft aber nicht die Rückabwicklung einer Preisklausel, sondern wird im Gegenteil gerade da erhoben, wo eine Preisklausel gerade noch nicht durchgeführt wurde.

Da § 8 PrKG auf die Rechtskraft der Entscheidung rekurriert, wird eine entsprechende Klage erst Monate oder gar Jahre nach ihrer Erhebung zu einer Beseitigung der Rechtswirkung der Indexklausel führen, wenn der betroffene Tarifvertrag bis dahin nicht ohnehin beendet ist. Der Klageweg allein ist damit nicht geeignet, die Arbeitgeberseite schnell von den Wirkungen der Indexklausel zu befreien.

21 *Toussaint*, in: *JurisPK-BGB*, PrKG, 1.2.2020, § 8, Rn. 7; *Leidner*, in: *BeckOGK*, PrKG, 1.6.2022, § 8, Rn. 10f.

22 *Leidner*, in: *BeckOGK*, PrKG, 1.6.2022, Rn. 11; *Gerber*, *NZM* 2008, 152, 154; *Neuhaus*, *MDR* 2010, 848 (851); *Omlor*, in: *Staudinger*, PrKG, 2021, § 8, Rn. 5; *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, *BGB Anh.* zu § 245, § 8 PrKG, Rn. 1; *Toussaint*, in: *JurisPK-BGB*, PrKG, 1.2.2020, § 8, Rn. 5.

23 *Behrend* *Omlor*, in: *Staudinger*, PrKG, 2021, § 8, Rn. 5; *Leidner*, in: *BeckOGK*, PrKG, 1.6.2022, § 8, Rn. 12; a. A. *Toussaint*, in: *JurisPK-BGB*, PrKG, 1.2.2020, § 8, Rn. 9.

24 *Omlor*, in: *Staudinger*, PrKG, 2021, § 8, Rn. 6; *Toussaint*, in: *JurisPK-BGB*, PrKG, 1.2.2022, § 8, Rn. 12.

25 *Omlor*, in: *Staudinger*, PrKG, 2021, § 8, Rn. 4; *Toussaint*, in: *JurisPK-BGB*, PrKG, 1.2.2020, § 8, Rn. 13; *Leidner*, in: *BeckOGK*, PrKG, 1.6.2022, § 8, Rn. 23.

26 *BGH*, 14.5.2014 – VIII ZR 114/13, *ZNER* 2014, 384, *NJW* 2014, 2708, 2714, Rn. 54.

27 *Omlor*, in: *Staudinger*, PrKG, 2021, § 8, Rn. 4; *Leidner*, in: *BeckOGK*, PrKG, 1.6.2022, § 8, Rn. 24.

28 Dazu bereits *Ziff.* IV. 1. in Teil I dieses Beitrags.

29 *BAG*, 29.4.1992 – 4 AZR 432/91, *BB* 1992, 2214, *NZA* 1992, 846, 848.

30 *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, Bd. 3: Kollektives Arbeitsrecht I, § 259 Durchsetzung der tariflichen Schuldpflichten, Rn. 7.

31 *Vgl.* *BAG*, 26.7.2016 – 1 AZR 160/14, *NZA* 2016, 1543; *BAG*, 19.6.2012 – 1 AZR 775/10, *NZA* 2012, 1372.

32 *Leidner*, in: *BeckOGK*, PrKG, 1.6.2022, § 8, Rn. 24; *Omlor*, in: *Staudinger*, PrKG, 2021, § 8, Rn. 4.

2. Außerordentliche (Teil-)Kündigung als Lösungsmöglichkeit?

Damit stellt sich die Frage nach einer außerordentlichen (Teil-)Kündigung des Tarifvertrags.

a) Maßstab des außerordentlichen Kündigungsrechts

Die außerordentliche Kündigung eines Tarifvertrags ist grundsätzlich zulässig³³ und bestimmt sich aufgrund der Natur des Tarifvertrags als Dauerrechtsverhältnis nach § 314 BGB.³⁴ Das außerordentliche Kündigungsrecht kann tarifvertraglich nicht ausgeschlossen werden.³⁵

Für die außerordentliche Kündigung bedarf es eines wichtigen Grundes i. S. d. § 314 Abs. 1 S. 1, S. 2 BGB. Dieser liegt vor, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer der kündigenden Tarifpartei unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Tarifvertrags bis zum vereinbarten Ende oder bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann.³⁶

b) Verstoß gegen § 1 PrKG als wichtiger Grund?

Geht man von der Anwendbarkeit des § 8 PrKG aus, begegnet eine außerordentliche Kündigung wegen Gesetzesverstoß der Indexklausel erheblichen Bedenken: Zum einen belegt § 8 PrKG, dass der Gesetzgeber eine vorübergehende Bindung an eine Indexklausel bis zur rechtskräftigen Feststellung ihrer Unwirksamkeit grundsätzlich gerade nicht für unzumutbar hält. Zum anderen beabsichtigt der Gesetzgeber mit § 8 PrKG Rechtsunsicherheit und Rückabwicklungsschwierigkeiten zu vermeiden. Eben diese Rechtsunsicherheit würde aber durch eine außerordentliche Kündigung noch befeuert, da deren Wirksamkeit nicht rechtskräftig feststünde.

Hält man § 8 PrKG dagegen wie hier vertreten für nicht anwendbar, bestehen die vorgenannten Bedenken nicht. Dann aber bedarf es auch keiner Kündigung, weil ohnehin eine Unwirksamkeit *ex tunc* nach § 134 BGB eintritt; die zeitliche Besonderheit des § 8 PrKG gelangt dann nicht zur Anwendung.

c) Inflationsentwicklung als wichtiger Grund?

Denkbar wäre auch, aus der steigenden Inflation und der damit einhergehenden Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse einen Kündigungsgrund abzuleiten. Grundsätzlich können geänderte wirtschaftliche Bedingungen eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen. Die genauen Anforderungen an das Ausmaß der Änderung sind höchstrichterlich ungeklärt, aber jedenfalls besteht Einigkeit, dass diese streng sind.³⁷ Das gilt erst recht bei tarifvertraglichen Risikozuweisungen: Dann billigt das BAG einer Tarifpartei die außerordentliche Kündigung nur zu, wenn eine unvorhersehbare Änderung der Umstände vorliegt, die das Festhalten am Tarifvertrag unter keinen Umständen mehr zumutbar erscheinen lässt.³⁸ Da die Arbeitgeberseite mit der Indexklausel gerade das Risiko einer steigenden Inflation übernommen hat, gilt das zu § 313 BGB Ausgeführte entsprechend. Damit dürfte die Inflationsentwicklung nur in Ausnahmefällen zur außerordentlichen Kündigung berechtigen.

d) Ultima-ratio-Prinzip

Aus dem *ultima-ratio*-Prinzip ergibt sich die Einschränkung, dass die außerordentliche Kündigung nur dann zulässig ist, wenn die Möglichkeiten der tarifautonomen Anpassung als milderes Mittel ausgeschöpft wurden.³⁹ Zunächst muss die Arbeitgeberseite also auch ohne

tarifvertragliche Nachverhandlungsklausel mit der Gewerkschaft Verhandlungen zur Anpassung des Tarifvertrags aufnehmen.⁴⁰

Eine Teilkündigung lediglich der Indexklausel – als im Einzelfall womöglich milderes Mittel zur vollständigen Kündigung – kommt jedenfalls in Betracht, wenn die Möglichkeit einer Teilkündigung insoweit im Tarifvertrag vorgesehen ist.⁴¹ Ob auch ohne explizit vereinbartes Teilkündigungsrecht ein solches bestehen kann, hat das BAG zwar offengelassen, aber klargestellt, dass es dem Wortlaut des Tarifvertrags vorrangige Bedeutung beimisst.⁴² Ohne entsprechenden Anklang im Wortlaut ist eine Teilkündigung damit nicht rechtssicher. Die Rechtsprechung zu Teilkündigungen von Betriebsvereinbarungen ist nicht übertragbar auf Tarifverträge.⁴³ Eine unzulässige Teilkündigung des Tarifvertrags kann auch nicht in die Kündigung des gesamten Tarifvertrags nach § 140 BGB umgedeutet werden, weil das Ersatzgeschäft damit in seiner Wirkung über das nichtige Geschäft hinausginge.⁴⁴

Auch die außerordentliche Änderungskündigung hat nach teils vertretener Auffassung⁴⁵ Vorrang gegenüber der außerordentlichen Beendigungskündigung, wenn die kündigende Partei hierdurch mit reduzierten Pflichten in zumutbarer Weise am Tarifvertrag festhalten könnte. Es ist Arbeitgebern deshalb zu raten, vor Ausspruch einer außerordentlichen Beendigungskündigung der Gewerkschaft ein in wesentlichen Teilen klar umrissenes⁴⁶ Änderungsangebot zu unterbreiten. Dieses könnte etwa eine fixprozentuale Vergütungserhöhung statt der Indexierung vorsehen.

e) Bezugspunkt der Unzumutbarkeit

Für die Beurteilung der Unzumutbarkeit ist zwischen Verbandstarifverträgen und Haustarifverträgen zu differenzieren. Während es beim Haustarifvertrag nur auf die Situation des einzelnen Arbeitgebers ankommt, ist für Verbandstarifverträge umstritten, ob für die Beurteilung der Unzumutbarkeit an die jeweilige Tarifpartei anzuknüpfen ist⁴⁷ oder der Bewertungsmaßstab sich auf die Mitgliederebene,⁴⁸ also auf die Mitgliedsunternehmen, verschiebt.

33 BAG, 18.12.1996 – 4 AZR 129/96, BB 1997, 792 Ls, NZA 1997, 830; BAG, 18.2.1998 – 4 AZR 363/96, BB 1998, 2160, NZA 1998, 1008; BAG, 27.2.2013 – 4 AZR 78/11, NZA 2013, 1026, Rn. 18; Franzen, in: Erfk, TVG, 22. Aufl. 2022, § 1, Rn. 33.

34 BAG, 27.2.2013 – 4 AZR 78/11, NZA 2013, 1026; Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 1, Rn. 1603; für eine lediglich analoge Anwendung: Deinert/Wenckebach, in: Däubler, TVG, 5. Aufl. 2022, § 4, Rn. 132.

35 BAG, 18.12.1996 – 4 AZR 129/96, BB 1997, 792 Ls, NZA 1997, 830.

36 BAG, 18.12.1996 – 4 AZR 129/96, BB 1997, 792 Ls, NZA 1997, 830 (zur Analogie zu § 626 Abs. 1 BGB vor Inkrafttreten von § 314 BGB).

37 BAG, 18.12.1996 – 4 AZR 129/96, BB 1997, 792 Ls, NZA 1997, 830; Buchner, NZA 1993, 289, 295.

38 BAG, 18.2.1998 – 4 AZR 363/96, BB 1998, 2160, NZA 1998, 1008; BAG, 18.6.1997 – 4 AZR 710/95, BB 1997, 2172, NZA 1997, 1234, 1236; BAG, 18.12.1996 – 4 AZR 129/96, BB 1997, 792 Ls, NZA 1997, 830.

39 BAG, 18.6.1997 – 4 AZR 710/95, BB 1997, 2172, NZA 1997, 1234, 1236; BAG, 18.12.1996 – 4 AZR 129/96, BB 1997, 792 Ls, NZA 1997, 830.

40 Ebd.

41 BAG, 3.5.2006 – 4 AZR 795/05, BB 2006, 2088 Ls, NZA 2006, 1125; Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 1, Rn. 1594.

42 BAG, 3.5.2006 – 4 AZR 795/05, BB 2006, 2088 Ls, NZA 2006, 1125; in der Lit. wird keine solche Auslegung teilweise mit dem Argument verneint, dass schon die Zusammenfassung in einer Tarifurkunde belege, dass eine Teilkündigung gerade nicht gewollt sei, Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 1, Rn. 1594.

43 BAG, 6.11.2007 – 1 AZR 826/06, NZA 2008, 422; Löwisch/Rieble, TVG, § 1, Rn. 1593.

44 BAG, 3.5.2006 – 4 AZR 795/05, BB 2006, 2088 Ls, NZA 2006, 1125; Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 1, Rn. 1595; Thüsing/Braun/Seel, Tarifrecht, 2. Aufl. 2016, 3. Kapitel, Rn. 220.

45 Löwisch, in: Anm. zu BAG, 18.12.1996 – 4 AZR 129/96, BB 1997, 792 Ls, AP Nr. 1 zu TVG-Kündigung; Oetker, RdA 1995, 82, 96.

46 Löwisch, in: Anm. zu BAG, 18.12.1996 – 4 AZR 129/96, BB 1997, 792 Ls, AP Nr. 1 zu TVG-Kündigung.

47 Hey, ZfA 2002, 275, 282; Deinert/Wenckebach, in: Däubler, TVG, 5. Aufl. 2022, § 4, Rn. 150.

48 Oetker, RdA 1995, 82, 95; Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 1, Rn. 1624; Buchner, NZA 1993, 289, 298; Wank, in: Schlachter/Ascheid/Friedrich (Hrsg.), FS Schaub, 1998, S. 761, 769 f.

Das BAG hat in einer Entscheidung zur Kündigung eines Tarifvertrags durch einen Arbeitgeberverband auf die wirtschaftlichen Verhältnisse der Mitgliedsunternehmen abgestellt.⁴⁹ Die Entscheidung lässt allerdings offen, wie hoch die Zahl oder der Anteil der Mitgliedsunternehmen, die unzumutbar belastet sind, sein muss.⁵⁰ In der Literatur wird hier auf den Großteil der Mitglieder abgestellt.⁵¹ In der Praxis ergeben sich kaum Unterschiede, auch wenn hinsichtlich der Unzumutbarkeit dogmatisch überzeugender an den Verband als Tarifvertragspartner angeknüpft wird: Besteht eine Unzumutbarkeit hinsichtlich der Mehrzahl der Verbandsmitglieder, begründet dies infolge des dadurch entstehenden innerverbandlichen Drucks auch die Unzumutbarkeit für den Verband selbst.⁵²

f) Kündigungsfrist und Ausübungsfrist

Die außerordentliche Kündigung eines Tarifvertrags ist, sofern ausnahmsweise zulässig, fristlos möglich.⁵³

Wie schnell aber muss die Arbeitgeberseite handeln? Umstritten ist, inwiefern die außerordentliche Kündigung eines Tarifvertrags einer Ausübungsfrist unterliegt. Die Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB erfährt überwiegend Ablehnung.⁵⁴ Großzügiger wird angesichts der erheblichen Folgen einer außerordentlichen Kündigung eine „angemessene Frist“ nach Maßgabe von § 314 Abs. 3 BGB befürwortet.⁵⁵ Konkret wird etwa eine Überlegungsfrist von einem Monat vorgeschlagen, welche sich bei Verhandlungen nach dem Rechtsgedanken des § 203 BGB entsprechend verlängern kann.⁵⁶ Dem ist zuzustimmen, da andernfalls einer Verhandlungslösung zwischen den Parteien von vornherein der Weg versperrt würde. Insbesondere muss bei geänderten wirtschaftlichen Verhältnissen, wie etwa einer steigenden Inflation, eine längere Ausübungsfrist gelten,⁵⁷ da wirtschaftliche Entwicklungen nur schrittweise erkennbar werden. Wird als Kündigungsgrund allerdings trotz der oben dargelegten Bedenken ausschließlich auf den Gesetzesverstoß rekurriert, erscheint eine längere Ausübungsfrist schwerer zu begründen. Sofern das Vorliegen der Unzumutbarkeit dargelegt werden kann, ist daher zu empfehlen die Kündigung auf beide Kündigungsgründe zu stützen und zeitnah Verhandlungen mit der Gewerkschaft aufzunehmen, bei Scheitern dieser aber auch zügig eine außerordentliche Kündigung auszusprechen.

g) Rechtsfolge: Nachwirkung?

Von besonderer Bedeutung ist, ob auch im Falle der außerordentlichen Kündigung eine Nachwirkung des gekündigten Tarifvertrags nach Maßgabe von § 4 Abs. 5 TVG eintritt. Einigkeit besteht jedenfalls insoweit, dass eine solche nicht eintritt, wenn die Tarifvertragsparteien diese ausgeschlossen haben.⁵⁸ Im Übrigen ist die Frage umstritten. Das BAG schien eine Nachwirkung in einem *obiter dictum* zwar zunächst zu bejahen,⁵⁹ hält aber wohl nunmehr das Nichtbestehen einer Nachwirkung zumindest für in Betracht kommend, ohne sich jedoch mit dem vorangegangenen *obiter dictum* auseinanderzusetzen.⁶⁰

Eine Ansicht⁶¹ plädiert für eine Nachwirkung auch nach außerordentlicher Kündigung. Als Argument wird angeführt, dass es auch bei einer außerordentlichen Kündigung nicht zu einem inhaltsleeren Arbeitsvertrag kommen dürfe.⁶² Ferner enthalte § 4 Abs. 5 TVG insoweit keine Ausnahme und sei auch der Funktion nach (Überbrückung, Bestandschutz und Abwicklungshilfe) einschlägig.⁶³ Immerhin könne sich die Arbeitgeberseite in der Nachwirkungsphase mangels zwingender Natur der tariflichen Bestimmungen durch einzelvertragliche Vereinbarungen von der Wirkung der tariflichen Bestimmung befreien.⁶⁴

Das überzeugt nicht. Ist die Indexklausel wie im Normalfall in einem Vergütungstarifvertrag enthalten, droht bei dessen – nachwirkungslosem – Entfall keine Inhaltsleere: In diesem Fall gelangt § 612 Abs. 2 BGB zur Anwendung und die übliche Vergütung, also der bis dahin zwingend wirkende Tariflohn, gilt als vereinbart. Richtigerweise würde eine Nachwirkung nach außerordentlicher Kündigung die Wirkung eines unzumutbaren Tarifvertrags perpetuieren, obwohl die Kündigung das Unzumutbare gerade abwehren soll.⁶⁵ Es leuchtet nicht ein, dem Arbeitgeber aufzuerlegen, massenweise individualvertragliche Lösungen herbeizuführen, um den unzumutbaren Zustand real zu beenden.⁶⁶ Eine individualvertragliche Ablösung, etwa durch Massenänderungskündigungen, geht mit einem immensen Aufwand einher und erscheint daher von vornherein nicht krisengerecht. Es läuft dem Sinn einer außerordentlichen Kündigung zuwider, wenn die Wirkungen des unzumutbaren Tarifvertrags nicht mit der Kündigung selbst entfallen.⁶⁷

3. Verbandsaustritt oder Ablösung durch Haustarifvertrag?

Im Falle eines Verbandstarifvertrags kommen zwei weitere Optionen, nämlich der Verbandsaustritt und der Abschluss eines ablösenden Haustarifvertrags, in Betracht.

Zielführend kann allenfalls ein außerordentlicher Verbandsaustritt sein. Der ordentliche Verbandsaustritt löst die Nachbindung nach § 3 Abs. 3 TVG aus und unterwirft den Arbeitgeber auch im Falle des Endes des Tarifvertrags einer etwaigen Nachwirkung dieses Tarifvertrags

49 BAG, 18.2.1998 – 4 AZR 363/96, BB 1998, 2160, NZA 1998, 1008.

50 Winter/Zeckau, AuR 1997, 89, 92: Ohne eine Kündigung müssten so viele Mitglieder insolvent gehen, dass der Verband in seiner Existenz bedroht wird; Otto, FS Kissel, 786, 805: Durchschnittsstandard der Verbandsmitglieder; Oetker, RdA 1995, 82, 95; Hey, ZfA, 2002, 275, 282; Belling/Hartmann, ZfA 1997, 87, 113: Überwiegende Mehrzahl der Verbandsmitglieder; Wank, in: Schlachter/Ascheid/Friedrich (Hrsg.), FS Schaub, 761, 770 will neben den Verbandsmitgliedern auch deren Arbeitnehmerzahl berücksichtigen; Steffan, JuS 1993, 1027, 1029 lässt eine Betroffenheit von 10 % der Verbandsmitglieder genügen.

51 Oetker, RdA 1995, 82, 95; Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 1, Rn. 1414; Buchner, NZA 1993, 289, 298; Wank, FS Schaub, 761, 769f.; wohl auch Wank, in: Wiedemann, TVG, 8. Aufl. 2019, § 4, Rn. 33.

52 Deinert/Wenckebach, in: Däubler, TVG, 5. Aufl. 2022, § 4, Rn. 150.

53 Deinert/Wenckebach, in: Däubler, TVG, 5. Aufl. 2022, § 4, Rn. 131; Oberwinter, in: Thüsing/Braun, Tarifrecht, 2. Aufl. 2016, 9. Kapitel, Rn. 81.

54 Seel, in: Thüsing/Braun, Tarifrecht, 2. Aufl. 2016, 3. Kapitel, Rn. 225; Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 1, Rn. 1609.

55 Seel, in: Thüsing/Braun, Tarifrecht, 2. Aufl. 2016, 3. Kapitel, Rn. 225; Deinert/Wenckebach, in: Däubler, TVG, 5. Aufl. 2022, § 4, Rn. 136.

56 Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 1, Rn. 1609.

57 Deinert/Wenckebach, in: Däubler, TVG, 5. Aufl. 2022, § 4, Rn. 136.

58 BAG, 16.8.1990 – 8 AZR 439/89, BB 1991, 762, NZA 1991, 353; Oberwinter, in: Thüsing/Braun, Tarifrecht, 2. Aufl. 2016, 9. Kapitel, Rn. 84; Greiner, in: Henssler/Moll/Beppler, Tarifvertrag, 2. Aufl. 2016, Teil 9, Rn. 37.

59 BAG, 10.11.1982 – 4 AZR 1203/79, AP Nr. 8 zu § 1 TVG allerdings zu Verweisungsklauseln und nicht differenziert zwischen ordentlicher und außerordentlicher Kündigung.

60 BAG, 18.6.1997 – 4 AZR 710/95, BB 1997, 2172, NZA 1997, 1234, 1236; ganz offenlassend BAG, 18.12.1996 – 4 AZR 129/96, BB 1997, 792 Ls, NZA 1997, 830; Henssler u. a., Tarifvertrag, Teil 9, 2. Aufl. 2016, Rn. 36, interpretiert die erstgenannte BAG Entscheidung dahingehend, dass das BAG dazu tendiere, eine Nachwirkung zu verneinen.

61 Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 1, Rn. 1630; Buchner, NZA 1993, 289, 299; Zachert, NZA 1993, 299, 301.

62 Franzen, in: ErfK, TVG, 22. Aufl. 2022, § 4, Rn. 56; Wank, in: Wiedemann, TVG, 8. Aufl. 2019, § 4, Rn. 49.

63 Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 4, Rn. 783; Buchner, NZA 1993, 289, 299; Franzen, in: ErfK, TVG, 22. Aufl. 2022, § 1, Rn. 37.

64 Buchner, NZA 1993, 289, 299, der zwar die Schwierigkeiten sieht, aber meint, dass angesichts der Unzumutbarkeit des jeweiligen Status wohl eine individualvertragliche Lösung möglich sein müsste.

65 Belling, NZA 1996, 906, 911; ähnlich Oetker, RdA 1995, 82, 95, der argumentiert, dass andernfalls eine außerordentliche Kündigung schon unzulässig sein müsste, weil sich sonst die Rechtslage vor und nach Kündigung nur unwesentlich unterscheiden würde; Belling/Hartmann, ZfA 1997, 87, 130.

66 Belling, NZA 1996, 906, 911, der allerdings vertritt, dass dann ein vorangehender Tarifvertrag wiederauflebt; Bauer/Diller, DB 1993, 1085, 1090; Oetker, RdA 1995, 84, 95; Belling/Hartmann, ZfA 1997, 87, 130.

67 Bauer/Diller, DB 1993, 1085, 1090.

nach § 4 Abs. 5 TVG. Als zulässig angesehen wird der außerordentliche Verbandsaustritt unter denselben Voraussetzungen, die auch das Festhalten an einem Tarifvertrag für den Verband unzumutbar machen;⁶⁸ die Voraussetzungen sind also ebenso streng. Im Falle eines wirksamen außerordentlichen Verbandsaustritts ist wiederum umstritten, ob es zu einer Nachbindung nach § 3 Abs. 3 TVG kommt.⁶⁹ Gegen eine Nachbindung spricht entscheidend, dass der außerordentliche Verbandsaustritt dem Mitglied die Möglichkeit geben soll, sich von den Rechtsfolgen einer unzumutbar belastenden Mitgliedschaft zu lösen und die Anordnung einer Nachbindung in diesem Kontext widersprüchlich erscheint.⁷⁰ Gleiches gilt auch für die Nachwirkung nach § 4 Abs. 5 TVG.⁷¹

Im Übrigen ist an eine Ablösung des Verbandstarifvertrags durch Abschluss eines Haustarifvertrags zu denken. Dieser geht einem Verbandstarifvertrag auch dann vor, wenn er Regelungen des Verbandstarifvertrags zu Lasten der Arbeitnehmer ändert.⁷² Diese Lösung setzt aber naturgemäß eine Bereitschaft der Gewerkschaft zum Abschluss eines Haustarifvertrags voraus.

IV. Fazit: Kombination

In jedem Fall sollte die Arbeitgeberseite zunächst an die Gewerkschaft herantreten und sich um eine Beseitigung der Indexklausel im Wege der Verhandlung bemühen. Je nach Verhalten der Gewerkschaft empfiehlt es sich, auf die Rechtsauffassung zur Unanwendbarkeit von § 8 PrKG zu verweisen und der Gewerkschaft so zu verdeutlichen, dass der betroffene Arbeitgeber eine Umsetzung der Indexklausel bei Zugrundelegung dieser Auffassung auch unterlassen kann, die Arbeitnehmer dann also gar keine Vergütungsanpassung erhalten.

Zudem kann (vorsorglich) ein Verfahren nach § 8 PrKG anhängig gemacht werden. Mit einer zeitnahen rechtskräftigen Beendigung der Indexklausel ist hierdurch allerdings nicht zu rechnen. Das Verfahren wird aber weiter Druck auf die Gewerkschaft hinsichtlich einer einvernehmlichen Lösung ausüben.

Wenn die Arbeitgeberseite die zu erwartende Klagewelle und personalpolitische Folgen nicht scheut, kann zusätzlich von einer Umsetzung der Indexklausel abgesehen werden.

Sofern von der Anwendbarkeit des § 8 PrKG auf Tarifverträge ausgegangen wird, ist im Einzelfall auch an eine außerordentliche Kündigung des Tarifvertrags oder an einen außerordentlichen Verbandsaustritt zu denken. Ob die jeweiligen Voraussetzungen vorliegen, muss im Einzelfall sorgfältig geprüft werden. Wird eine außerordentliche Kündigung in Betracht gezogen, sollte vorsorglich ein im Wesentlichen klar umrissenes Änderungsangebot (etwa fixprozentuale Vergütung statt Indexierung) an die Gewerkschaft übermittelt werden. Ob es nach der außerordentlichen Kündigung eines Tarifvertrags zur Nachwirkung nach § 4 Abs. 5 TVG kommt, ist umstritten. Die deutlich überzeugenderen Argumente sprechen gegen eine Nachwirkung; die Frage ist jedoch höchstrichterlich ungeklärt. Entsprechendes gilt für den Verbandsaustritt. Im Falle eines Verbandstarifvertrags kann sich der Arbeitgeber auch um Ablösung im Wege eines neu abzuschließenden Haustarifvertrags bemühen.

Thomas Ubbler, RA/FAArbR, Partner bei Allen & Overy LLP (Frankfurt), ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und verfügt über langjährige Erfahrungen in allen Bereichen des Arbeitsrechts. Er berät Unternehmen insbesondere auf den Gebieten des Tarif- und Arbeitskampfrechts.



Dr. Felicia von Grundherr, RAin, Associate bei Allen & Overy LLP (München), berät nationale und internationale Unternehmen in allen Angelegenheiten des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts.



68 *Franzen*, in: *ErfK, TVG*, 22. Aufl. 2022, § 3, Rn. 10; *Löwisch/Rieble*, *TVG*, 4. Aufl. 2017, § 3, Rn. 154; a. A.: *Wank*, in: *Wiedemann, TVG*, 8. Aufl. 2019, § 4, Rn. 34.

69 Eine Nachbindung ablehnend: *Löwisch/Rieble*, *TVG*, 4. Aufl. 2017, § 3, Rn. 154, Rn. 297 f.; *Franzen*, in: *ErfK, TVG*, 22. Aufl. 2022, § 3, Rn. 10; eine Nachbindung bejahend: *Deinert/Wenckebach*, in: *Däubler, TVG*, 5. Aufl. 2022, § 3, Rn. 54; *Däubler*, *NZA* 1996, 225, 226.

70 *Löwisch/Rieble*, *TVG*, 4. Aufl. 2017, § 3, Rn. 154, Rn. 297 f.; *Franzen*, in: *ErfK, TVG*, 22. Aufl. 2022, § 3, Rn. 10.

71 Dazu bereits *Ziff* 2.2 lit. g).

72 *BAG*, 24.1.2001 – 4 AZR 655/99, BB 2001, 1310, *NZA* 2001, 788.

BAG: Betriebliche Altersversorgung – Pensionskasse – Rückwirkungsverbot – unionsrechtliches Verschlechterungsverbot

BAG, Urteil vom 3.5.2022 – 3 AZR 374/21

ECLI:DE:BAG:2022:030522.U.3AZR374.21.0

Volltext des Urteils: [BB-ONLINE BBL2022-1587-1](#)

unter [www.betriebs-berater.de](#)

ORIENTIERUNGSSÄTZE

1. Die Bindungswirkung nach § 72 Abs. 5 ArbGG iVm. § 563 Abs. 2 ZPO ist sowohl vom Berufungsgericht im fortgesetzten Berufungsverfahren als auch vom Revisionsgericht in einem weiteren Revisionsverfahren nach vorangegangener Zurückverweisung zu beachten (Rn. 21).

2. Die Voraussetzungen von § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG sind auch dann erfüllt, wenn die Versicherungsbedingungen oder der Technische Geschäftsplan einer Pensionskasse für die Verteilung der Überschüsse zu-

nächst die Gewährung einer einmaligen 13. Monatsrente und erst in einem zweiten Schritt die Erhöhung der laufenden Leistungen vorsehen. Diese Einmalzahlung liegt unter 10 vH der laufenden Leistungen und ist damit nicht unangemessen hoch (Rn. 40 ff.).

3. Die Neufassung von § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG durch das Gesetz zur Umsetzung der EU-Mobilitäts-Richtlinie vom 21. Dezember 2015 (BGBl. I S.2553) verstößt weder gegen Verfassungs- noch gegen Unionsrecht (Rn. 49 ff.).

BetrAVG §§ 1b Abs. 3, 16 Abs. 1, 2, 3, 30c Abs. 1a; EURL 50/2014 Art. 7 Abs. 2

SACHVERHALT

Die Parteien streiten noch über die Verpflichtung der Beklagten, den arbeitgeberfinanzierten Teil der über eine Pensionskasse gezahlten Be-