

Waltermann, Raimund

Book

Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag in der auf Mitgliedschaft aufbauenden Tarifautonomie

HSI-Schriftenreihe, No. 15

Provided in Cooperation with:

Hugo Sinzheimer Institute for Labour and Social Security Law (HSI), Hans Böckler Foundation

Suggested Citation: Waltermann, Raimund (2016) : Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag in der auf Mitgliedschaft aufbauenden Tarifautonomie, HSI-Schriftenreihe, No. 15, ISBN 978-3-7663-6469-2, Bund-Verlag, Frankfurt a. M.

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/303091>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

Raimund Waltermann

**Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag in der auf Mitgliedschaft
aufbauenden Tarifautonomie**

HSI-Schriftenreihe
Band 15

Raimund Waltermann

Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag in der auf Mitgliedschaft aufbauenden Tarifautonomie

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet
über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2016 by Bund-Verlag GmbH, Frankfurt am Main

Herstellung: Jens Kaufmann

Umschlaggestaltung: Neil McBeath, Stuttgart

Satz und Druck: Beltz Bad Langensalza GmbH, Bad Langensalza

Printed in Germany 2016

ISBN **978-3-7663-6469-2**

Alle Rechte vorbehalten,

insbesondere die des öffentlichen Vortrags, der Rundfunksendung
und der Fernsehausstrahlung, der fotomechanischen Wiedergabe,
auch einzelner Teile.

www.bund-verlag.de

Vorwort

In den letzten Jahren hat das Thema Differenzierungsklauseln in Wissenschaft und Praxis eine Renaissance erfahren.

Dies ist nicht überraschend. Gewerkschaften brauchen auch solche Alleistungsmerkmale, um für Beschäftigte attraktiver zu werden, sie zum Beitritt zu veranlassen und um damit dauerhaft durchsetzungsfähiger zu werden.

Während das BAG bei den einfachen Differenzierungsklauseln Großzügigkeit walten lässt, blieb seine Haltung bei qualifizierten Differenzierungsklauseln bis zuletzt ablehnend.

Überzeugend legt Waltermann in diesem Band dar, dass die restriktive Sichtweise des BAG in Bezug auf Spannenklauseln maßgeblich auf ein unzutreffendes Prüfprogramm zurückzuführen ist. Darauf aufbauend arbeitet der Autor heraus, dass Spannenklauseln als rechtlich zulässig angesehen werden müssen. Mit Sicherheit wird der hier vertretene Ansatz auch beim BAG auf Interesse stoßen.

In diesem Sinne wünschen wir Ihnen eine anregende Lektüre.



Dr. Thomas Klebe
(Leitung HSI)



Prof. Dr. Marlene Schmidt
(Leitung HSI)



Dr. Johannes Heuschmid
(Stellv. Leitung HSI)

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Abkürzungsverzeichnis	11
A. Vorteilsregelungen und Tarifautonomie	13
I. Architektur des deutschen Arbeitsrechts	13
1. Tarifautonomie und Gesetzgeber	13
2. Kollektivautonomie, Arbeitsverhältnisrecht und Arbeitsschutzrecht	14
II. Verschiebungen	14
1. Deutscher Juristentag 2014	14
2. Stärkung der Tarifautonomie	16
III. Mitgliedschaft als Ausgangspunkt der deutschen Tarifautonomie	17
1. Grundgesetz und Tarifvertragsgesetz	17
2. Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände	17
IV. Bedeutungsverlust der Tarifautonomie	18
1. Arbeitsmarktlage, wirtschaftliche Hintergründe	18
2. Individualisierungstendenzen	19
3. Möglichkeiten einer Stärkung der Tarifautonomie	19
V. Anreize für Mitgliedschaft in Gewerkschaften	21
1. Allgemeine Vorteile	21
2. Wirtschaftliche Anreize	21
3. Rechtsvergleich	22
VI. Anreize für Mitgliedschaft durch Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit?	23
B. Ausgangspunkte der Untersuchung	25
I. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	26
1. Die Entscheidung des Großen Senats von 1967	26
2. Die neueren Urteile des Vierten Senats	26
3. Zwischenergebnis	27
II. Kurzer Rückblick: Wege der Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit	27
1. Tarifvertraglicher Solidaritätsbeitrag	27
2. Differenzierungsklauseln	28

C. Gegenläufige Wertungen	29
I. Gleichheit	30
II. Individuelle Freiheit.....	33
1. Negative Koalitionsfreiheit	33
2. Vertragsfreiheit	35
III. Fazit	36
D. Differenzierungsklauseln: Arten und Bewertung in Rechtsprechung und Schrifttum	37
I. Vorkommende Klauseln	37
II. Aktuelle Gestaltungen in der Praxis	38
1. Vorteilsregelungen mit Anreizfunktion	38
2. Vorteilsregelungen im Sanierungsfall.....	38
III. Differenzierungsklauseln in der Bewertung der aktuellen Rechtsprechung.....	39
1. Einfache Differenzierungsklauseln	39
2. Qualifizierte Differenzierungsklauseln.....	40
IV. Schrifttum	41
E. Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit?	43
I. Einfache Differenzierungsklauseln	43
II. Spannenklauseln.....	44
III. Bewertung.....	45
1. Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit	45
2. Rechtfertigung des Eingriffs.....	47
F. Verstoß gegen die Vertragsfreiheit?	50
I. Kritische Bewertung des BAG-Urteils vom 23. März 2011.....	50
1. Gedankengang der Urteilsgründe.....	50
2. Kritikpunkte	52
a) Begriff der Tarifmacht	52
b) Günstigkeitsprinzip	53
c) Tarifdispositives Gesetzesrecht	55
d) „Rechtlich-logische Unmöglichkeit“.....	55
e) „Wettbewerbsfreiheit der Außenseiter“?.....	58
II. Vorgehen bei der Prüfung.....	59
1. Orientierung am Prüfungsmuster des öffentlichen Rechts.....	59
2. Autonomie und Rechtsnormensetzung	60
III. Differenzierungsklauseln, insbesondere Spannenklausel und Zuständigkeit der Tarifparteien – Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen?	62

1. Sachliche Zuständigkeit	62
2. Personelle Zuständigkeit	64
IV. Differenzierungsklauseln, insbesondere Spannenklausel und Normensetzungsbefugnis der Tarifparteien – Gestaltung durch Rechtsnormen eines Tarifvertrags?	66
1. Bedeutung	66
2. Einfache Differenzierungsklauseln.....	67
3. Spannenklauseln	67
4. Tarifausschlussklauseln, Organisations- und Absperrklauseln	68
V. Inhaltliche Rechtmäßigkeit insbesondere von Spannenklauseln – Verstoß gegen die Vertragsfreiheit der nicht oder anders Organisierten oder der Arbeitgeber?	68
1. Prüfungsmaßstab	69
2. Maß der Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien	69
3. Einfache Differenzierungsklauseln.....	71
4. Spannenklauseln	72
a) Nicht und anders Organisierte	72
b) Arbeitgeber.....	72
c) Rechtfertigung des Eingriffs	73
5. Tarifausschlussklauseln	75
6. Kündigungsschutz bei betriebsbedingter Kündigung.....	76
G. Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz?.....	77
H. Gesetzliche Grenzen	79
I. Differenzierungsklauseln im Wettbewerb von Gewerkschaften.....	81
I. Ausgangspunkt	81
II. Situation bei Auflösung nach dem Prinzip der Tarifeinheit	81
1. Einfache Differenzierungsklauseln	83
2. Spannenklausel und Tarifausschlussklausel.....	84
III. Situation bei Tarifpluralität	84
1. Die andere Gewerkschaft bzw. die anderen Koalitionen	84
2. Die anders Organisierten	86
IV. Fazit	87
J. Differenzierung mithilfe Gemeinsamer Einrichtungen	88
I. Gemeinsame Einrichtungen	88
II. Gestaltung von Vorteilsregelungen	89
1. „Gesetzliche Differenzierungsklauseln“	89

2. BAG vom 21. Mai 2014.....	90
3. Gegengründe.....	91
K. Erstreikbarkeit von tarifvertraglichen Vorteilsregelungen.....	93
I. Ausgangspunkte.....	93
II. Außenseiter im Arbeitskampf um Differenzierungsklauseln.....	94
1. Hintergrund.....	94
2. Wesentliche Gesichtspunkte	94
L. Ergebnisse und Thesen	96
M. Schlussbemerkung.....	100
Literaturverzeichnis.....	101

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
AEntG	Arbeitnehmer-Entsendegesetz
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Loseblattsammlung)
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
Art.	Artikel
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungssammlung des Bundesarbeitsgerichts
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BSG	Bundessozialgericht
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	derselbe
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DM	Deutsche Mark
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
Einl.	Einleitung
ErfK	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
f.	die folgende (Seite/Randnummer)
ff.	die folgenden (Seiten/Randnummern)
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GdF	Gewerkschaft der Fluglotsen
GDL	Gewerkschaft Deutscher Lokomotivführer

GG	Grundgesetz
Halbbd.	Halbband
Hrsg.	Herausgeber
IG	Industriegewerkschaft
IG BCE	Industriegewerkschaft Bergbau, Chemie, Energie
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
MiArbG	Mindestarbeitsbedingungengesetz 2009
m. Nachw.	mit Nachweisen
m. w. Nachw.	mit weiteren Nachweisen
MindArbbedG	Mindestarbeitsbedingungengesetz 1952
MünchArbR	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
OT	ohne Tarifbindung
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
Rn.	Randnummer
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Zeitschrift)
SR	Soziales Recht (Zeitschrift)
stellv.	stellvertretend
TVG	Tarifvertragsgesetz
TVVO	Tarifvertragsverordnung
vgl.	vergleiche
z.Z.	zur Zeit
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht

A. Vorteilsregelungen und Tarifautonomie

I. Architektur des deutschen Arbeitsrechts

1. Tarifautonomie und Gesetzgeber

In Deutschland ist das Arbeitsrecht in seiner Architektur so konzipiert, dass den Koalitionen, also Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden, bei der Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen eine (im Einzelnen ungeklärte) *Prärogative* zukommt.¹ In der verfassungsrechtlichen Ordnung stehen die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Arbeitsrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG) und die Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG), die auch Tarifautonomie gewährleistet, nebeneinander. Dabei geht das Bundesverfassungsgericht davon aus, dass in dem durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Bereich der Staat seine Regelungszuständigkeit weit zurückgenommen hat und die Koalitionen die Arbeitsbedingungen in eigener Verantwortung und im Wesentlichen ohne staatliche Einflussnahme regeln.²

Die Rechtsordnung zieht die *autonome Gestaltung* im Grundsatz der Gestaltung durch den staatlichen Gesetzgeber vor. Hinter der Autonomiegewährung des Art. 9 Abs. 3 GG steht der die Verleihung von Autonomie auch sonst lenkende Gedanke, gesellschaftliche Kräfte zu aktivieren und gesellschaftlichen Gruppen die Regelung von Angelegenheiten, die sie selbst betreffen und die sie besonders sachkundig beurteilen können, zur eigenen Verantwortung zu überlassen. Dies ist Ausdruck eines *Pluralismus*, der, im Bereich der Tarifautonomie in besonderem Maß historisch gewachsen, ein *Strukturelement der freiheitlich-demokratischen Rechtsordnung* ist.³ Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände sind vor diesem Hintergrund für die Ausgestaltung der Arbeitsbeziehungen von größter Bedeutung.

¹ BVerfG 24. 5. 1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 341; BVerfG 24. 4. 1996 – 1 BvR 712/86, BVerfGE 94, 268, 284 = NZA 1996, 1157, 1158.

² Vgl. BVerfG 24. 5. 1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 340 = NJW 1977, 2255; BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 u. a., BVerfGE 50, 290, 367; BVerfG 24. 4. 1996 – 1 BvR 712/86, BVerfGE 94, 268, 284 = NZA 1996, 1157, 1158.

³ BVerfG 9.5.1972 – 1 BvR 518/72 u. a., BVerfGE 33, 125, 156 f.

2. Kollektivautonomie, Arbeitsverhältnisrecht und Arbeitsschutzrecht

Die autonome Gestaltung der Arbeitsbeziehungen wird von der Rechtsordnung im Kollektiven Arbeitsrecht für die Tarifebene und für die Betriebsebene näher ausgestaltet. Ausgangspunkt des die Tarifebene betreffenden Kollektiven Arbeitsrechts ist das Koalitionsrecht. Das Grundgesetz gewährleistet in Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG für jedermann und für alle Berufe das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden. Das Kollektive Arbeitsrecht steht in der Architektur des Arbeitsrechts neben dem Arbeitsverhältnisrecht und dem Arbeitsschutzrecht. Es enthält eigenständige Mechanismen, die, was die Tarifebene betrifft, im Recht der Koalitionen, im Tarifvertragsrecht und im Arbeitskämpfrecht wesentlich auch auf geschichtlicher Entwicklung beruhen.

Lange Zeit war der besondere Stellenwert des Kollektiven Arbeitsrechts und innerhalb des Kollektiven Arbeitsrechts der besondere Stellenwert des tarifautonomen Gestaltens der Arbeitsbedingungen unangefochten. *Nipperdey* bezeichnet die Wendung vom Individualrecht zum Kollektivrecht als einen charakteristischen Zug des Arbeitsrechts.⁴ Im Kollektiven Arbeitsrecht insbesondere zeige sich, dass der soziale Rechtsstaat bereits sehr weitgehend verwirklicht ist⁵, wobei die soziale Entwicklung der verfassungsrechtlichen Normierung vorausging.

II. Verschiebungen

1. Deutscher Juristentag 2014

Franz Gamillscheg hat in seiner grundlegenden Schrift „Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit“⁶ in der Einleitung formuliert:⁷

„Mit der Sicherung des Lebensnotwendigen ist die Aufgabe der Gewerkschaften nicht erfüllt, die vielmehr darauf bestehen müssen, dem Arbeitenden einen angemessenen Anteil an den gemeinsam geschaffenen Reichtümern zu sichern. Aber das Leben bietet viele Paradoxe. Man möchte meinen, dass die Überwindung der Arbeitslosigkeit und die Gewährleistung eines

⁴ Hueck/*Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, II/1, 25.

⁵ Hueck/*Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, II/1, 44 f.

⁶ *Gamillscheg*, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit.

⁷ Vgl. *Gamillscheg*, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, 7.

auskömmlichen Lohnes für die große Mehrzahl der Arbeitnehmer den Gewerkschaften in der Öffentlichkeit eine triumphale Stellung verschaffen sollte. Das Gegenteil ist der Fall. Wenn die Mitgliederzahlen in den Jahren des Aufschwunges auch – absolut gesehen – gestiegen sind (selbst dies nicht ausnahmslos!), so bleibt die Zunahme doch hinter dem Zuwachs an Erwerbspersonen überhaupt zurück, so dass der Prozentsatz der Organisierten abgenommen hat (Fußnote: Z.Z. soll der Organisationsgrad bei 28 % der Arbeitnehmerschaft liegen). Immer noch bilden die fatalen 30 % eine Art Hürde, die zu überwinden nur wenigen mächtigen Gewerkschaften gelungen ist. Immer noch ist eine aktive Minderheit der Motor des sozialen Fortschritts, der allen zugutekommt.“

Und nach einem Absatz heißt es dann unmittelbar weiter: ⁸

„Die Gründe und Hintergründe wären eine eigene Untersuchung der Soziologen wert. Sicherlich ist der Zug unserer Zeit von Einfluss, die sich allzu ausschließlich um den persönlichen Fortschritt bekümmert und sich gegenüber den Forderungen und Notwendigkeiten der Allgemeinheit blind stellt, sobald Opfer verlangt werden.“

Die Dinge haben sich seit 1966 weiterentwickelt. Dabei haben sich die *Gewichte zu Ungunsten der Tarifautonomie erheblich verschoben*, wenn auch Bereiche mit starker Tarifautonomie erhalten bleiben und insgesamt gesehen in jüngster Zeit der Trend auszulaufen scheint. Es stellt sich inzwischen die durchaus dringliche Frage, ob nicht Maßnahmen zur Stärkung der Tarifautonomie ergriffen werden müssten, wenn man ihr einen beachtlichen Stellenwert bei der Gestaltung der Arbeitsbeziehungen sichern möchte. Der *Deutsche Juristentag* hat sich 2014 in seiner arbeitsrechtlichen Abteilung mit dem Thema „Stärkung der Tarifautonomie – welche Änderungen des Tarifvertragsrechts empfehlen sich“ befasst.⁹ Er ist dabei unter dem Einfluss der Interessenverbände auf Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite aber nicht zu Empfehlungen an den Gesetzgeber gekommen.¹⁰

⁸ *Gamillscheg*, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, 8.

⁹ Siehe dazu das vorbereitende Gutachten von *Bepler*, Stärkung der Tarifautonomie – Welche Änderungen des Tarifvertragsrechts empfehlen sich?, Gutachten B zum 70. DJT Hannover 2014.

¹⁰ Das ist an sich satzungsgemäß Aufgabe des Deutschen Juristentages. Die Begründung lautet: „Dies geschah auf der Grundlage eines unter allen Teilnehmern eingeholten Meinungsbildes, bei dem sich ergab, dass über 70 % der Teilnehmer auf eine Abstimmung verzichten wollten. Von 322 Teilnehmern votierten 227 für diese Vorgehensweise. Das von der Arbeitgeberseite durch einen Geschäftsordnungsantrag initiierte Votum gegen die Abstimmung wurde im Wesentlichen von den Vertretern der Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften getragen. Der Vorsitzende der Abteilung Prof. Dr. Martin Henssler bedauerte: ‚Die Abteilung hat auf diese Weise auf die

2. Stärkung der Tarifautonomie

Ohne eine hinreichend starke Tarifautonomie wird sich die Architektur des Arbeitsrechts verändern. Die Gestaltungsaufgabe des Arbeitsrechts wird sich vom Kollektiven Arbeitsrecht zum Arbeitsverhältnisrecht und zum Arbeitsschutzrecht verschieben.¹¹ Dieser Prozess ist längst im Gang. Der zum 1. Januar 2015 in Kraft getretene gesetzliche Mindestlohn ist Ausdruck dieser Entwicklung. Würde im Bereich der niedrigen Entgelte die Tarifautonomie funktionieren, wäre ein gesetzlicher Mindestlohn nicht nötig, die Tarifautonomie würde die Untergrenze gestalten. Das MindArbbedG von 1952, das Mindestlöhne ermöglichte, hat Jahrzehnte nie eine Rolle gespielt.

Die Frage, ob nicht die *Stärkung der Tarifautonomie notwendig und dringlich wäre*, wenn man die auf Pluralismus aufbauende autonome kollektivrechtliche Gestaltung der Arbeitsbeziehungen mit einem starken Stellenwert in der Architektur des deutschen Arbeitsrechts erhalten möchte, drängt sich angesichts der unstrittigen Schwäche der Tarifautonomie in vielen Bereichen inzwischen auf. Der Deutsche Juristentag hat 2014 vor allem mögliche Änderungen des Tarifvertragsrechts im Hinblick auf eine Stärkung der *Wirkungen* des tarifautonomen Gestaltens diskutiert.¹² Das entspricht den im Vorfeld angestellten rechtswissenschaftlichen und politischen Überlegungen.¹³ In der längerfristigen Perspektive wird man indessen über langjährige und aktuelle tarifrechtsbezogene Fragen hinausgehen und über die Frage der Stärkung der Tarifautonomie *an sich* als den Bereich der autonomen Selbstregelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Sinn von Art. 9 Abs. 3 GG nachdenken müssen.¹⁴

Chance verzichtet, die künftige tarifrechtliche Entwicklung mitzugestalten. Gerade in der hoch aktuellen und politisch sensiblen Thematik der Tarifeinheit wäre ein klares Signal der Juristen eine wichtige Hilfestellung für den Gesetzgeber gewesen. Grundsätzlich hätte der Abteilungsvorstand nach den Verhandlungsrichtlinien gleichwohl über die vorliegenden Beschlussvorschläge eine Abstimmung herbeiführen können. Angesichts des klaren Meinungsbildes bestand aber die Gefahr, dass die Abstimmung die Diskussion nicht sachgerecht widerspiegelt hätte.“

¹¹ Vgl. auch *Waltermann*, NZA 2014, 874, 875 ff.

¹² Siehe stellvertretend das vorbereitende Gutachten von *Bepler*, Stärkung der Tarifautonomie – Welche Änderungen des Tarifvertragsrechts empfehlen sich?, Gutachten B zum 70. DJT Hannover 2014. Zusammenfassung in NZA 2014, 891 ff.

¹³ Siehe stellvertretend *Dieterich*, NZA-Beil. 2011, 84 ff.; *Hanau* in: FS Kempfen, 2013, 235 ff.; *dens.*, SR 2011, 3 ff.; *Preis/D. Ullber* in: FS Kempfen, 15 ff.; *Richardi*, NZA 2013, 408 ff.

¹⁴ Vgl. zum hier vertretenen Standpunkt näher *Waltermann*, NZA 2014, 874 ff.

III. Mitgliedschaft als Ausgangspunkt der deutschen Tarifautonomie

1. Grundgesetz und Tarifvertragsgesetz

Die Tarifautonomie als wichtigste Betätigungsform der Koalitionsfreiheit beruht im deutschen kollektiven Arbeitsrecht in seiner verfassungsrechtlichen Verankerung gemäß Art. 9 Abs. 3 GG und in seiner gesetzlichen Ausgestaltung durch das Tarifvertragsgesetz (TVG) auf der *Mitgliedschaft in Koalitionen*. Verfassungsrechtlich setzt sich die gemäß Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete individuelle Koalitionsfreiheit in einem Freiheitsrecht der Koalitionen selbst fort.¹⁵ Art. 9 Abs. 3 GG garantiert zunächst jedem Einzelnen das Recht, Koalitionen zu gründen, bestehenden Verbänden beizutreten oder fernzubleiben, in ihnen zu verbleiben und tätig zu sein oder sie zu verlassen (individuelle Koalitionsfreiheit). Art. 9 Abs. 3 GG schützt zweitens aber auch die Koalition als solche (kollektive Koalitionsfreiheit). Die individuelle Koalitionsfreiheit kann sinnvoll nur verwirklicht werden, wenn der Bestand und die Betätigung der Koalitionen selbst ebenfalls grundrechtlichen Schutz genießen.

Der verfassungsrechtlichen Gewährleistung entspricht der starke mitgliedschaftliche Bezug der deutschen Koalitionsfreiheit im Tarifvertragsgesetz (TVG). Die Rechtsnormen des Tarifvertrags gelten gemäß § 4 Abs. 1 S. 1 TVG unmittelbar und zwingend zwischen den beiderseits Tarifgebundenen. Tarifgebunden sind gemäß § 3 Abs. 1 TVG die Mitglieder der Tarifvertragsparteien und der Arbeitgeber beim Firmentarifvertrag. Die Erweiterung der Bindung über die Organisierten hinaus ist als Ausnahmefall an ein besonderes Verfahren gebunden (§ 5 TVG).¹⁶

2. Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände

Vor diesem Hintergrund liegt die *Verantwortung für eine Stärkung* der Tarifautonomie zunächst bei den Verbänden und nicht beim Staat. Der Blick richtet sich dabei zuerst auf die Gewerkschaften, nicht auf die Arbeitgeberverbände. Die deutsche Tarifautonomie funktioniert und gestaltet in den Bereichen nach wie vor, in denen die Gewerkschaften genug Mitglieder haben und also Kraft entfalten können. Natürlich hängt die Bedeutung der Tarifautonomie letzten Endes

¹⁵ Siehe stellvertretend nur BVerfG 24. 4. 1996 – 1 BvR 712/86, BVerfGE 94, 268 = NZA 1996, 1157, 1158.

¹⁶ Näher zum gesetzlichen Umfeld J. Schubert, ZTR 2011, 579, 581.

von der Tarifbindung der Arbeitgeber ab.¹⁷ Der Rückgang der Tarifbindung auf der Arbeitgeberseite ist für den gegenwärtigen Zustand der deutschen Tarifautonomie in diesem Sinn von entscheidender Bedeutung. Der Rückgang der Tarifbindung auf der Arbeitgeberseite ist jedoch eine Antwort auf den Organisationsgrad bei den Arbeitnehmern. Geschichtlich war die Bildung der Arbeitgeberverbände die Reaktion auf den Zusammenschluss der Arbeiter. Die Arbeitgeber, von deren Organisationsdichte und Tarifbindung die Bedeutung der Tarifautonomie letzten Endes abhängt, haben den Zusammenschluss gesucht, weil sie es mussten. Auch in dieser Hinsicht bleibt eine Feststellung *Nipperdeys* aktuell:

„Die Arbeitnehmer haben sich zum Zwecke wirksamer Selbsthilfe auf beruflicher oder industrieverbandlicher Grundlage zusammengeschlossen. Als Gegenbewegung erfolgte die Vereinigung der Arbeitgeber. So entstanden Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände als Berufsverbände, als Koalitionen zur Wahrung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen ...“¹⁸

Der mit der Mitgliederschwäche auf der Arbeitnehmerseite verbundene Rückgang der Arbeitgeberbindung hat Auswirkung auf Wettbewerbslagen zwischen den Unternehmen und damit das Potenzial sich zu verstärken. Daneben spielt eine Rolle, dass die mit der Kartellwirkung des Tarifvertrags zusammenhängende Neutralisierung der Bedingungen in einem globalisierten Wettbewerb bei Arbeitgebern, die mit internationalem Bezug wirtschaften, nicht viel zählt.

IV. Bedeutungsverlust der Tarifautonomie

Wenn die Tarifbindung auf der Arbeitgeberseite von der Breite und dem Ausmaß der Organisation der Arbeitnehmer abhängt, dann bekommt der Rückhalt der Gewerkschaften bei den Arbeitnehmern für die Stärke der Tarifautonomie entscheidendes Gewicht. Hier liegt zugleich das schwer zu bewältigende Problem.

1. Arbeitsmarktlage, wirtschaftliche Hintergründe

Seit dem Ende der Siebzigerjahre war der Arbeitsmarkt nicht durch Vollbeschäftigung und einen Mangel an Arbeitskräften geprägt, sondern durch hohe Arbeitslosigkeit, durch den Rückgang industrieller Produktion, durch die Globalisierung der Produktionsprozesse und durch eine Verschiebung zu neu entstandener (niedrig entlohnter) Dienstleistungsarbeit. Die Bedeutung der Tarifautonomie ist

¹⁷ Siehe jüngst *Dorssemont/Walser*, SR 2015, 41 ff.

¹⁸ *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, II/1, 3 f.

auch dadurch zurückgegangen. Bei den Arbeitgebern haben OT-Mitgliedschaften und unternehmerische Gestaltungen Rückwirkung auf die Tarifsituation. In der neu entstandenen niedrig entlohnten Dienstleistungsarbeit, bei atypischen Beschäftigungsformen und im in den vergangenen Jahren entstandenen Niedriglohnsektor (der inzwischen ein Viertel der Arbeitsverhältnisse umgreift¹⁹) fasst die Tarifautonomie nicht Fuß. In den neuen Bundesländern ist eine starke Tarifautonomie nicht entstanden. An dem Bedeutungsverlust der Tarifautonomie, auf den auch das BAG in seiner ersten neueren Entscheidung zu Differenzierungsklauseln hinweist,²⁰ ändert nichts, dass Tarifautonomie in einigen Bereichen nach wie vor die Gestaltung der Arbeitsbedingungen prägt.

2. Individualisierungstendenzen

Im Hintergrund stehen Entwicklungen, die in der Gesellschaft auch außerhalb des Arbeitslebens beobachtet werden können. Kollektive Muster, nicht nur die auf Mitgliedschaft beruhende Tarifautonomie, auch die Mitwirkung in Vereinen und Parteien, scheinen vor dem Hintergrund der Individualisierung in der Gesellschaft die Einzelnen heute viel weniger anzusprechen als früher.²¹ Dies wird durch beträchtliche Veränderungen der Arbeitswelt verstärkt. Dienstleistungsarbeit und atypische Beschäftigungsformen bieten für den Zusammenschluss nicht die günstigen Voraussetzungen wie früher die Industriearbeit. Namentlich in Teilen des Niedriglohnsektors mit der dort bestehenden Austauschbarkeit der Arbeitskräfte und in atypischen Beschäftigungsformen entstehen keine Bindungen an Gewerkschaften. Die mit der Digitalisierung verbundenen weiteren Veränderungen der Arbeitswelt könnten diese Tendenz noch verstärken.²²

3. Möglichkeiten einer Stärkung der Tarifautonomie

Das führt zu der Frage, ob über die derzeit vor allem diskutierten Stärkungen der Wirkungen des Tarifvertrags hinaus eine *Stärkung der Tarifautonomie* an sich möglich ist.

¹⁹ Näher *Waltermann*, NZA 2013, 1041, 1042 mit Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Niedriglohn und Beschäftigung 2010, Begleitmaterial zur Pressekonferenz am 10. 9. 2012. Die Erhebung insgesamt wurde am 2. 8. 2013 veröffentlicht, vgl. Statistisches Bundesamt, Verdienste und Arbeitskosten – Verdienststrukturen, Fachserie 16/2010.

²⁰ Siehe auch BAG 18. 3. 2009 – 4 AZR 64/08, BAGE 130, 43 = NZA 2009, 1028 Rn. 75.

²¹ Siehe schon *Waltermann*, NZA 2014, 874, 875 f.

²² Instrukтив zu neuen Beschäftigungsformen zuletzt *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032 ff.

Die Diskussion, wie sie auf dem Deutschen Juristentag und in dessen Vorfeld geführt wurde, setzt, wie dargelegt, vor allem bei der Stärkung des Tarifvertrages, also bei der Tarifwirkung an.²³ Der Schwerpunkt der Überlegungen liegt bei der Untersuchung von Möglichkeiten der Erstreckung tarifvertraglicher Vereinbarungen durch Erleichterung der Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrags oder nach dem Muster des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG). Diesen Weg hat der Gesetzgeber mit dem am 3. Juli 2014 beschlossenen Tarifautonomiestärkungsgesetzes²⁴ ausgebaut.

Sollte man längerfristig mit einer Stärkung der Tarifwirkung in der Breite sowie mit einer Bereinigung des Tarifrechts um Bestimmungen, die die Akzeptanz der Tarifautonomie auf der Seite der Arbeitgeber oder auf der Seite der Arbeitnehmer weniger vermindern könnten, nicht erfolgreich sein, stellt sich die Frage, ob und wie man reagieren sollte.²⁵ Das „Ob“ hängt auch von der Einschätzung ab, wohin sich die Gestaltungsaufgabe des Arbeitsrechts in seiner Architektur (des Arbeitsverhältnisrechts, des Arbeitsschutzrechts und des Kollektiven Arbeitsrechts) verschieben würde, wenn eine hinreichend starke Tarifautonomie nicht mehr besteht. Wie angesprochen, wird man das zum 1. Januar 2015 in Kraft getretene Mindestlohngesetz auch als Gradmesser eines entstandenen Funktionsdefizits der Tarifautonomie auffassen können. Würde die Tarifautonomie einwandfrei funktionieren, wären gesetzliche Mindestlöhne nicht nötig.

Der Bedeutungsrückgang der Tarifautonomie kann nicht nur den Gesetzgeber veranlassen, das Gestaltungsdefizit einer geschwächten Tarifautonomie durch Schutzgesetzgebung aufzufangen. Der Bedeutungsrückgang der Tarifautonomie wird voraussichtlich auch neue Antworten in Auslegungsfragen mit sich bringen. Das mag eine einfache Frage verdeutlichen: Wilde Streiks gelten nach deutschem Recht als verboten. Gilt das aber auch, wo keine Gewerkschaft existiert?

²³ Siehe insbesondere das Gutachten von *Bepler*, Stärkung der Tarifautonomie – Welche Änderungen des Tarifvertragsrechts empfehlen sich?, Gutachten B zum 70. DJT Hannover 2014, 38 ff.

²⁴ Gesetz zur Stärkung der Tarifautonomie, BGBl. I 2014, 1348 ff.

²⁵ Zu weiteren Wegen einer Stärkung der Tarifautonomie vgl. zusammenfassend *Waltermann*, NZA 2014, 874, 876 f.

V. Anreize für Mitgliedschaft in Gewerkschaften

Wenn die deutsche Tarifautonomie an die Mitgliedschaft anknüpft: Müsste die Rechtsordnung dann nicht günstige Voraussetzungen schaffen, damit Mitgliedschaft entsteht und erhalten bleibt? Das lenkt, bevor die rechtlichen Überlegungen zu Möglichkeiten einer Differenzierung nach der Gewerkschaftsangehörigkeit angestellt werden, im Ausgangspunkt den Blick auf die Frage, welche Anreize eigentlich bestehen, Mitglied in einer Gewerkschaft zu sein. Dieser Frage sind vor fünfzig Jahren schon *Kurt Biedenkopf*²⁶, *Franz Gamillscheg*²⁷ und *Herbert Krüger*²⁸ nachgegangen. Die Frage ist heute noch aktueller als damals.

1. Allgemeine Vorteile

Die allgemeinen Vorteile der Mitgliedschaft wie Prozessvertretung in arbeitsrechtlichen Streitfällen, Streikunterstützung, Bildungs- und Qualifizierungsmaßnahmen und Hilfe in sonstigen Lebenslagen haben ausweislich der Untersuchung von *Gamillscheg* schon 1966 eine „eigene Werbewirkung offenbar nicht zu entfalten vermocht“²⁹. Daran hat sich nichts geändert.

2. Wirtschaftliche Anreize

Plausibel erschiene, wenn *wirtschaftliche Anreize* nicht der einzige, aber der stärkste Faktor wären, der das Verhalten in die Richtung auf eine Entscheidung für die Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft beeinflussen könnte. Dieser Gesichtspunkt steht möglicherweise sogar im Zentrum von Überlegungen, wie man die Tarifautonomie sichern oder stärken könnte, wenn man an dem ausgeprägten mitgliederschaftlichen Bezug der Tarifautonomie festhält.

Hilfestellung bei der Beantwortung der Frage, inwieweit man durch Anreizbildung eine auf Mitgliedschaft beruhende Tarifautonomie stärken könnte, kann die *ökonomische Analyse der Rechtslage* ergeben.³⁰ Kurz zusammengefasst ist Tarifautonomie aus dem Blickwinkel der Volkswirtschaftslehre ein sog. Öffentliches Gut, von dem angesichts der Möglichkeit arbeitsvertraglicher Bezugnahme niemand ausgeschlossen ist und bei dem die Nutzung des Guts durch den einen

²⁶ *Biedenkopf*, Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien – Arbeitsrechtliches Gutachten zum 46. Deutschen Juristentag, 115 ff.

²⁷ *Gamillscheg*, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, 8 f.

²⁸ *Krüger*, Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien – Verfassungsrechtliches Gutachten zum 46. Deutschen Juristentag, 64 ff.

²⁹ *Gamillscheg*, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, 8 f.

³⁰ Siehe näher *Leydecker*, Der Tarifvertrag als exklusives Gut, 28 ff.; *Seiwert*, RdA 2014, 358, 360 ff.

nicht die Möglichkeit der Nutzung durch andere nimmt. Man muss für die Nutzung des Öffentlichen Guts als Arbeitnehmer nicht unbedingt einen Gewerkschaftsbeitrag bezahlen. Zwar erfasst die *Tarifbindung* gemäß § 3 Abs. 1 TVG nur die Mitglieder der Tarifvertragsparteien und Arbeitgeber, wenn sie selbst Partei des Tarifvertrags sind. In der Wirklichkeit kommt es jedoch weitestgehend zu einer einheitlichen Anwendung der tarifvertraglichen Vereinbarungen auch auf Außenseiter. Die arbeitsvertragliche Bezugnahme ist kostenlos. Gelegentlich beruht die *Tarifgeltung* auch auf einer Allgemeinverbindlicherklärung gemäß § 5 TVG. Die Bezugnahme Klausel hat dabei auch im Sinn, den Anreiz zum Beitritt in die Gewerkschaft im Arbeitgeberinteresse gering zu halten.

Außenseitern bringt der Gewerkschaftsbeitritt bei dieser Sach- und Rechtslage unter dem Strich keinen ökonomischen Vorteil. An die „externen“ gesellschaftlichen Auswirkungen des (verfassungsrechtlich geschützten) Fernbleibens von Koalitionen müssen die Einzelnen, ähnlich wie beim Autofahren an Umweltwirkungen, nicht denken – es sei denn, es gibt entsprechende Anreize. Dem Gewerkschaftsbeitrag (rund 1 % des Bruttoentgelts) steht bei den Mitgliedern in Bezug auf den Tarifabschluss kein direkter Vorteil gegenüber, sei es wegen der Bezugnahme Klausel oder weil der Arbeitgeber nicht tarifgebunden ist. Das Phänomen ist unter dem Begriff „collective-action-problem“ beschrieben.³¹

3. Rechtsvergleich

Herbert Wiedemann hat in seiner Anmerkung zu dem Beschluss des Großen Senats von 1967³² darauf hingewiesen, dass man den Blick nicht nur auf Deutschland richten solle, und beklagt, dass rechtsvergleichende Hinweise in den meisten juristischen Stellungnahmen zu dem Problem der Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit fehlten. Dabei sei die mangelnde Zugkraft der Gewerkschaften weder ein spezifisch deutsches Problem noch ein Problem unserer Tage. Die dürftige Teilnahme an und in den Gewerkschaften werde schon seit der Jahrhundertwende (zum 20. Jahrhundert) beklagt. *Wiedemann* wies darauf hin, dass man im Ausland der Apathie mit sehr unterschiedlichen Mitteln begegne. Am interessantesten erschien ihm die Rechtslage in Dänemark und Schweden, wo die Arbeitslosenversicherung in die Hände der Gewerkschaft ge-

³¹ *Olson*, Die Logik des kollektiven Handelns, 49 ff.; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 63 ff.

³² *Wiedemann*, SAE 1969, 265 ff.

legt ist, um ihre Anziehungskraft für die Berufstätigen zu erhöhen.³³ An dem Befund hat sich nichts geändert.³⁴

VI. Anreize für Mitgliedschaft durch Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit?

Will man das an Mitgliedschaft anknüpfende deutsche Modell der Tarifautonomie erhalten oder stärken, müsste man eigentlich nach Anreizen für Mitgliedschaft in Gewerkschaften suchen.³⁵ Zu möglichen Anreizen zählt auch die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit.³⁶

1. Das hat auch der *Große Senat* in seinem Beschluss vom 29. November 1967 angesprochen. Es heißt dort:³⁷

„Sämtliche Differenzierungsklauseln haben den völlig unverhohlenen, nirgendwo verborgenen oder geheimgehaltenen und ganz ausdrücklich ausgesprochenen Zweck, mit Hilfe des Arbeitgebers die Außenseiter zum gewerkschaftlichen Beitritt und damit zur Stärkung der gewerkschaftlichen Macht zu veranlassen. Die Differenzierungen sollen einmal den Vorteil ausgleichen, den die Außenseiter dadurch haben, daß sie die Erfolge gewerkschaftlicher Arbeit in weitem Umfang mitgenießen, ohne zur gewerkschaftlichen Arbeit finanziell beizutragen. Zugleich sollen die Differenzierungen die Organisierten finanziell dafür entschädigen, daß sie ihrerseits die Lasten aus ihrer Organisationszugehörigkeit getragen haben. Die Spannenklauseln sollen das alles absichern. Insgesamt soll der Beitritt zur Gewerkschaft attraktiver gemacht und ein Werbeeffect erzielt werden. ...“

Die Frage nach den Möglichkeiten einer Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit stellte sich 1967 allerdings in einem anderen Zusammenhang als heute. Damals hatte der Mangel an Arbeitskräften in der Vollbeschäftigung da-

³³ Zum Rechtsvergleich näher *Leydecker*, Der Tarifvertrag als exklusives Gut, 52 ff. mit besonderer Berücksichtigung des Aspekts der Mitgliederwerbung; *S. Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 31 ff.; *Seiwerth*, EuZA 2014, 450, 456 ff.

³⁴ Siehe zu wenigen Aspekten *Waltermann*, NZA 2014, 874, 878 f.

³⁵ Zu Möglichkeiten, Anreize für Mitgliedschaft in Gewerkschaften zu bilden, *Seiwerth*, RdA 2014, 358 ff.

³⁶ Siehe stellvertretend nur *Bepler*, Stärkung der Tarifautonomie – Welche Änderungen des Tarifvertragsrechts empfehlen sich?, Gutachten B zum 70. DJT Hannover 2014, B 72; *Däubler/Heuschmid*, RdA 2013, 1, 2; *Gamillscheg*, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, 8 ff.; *Däubler/Hensche/Heuschmid*, TVG, § 1 TVG Rn. 987 ff.; *Kocher*, NZA 2009, 119 ff.

³⁷ BAG 29. 11. 1967 – GS 1/67, BAGE 20, 175, 199.

zu geführt, dass Tariflöhne überboten wurden, so dass sie nicht mehr die Vergleichsgrundlage des effektiven Entgelts abbildeten. Wenn die Tariflöhne erhöht wurden, kam vor diesem Hintergrund Bewegung in die Lohnpyramide. Das Phänomen ist heute noch in den Lehrbüchern des Arbeitsrechts unter dem Gesichtspunkt der Absicherung übertariflicher Leistungen im Tarifvertrag unter dem Stichwort der Effektivklauseln beschrieben. Die untertarifliche Bezahlung der Außenseiter stand nicht zur Debatte.

Unter dem Strich ging es jedoch, wenn auch vor einem anderen Hintergrund als heute, auch 1967 darum, dass Arbeitnehmern der finanzielle Anreiz fehlte, einer Gewerkschaft beizutreten.

2. Dieses Argument spielte auch in der seit etwa 2005 neu entstandenen Debatte die entscheidende Rolle.³⁸ Und der *Vierte Senat* formuliert in seinem ersten neueren Urteil vom 18. März 2009:³⁹

„Hiervon ausgehend ist es heute im Rahmen der gebotenen Abwägung von erheblicher Bedeutung, dass der Organisationsgrad der Gewerkschaften deutlich zurückgegangen, ihre sozialpolitische Funktion jedoch noch wichtiger geworden ist. Auch unter Berücksichtigung der zunehmenden Pluralität und Konkurrenz von Gewerkschaften durch die Anerkennung der Tariffähigkeit auch kleinerer Arbeitnehmerorganisationen sowie durch das Aufkommen von Berufsvereinigungen der so genannten ‚Funktionseliten‘, muss – vor dem Hintergrund des im Bereich des Gemeinwohls angesiedelten Ziels, die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie zu erhalten – die Möglichkeit einer Gewerkschaft zur Werbung von Mitgliedern gerade durch das Erzielen von Verhandlungserfolgen zumindest als Bewertungsfaktor anerkannt und damit in die Abwägung bei der Feststellung der Sozialadäquanz einbezogen werden.“

³⁸ Vgl. *Gamillscheg*, NZA 2005, 146 ff.

³⁹ BAG 18.3.2009 – 4 AZR 64/08, BAGE 130, 43 = NZA 2009, 1028 Rn. 119.

B. Ausgangspunkte der Untersuchung

Die nachfolgenden Überlegungen zur sachlichen Zulässigkeit einer Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit haben zwei Ausgangspunkte.

Ausgangspunkt ist zum einen die Rechtsauffassung der die Praxis bestimmenden höchstrichterlichen Rechtsprechung. Das Bundesarbeitsgericht lässt Differenzierungsklauseln auch in seiner 2009 und 2011 neu begründeten Rechtsprechung⁴⁰ nur eingeschränkt zu.

Ausgangspunkt ist zum anderen die Frage, ob nicht die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit im Gefüge des deutschen Koalitions- und Tarifrechts im Angesicht von dessen Ausgangspunkt bei der Mitgliedschaft einen prinzipiell unproblematischen Gesichtspunkt bilden müsste. Bei erstem Hinsehen scheint die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit nach der Konzeption der deutschen Tarifautonomie gewissermaßen zum Wesen der Gewerkschaften zu gehören. Bei „unbefangener“ Annäherung an die Frage könnte es den Betrachter verwundern, welche klare Absage die höchstrichterliche Rechtsprechung und die ganz vorherrschende arbeitsrechtliche Lehre der Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit erteilen. Das Tarifvertragsgesetz geht in den §§ 4 Abs. 1, 3 Abs. 1 TVG mit Selbstverständlichkeit davon aus, dass tarifvertragliche Rechtsnormen nur an Mitglieder gerichtet sein können. Mit der durch Gestaltung ebenso selbstverständlich möglichen Gleichstellung von Organisierten und Außenseitern wird an sich mit Mitgliedschaft verbundene Exklusivität aufgehoben. Damit entfällt augenfällig auch der finanzielle Anreiz, einer Gewerkschaft beizutreten. Man muss nicht für ein exklusives Gut bezahlen, sondern bekommt es auch so (s. näher Seite 21 f.). Das ist, wie zu zeigen sein wird, ein sozusagen springender Punkt. Es ist nicht überraschend, wenn die Gewerkschaften von jeher nach Wegen gesucht haben, den Anreiz für eine Mitgliedschaft über den Weg der Differenzierung zu erhöhen.⁴¹ Die Versuche mündeten in die Gestaltung von Organisations- oder Aussperrklauseln, in Tarifausschlussklauseln und Spannenklauseln, nicht nur in Deutschland. Mit der Frage der rechtlichen Möglichkeiten einer Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit ist

⁴⁰ Siehe BAG 18. 3. 2009 – 4 AZR 64/08, BAGE 130, 43 ff. = NZA 2009, 1028 ff.; BAG 23. 3. 2011 – 4 AZR 366/09, BAGE 137, 231 ff. = NZA 2011, 920 ff.

⁴¹ Siehe nochmals *Gamillscheg*, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, 9 ff.

die grundsätzliche Ausrichtung der deutschen Tarifautonomie angesprochen (siehe näher C.).

I. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

1. Die Entscheidung des Großen Senats von 1967

Der *Große Senat* hat 1967 Differenzierungsklauseln als unwirksam angesehen.⁴² Den Koalitionen fehle zur Regelung von Differenzierungsklauseln die Tarifmacht. Der Akzent der Entscheidung liegt bei der Frage der negativen Koalitionsfreiheit der Außenseiter.

In dem zugrunde liegenden Fall⁴³ hatte die Gewerkschaft ein zusätzliches Urlaubsgeld verlangt. Das Urlaubsgeld sollte aus einer Urlaubskasse zwar an alle Arbeitnehmer gezahlt werden. Die bei der Gewerkschaft organisierten Arbeitnehmer sollten aber mehr Urlaubsgeld bekommen als die anderen. Die Pointe der Gestaltung lag darin, dass, wenn der Arbeitgeber zur Beseitigung der Differenzierung auch den Außenseitern die reservierte Leistung erbrachte, die organisierten Arbeitnehmer einen Anspruch auch auf diese Leistung erhielten. Man sicherte den Vorsprung der Organisierten also nicht durch ein – rechtlich problematisches – Verbot, sondern erfand die Spannen(sicherungs)klausel. Es war dem Arbeitgeber nicht verboten, Außenseitern die Vergünstigung ebenfalls zu gewähren, er musste dann aber durch Anhebung den Abstand der Organisierten wiederherstellen.

2. Die neueren Urteile des Vierten Senats

In einem ersten neueren Urteil zu Differenzierungsklauseln vom 18. März 2009 bejaht der *Vierte Senat* des BAG die Zulässigkeit einfacher Differenzierungsklauseln.⁴⁴ Der *Große Senat* habe 1967 keine bindende Entscheidung über eine einfache Differenzierungsklausel getroffen. Auch in der ersten neueren Entscheidung des BAG zu Differenzierungsklauseln lag der Schwerpunkt der Gründe bei der Frage einer Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit der Außenseiter. In einem zweiten neueren Urteil vom 23. März 2011 folgt der *Vierte Senat* des BAG in Bezug auf

⁴² BSG 29. 11. 1967 – GS 1/67, BAGE 20, 175, 199.

⁴³ Siehe zu den Umständen auch *Däubler*, Tarifvertragsrecht, Rn. 1176 ff.

⁴⁴ BAG 18.3.2009 – 4 AZR 64/08, BAGE 130, 43 = NZA 2009, 1028 ff.

eine Differenzierungsklausel in Gestalt der Spannenklausel dem *Großen Senat*.⁴⁵ Die Spannenklausel sei rechtswidrig. Der Schwerpunkt der Überlegungen liegt in diesem Urteil bei der Frage, ob die Klausel die Vertragsfreiheit verletzt. Auf die negative Koalitionsfreiheit geht der Senat nicht ein.

3. Zwischenergebnis

Nur einfache Differenzierungsklauseln sind also nach der gegenwärtig die Praxis bestimmenden Rechtsprechung möglich. Insbesondere Spannenklauseln, die schon der *Große Senat* des BAG für unzulässig gehalten hat, können auch nach der aktuellen Rechtsprechung nicht tarifvertraglich gestaltet werden. Dem ist ausführlich nachzugehen.

II. Kurzer Rückblick: Wege der Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit

1. Tarifvertraglicher Solidaritätsbeitrag

Die Wege, auf denen Gewerkschaften eine Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit angestrebt haben, sind bei *Franz Gamillscheg* nachgezeichnet.⁴⁶ Kurz zusammengefasst liegt ein erster interessanter Aspekt darin, dass nach 1945 zunächst ein *Solidaritätsbeitrag* der Außenseiter angestrebt wurde.⁴⁷ Diese Forderung reagiert auf die *Repräsentationsaufgabe* der Gewerkschaften. Auch wenn die Koalitionen Mitgliederverbände sind, wirkt ihr tarifautonomes Regeln gesamtgesellschaftlich. Zu Recht wird, wenn dies auch umstritten ist⁴⁸, ganz überwiegend, auch unter Hinweis auf die Geschichte, angenommen, dass die Koalitionsbetätigung im Bereich der Tarifautonomie nicht auf den Schutz der Interessen der einzelnen Koalitionsmitglieder beschränkt ist. Das BVerfG und das BAG bejahen in Einklang mit der vorherrschenden Lehre eine Ordnungsfunktion

⁴⁵ BAG 23. 3. 2011 – 4 AZR 366/09, BAGE 137, 231 ff. = NZA 2011, 920 ff.; zustimmend *Bauer/Arnold*, NZA 2011, 945 ff.

⁴⁶ *Gamillscheg*, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, 5-16; *ders.*, NZA 2005, 146 f.

⁴⁷ Gefordert von der IG Bau-Steine-Erden. Siehe *A. Hueck*, RdA 1961, 141 ff. Nachweise zu (unveröffentlichten) Rechtsgutachten zur Zulässigkeit der Erhebung eines Solidaritätsbeitrages bei *Gamillscheg*, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, 11, dort Fn. 13. Zum Solidaritätsbeitrag auch *Däubler*, Tarifvertragsrecht, Rn. 1190 ff.

⁴⁸ Nachgezeichnet bei *S. Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 65 ff.

der Tarifautonomie für den Lebensbereich der abhängigen Arbeit.⁴⁹ Der Gedanke eines Solidaritätsbeitrags zieht die Konsequenz aus der Repräsentationsaufgabe der Gewerkschaften, er passt jedoch nicht zu der auf Mitgliedschaft beruhenden Anlage der deutschen Tarifautonomie und stieß insoweit auf nicht zu überwindende rechtliche, aber auch tatsächliche Hindernisse.

2. Differenzierungsklauseln

Der Weg über die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit begann mit einem Versuch, zusätzliches Urlaubsgeld für Mitglieder der *IG Bau-Steine-Erden* von 80 DM durchzusetzen. Die Arbeitgeber sollten einen bestimmten Anteil der Entgeltstamme an einen von der Gewerkschaft verwalteten Verein leisten, dieser sollte dann ein zusätzliches Urlaubsgeld an die Organisierten von 80 DM auszahlen. Der Vorstoß scheiterte am Widerstand der Arbeitgeberverbände. Wesentlicher Grund war, dass der Arbeitgeber sich der Gesamtheit seiner Mitarbeiter verpflichtet fühle, also sowohl den in der Gewerkschaft Organisierten als auch den Unorganisierten. Abmachungen nur zugunsten der Organisierten widersprächen diesem Prinzip.⁵⁰ Das Ziel einer Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit beim Urlaubsgeld erreichte dagegen die *IG Textil-Bekleidung* 1963 in der Miederindustrie. Dort wurde die Leistung eines Prozentsatzes der Bruttolohnsumme an einen Verein (Berufs- und Lebenshilfe für die Arbeitnehmer der Miederindustrie e.V.) vereinbart. Der Verein war verpflichtet, einen Anteil des Guthabens an eine von der Gewerkschaft zu errichtende gemeinnützige Stiftung (*Stiftung Berufs- und Lebenshilfe*) weiterzuleiten und das verbleibende Guthaben unmittelbar zur Pflege und Förderung der Gesundheit aller gewerblichen Arbeitnehmer der Betriebe, die der Arbeitsgemeinschaft der Miederindustrie angehörten, zu verwenden. Die Vereinbarung ging dahin, dass die Mitgliedschaft von Arbeitnehmern in der Gewerkschaft dabei berücksichtigt werden konnten. Gewerkschaftsmitglieder konnten ein zusätzliches Urlaubsgeld in Abhängigkeit von der Dauer ihrer Gewerkschaftszugehörigkeit zwischen 30 und 60 DM erhalten. Auf der Verbandsebene kamen Vereinbarungen, die nach der Gewerkschaftszugehörigkeit differenzierten, in der Folgezeit nicht mehr zu Stande. Es wurden jedoch entsprechende Firmentarifverträge geschlossen, die beim Urlaubsgeld nach Organisierten und Außenseitern unterschieden.

⁴⁹ Siehe BVerfG 1. 3. 1979 – 1 BvR 532/77 u.a., BVerfGE 50, 290, 371; BAG 25 .9. 1987 – 7 AZR 315/86, BAGE 56, 155 ff. = NZA 1988, 358 ff. Siehe ferner Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht Bd. II/1, 235; Wiedemann/Wiedemann, TVG, Einl. Rn. 13 ff., 96 ff. Ablehnend z.B. Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, Rn. 1133; Zöllner, DB 1989, 2121, 2122.

⁵⁰ Vgl. Kurzbericht in RdA 1962, 73.

C. Gegenläufige Wertungen

Die Frage, ob die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit erlaubt ist oder nicht, gehört zu denjenigen Streitfragen des Arbeitsrechts, die mit Leidenschaft ausgetragen wurden und ausgetragen werden (näher D. IV.). Die Frage berührt nicht nur die streitigen rechtlichen Gesichtspunkte, namentlich die Reichweite der negativen Koalitionsfreiheit und der Vertragsfreiheit der Außenseiter, zu denen im rechtswissenschaftlichen Schrifttum die gegensätzlichen Meinungen vertreten werden. Es fällt auf, dass die Rechtsprechung des BAG sich, sowohl in dem Beschluss des *Großen Senats* von 1967 als auch in den neueren Urteilen des *Vierten Senats* von 2009 und 2011 auf in der Rechtswissenschaft diskutierte Einzelgesichtspunkte kaum einlässt und die Entscheidungen auf (eher) allgemeine Erwägungen stützt, die mit ungeklärten Begriffen arbeiten. Darauf ist zurückzukommen.

Man gewinnt, wenn man im Jahr 2015 auf die Abhandlungen der ersten rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung in den sechziger Jahren und der zweiten rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung seit etwa 2005 zurückblickt, den Eindruck, dass sich die auf der Mitgliedschaft aufbauende deutsche Tarifautonomie, wenn sie mit Bezug auf die Mitgliedschaft differenzieren will, gegenüber gegenläufigen Wertungen nicht recht behaupten kann. Die gegenläufigen Belange sind die Werte der Gleichheit und der individuellen Freiheit. Mit ihnen kommt die Tarifautonomie bei Gestaltungen, die nach der Gewerkschaftszugehörigkeit differenzieren, in Konflikt.

Das lässt sich an der Rechtsprechung ablesen. Der *Große Senat* hat in seinem Beschluss von 1967 die Frage nach den Möglichkeiten einer Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit in einem größeren Zusammenhang gesehen. Der *Große Senat* ging davon aus, dass es sich bei allen Differenzierungen und ihrer Absicherung durch Spannenklauseln um den Ausdruck einer einheitlichen gewerkschaftlichen Grundsatzforderung handele und dass bei den Klauseln aller Art die juristische Konstruktion völlig von der Zielsetzung ihrer möglichst großen Wirksamkeit beherrscht werde. Wolle man sich darauf beschränken, die Differenzierung lediglich juristisch zu analysieren, ohne dabei der dahinterstehenden Grundsatzforderung der Gewerkschaft Rechnung zu tragen, laufe die Erörterung Gefahr, zur Begriffsjurisprudenz zu werden und die Dynamik des kollektiven Arbeitsrechts aus dem Auge zu verlieren. Man dürfe also nicht nur fra-

gen: „Lassen sich Differenzierungen und ihre Sicherungen juristisch konstruieren?“, sondern man müsse fragen: „Gibt es tragfähige rechtliche Anknüpfungspunkte, die das Verlangen der Gewerkschaften nach Differenzierungen und ihrer Sicherstellung gerechtfertigt erscheinen lassen?“⁵¹ Aber auch das Urteil des *Vierten Senats* vom 18. März 2009 enthält Passagen zur Regelungsaufgabe der Koalitionen, die gedanklich auf die Vorstellung von Gleichheit zwischen Organisierten und Außenseitern zurückgehen.⁵² Und auch in dem Urteil vom 23. März 2011 zu den Spannenklauseln wird die im Hintergrund stehende Grundüberzeugung erkennbar: Außenseitern müsse die Möglichkeit der Gleichstellung mit den Organisierten erhalten bleiben (siehe näher Seite 40 f.).⁵³

I. Gleichheit

Der *Große Senat* hat 1967 Differenzierungsklauseln für unwirksam gehalten, weil den Koalitionen die *Tarifmacht* für deren Regelung fehle. Ausgehend von der damaligen verfassungsrechtlichen Vorstellung einer Gewährleistung der Tarifautonomie nur in ihrem Kernbereich war der *Große Senat* der Meinung, den Koalitionen sei nicht die Tarifmacht zur Gestaltung von Differenzierungsklauseln jedweder Art eingeräumt.⁵⁴ Dafür erkannte der *Große Senat* zwei Gründe. Differenzierungsklauseln enthielten (1.) im Ergebnis eine nach allgemeinen Gesetzen *unzulässige Beitragserhebung* und sie überschritten (2.) im Verhältnis zur Arbeitgeberkoalition die *Grenze des Zumutbaren*. Beide Gesichtspunkte, die sich auf die in der Rechtswissenschaft zuvor geführte Diskussion bemerkenswert wenig einlassen und im Rückblick eine doch dürftige Verbindung zur Rechtsordnung aufweisen, bringen, wie die Entscheidungsgründe belegen, letzten Endes den Gesichtspunkt der Gleichheit zur Geltung.

1. Der erste Gesichtspunkt, Differenzierungsklauseln jedweder Art und damit auch die zu ihrer Absicherung vorgesehenen Spannenklauseln enthielten im Ergebnis eine nach allgemeinen Gesetzen unzulässige Beitragserhebung, beruht im Kern auf der Annahme, die Differenzierung verletze das Gleichheitsgebot und

⁵¹ BAG 29. 11. 1967 – GS 1/67, BAGE 20, 175, 200.

⁵² Vgl. BAG 18. 3. 2009 – 4 AZR 64/08, BAGE 130, 43 = NZA 2009, 1028 Rn. 60 ff., 72, 73, 75, 78. Kritisch *Leydecker*, AuR 2009, 338, 340; *Kamanabrou*, Anm. AP Nr. 41 zu § 3 TVG; *J. Schubert*, ZTR 2011, 579, 581.

⁵³ BAG 23. 3. 2011 – 4 AZR 366/09, BAGE 137, 231 = NZA 2011, 920 Rn. 48, 51. Kritisch *J. Schubert*, ZTR 2011, 579, 584.

⁵⁴ BAG 29. 11. 1967 – GS 1/67, BAGE 20, 175, 218.

damit das Gerechtigkeitsempfinden.⁵⁵ Die mit der Klausel, über die zu entscheiden war, verbundene Differenzierung auf dem Gebiet des Urlaubsgeldes sei sachfremd. Der *Große Senat* fasst dabei die tarifvertragliche Regelung als Gestaltung einer *Ausgleichsforderung* gegenüber den Außenseitern auf, denen eine Art Beitrag für die Inanspruchnahme gewerkschaftlicher Arbeit auferlegt werde. Aus dem gestalteten Vorteil für die Mitglieder wird kurzer Hand die Auferlegung einer Last.⁵⁶ Daran schließt sich die Überlegung an, ob denn nach der Rechtsordnung die Anlehnung an die Früchte fremder Arbeit ohne weiteres ausgleichspflichtig mache. Das wird verneint, die Rechtsordnung gestatte die kostenlose Ausnutzung der Gewerkschaftsarbeit, und die Tarifautonomie reiche nicht so weit, dass sie einen solchen Ausgleich im Weg tariflicher Regelungen einführen könnte – dazu fehle die Tarifmacht. Die Verbands- und Tarifmacht umfasse nicht, im Interesse der Stärkung der Organisation der Gewerkschaften und im Interesse der finanziellen Entlastung der Gewerkschaften und der Organisierten tarifvertraglich die Außenseiter anders zu behandeln als die Organisierten.

2. Der zweite genannte Gesichtspunkt, die Koalitionen würden im Verhältnis zur Arbeitgeber-Koalition die Grenzen des Zumutbaren überschreiten, steht damit im Zusammenhang. Die Gewerkschaft *verlange Unzumutbares*, wenn sie von der Arbeitgeberseite fordere, bei der tariflichen Durchsetzung der Differenzierung zwischen Organisierten und Außenseitern mitzuwirken. Auch das liege nicht innerhalb der Tarifmacht.⁵⁷ In diesem Zusammenhang ist die folgende Formulierung hervorzuheben:⁵⁸

„Heute ist die gleiche Behandlung von Organisierten und Außenseitern in vielen Fällen weitgehend eine zwingende betriebliche und unternehmerische Notwendigkeit geworden. In vielen Fällen kann sich die Arbeitgeberseite dieser Notwendigkeit heute nicht mehr oder nur schwer entziehen. Die Gleichbehandlung von Organisierten und nicht Organisierten in Entgeltfragen wird heute weitgehend als ein Ausdruck der sozialen Gerechtigkeit empfunden. Die rechtliche Sonderstellung, die der Organisierte nach § 4 Abs. 1, Abs. 3–5 TVG genießt, tritt demgegenüber oft in den Hintergrund. Die faktische Gleichbehandlung der Organisierten und Außenseiter führt

⁵⁵ BAG 29. 11. 1967 – GS 1/67, BAGE 20, 175, 218, 222 ff. Dagegen *Söllner*, Grundriß des Arbeitsrechts, S. 71: „Mit gleichem Recht könnten die Gewerkschaftsmitglieder sagen, *ihr* Gerechtigkeitsempfinden werde dadurch gröblich verletzt, daß die Nichtorganisierten ‚ernsten, wo sie nicht säen‘, daß auch sie nämlich in aller Regel die von den Gewerkschaften erwirkten tariflichen Vergünstigungen erhalten, ohne Gewerkschaftsbeiträge zu entrichten.“

⁵⁶ Richtig S. *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 103.

⁵⁷ BAG 29. 11. 1967 – GS 1/67, BAGE 20, 175, 222.

⁵⁸ BAG 29. 11. 1967 – GS 1/67, BAGE 20, 175, 223.

nicht nur dazu, daß in vielen Fällen der Außenseiter auf das tarifliche Lohnniveau der Organisierten angehoben wird, sondern bringt es in ähnlicher Weise unter dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit auch mit sich, daß der Organisierte zusammen mit den Außenseitern ein einheitliches übertarifliches Lohnniveau erreicht. Für die Arbeitgeberseite ist es auch durchaus legitim, wenn sie sich darauf beruft, sie müsse dieser Entwicklung Rechnung tragen; anderenfalls setze sie den optimalen unternehmerischen Erfolg aufs Spiel. Wenn die Arbeitgeberseite diesen Erfolg mittels Gleichbehandlung der Organisierten und Außenseiter anstreben will oder gar anzustreben gezwungen ist, so darf sie diesem Ziel nach den Maßstäben der sachgerechten Güterabwägung den Vorrang vor der Rücksichtnahme auf die Belange des Sozialpartners geben. Sie braucht ihre ureigensten Interessen nicht zurückzustellen.“

Eine Rolle spielte bei dieser Betrachtung, wie das Zitat zeigt, also auch die damalige Situation, in der aus verständlicher Arbeitgebersicht das zu dieser Zeit übertarifliche Lohnniveau sowohl die Organisierten als auch die Außenseiter erreichen sollte. Man muss im Rückblick ja bedenken, dass mit den von den Gewerkschaften erstrebten Spannenklauseln in das übertarifliche Lohngefüge eingegriffen werden musste. Es waren damals den Koalitionen die Effektivlöhne „weggelaufen“.⁵⁹

3. Auch im Schrifttum hat damals im Hintergrund der Gesichtspunkt der Gleichheit eine nicht unbeträchtliche Rolle gespielt. *Wiedemann*⁶⁰ stimmte dem *Großen Senat* ausdrücklich darin zu, dass er sich auf eine Quantifizierung des Drucks im Zusammenhang mit der Frage des Eingriffs in die negative Koalitionsfreiheit nicht eingelassen habe, sondern eine *per-se*-Rechtswidrigkeit des Mittels der Differenzierungsklauseln zu dem angestrebten Zweck festgestellt habe. Differenzierungsklauseln verletzen deshalb gröblich das Gerechtigkeitsgefühl, weil sie sich mit dem Leistungsprinzip in unüberbrückbaren Widerspruch setzten. Jedermann müsse bei völlig gleicher Leistung das gleiche Äquivalent zur Verfügung stehen. Die Differenzierungsklausel entspreche dem Ständestaat, nicht dem Bild einer offenen Gesellschaft. Wenn man sie für zulässig halte, dann könne man auch die Besetzung gewisser Arbeitsplätze oder die Beförderung in der Betriebshierarchie oder den Arbeitsplatzschutz den Gewerkschaftsmitgliedern vorbehalten. Eine bestimmte Quote des Entgelts, auch eines Urlaubsgeldes, nur Organisierten vorzubehalten, schlage dem Leistungsprinzip ebenso ins Gesicht wie es dem Schutzzweck des Arbeitsrechts widersprechen würde, Sozialzulagen nur den Kindern der Gewerkschaftsmitglieder vorbehalten zu wollen. Damit ist dem

⁵⁹ So treffend *Wiedemann*, Anm. SAE 1969, 265, 265.

⁶⁰ *Wiedemann*, Anm. SAE 1969, 265 ff.

Gesichtspunkt der Gleichheit größeres Gewicht gegeben als der in § 3 Abs. 1 TVG zum Ausdruck kommenden Differenzierung zwischen Mitgliedern und Außenseitern.⁶¹ Auch diejenigen, die (zu Recht⁶²) – den Koalitionen eine über die Verfolgung allein von Mitgliederinteressen hinausweisende Repräsentationsfunktion zuerkennen⁶³, sind zum Teil der Meinung, die Koalitionen müssten sich bei der Gestaltung so verhalten, als wenn sie Recht für alle setzen würden.⁶⁴ Auch dies geht von einer notwendigen Gleichbehandlung von Organisierten und Außenseitern aus.

4. Kurz zusammengefasst zeigt sich im Rückblick und in den neueren Entscheidungen von 2009 und 2011 ein großer Einfluss von Überlegungen der Gleichheit in der die Praxis bestimmenden Rechtsprechung, die auch in der Rechtswissenschaft Unterstützung fand und findet. Es wird zu untersuchen sein, ob Gleichheit die verfassungsrechtlich und tarifvertragsrechtlich (vgl. §§ 4 Abs. 1, 3 Abs. 1 TVG) auf Mitgliedschaft ausgerichtete Tarifautonomie wirklich überwiegt.

II. Individuelle Freiheit

Die negative Koalitionsfreiheit und die Vertragsfreiheit, ob sie nun durch (qualifizierte) Differenzierungsklauseln verletzt sind oder nicht, sind Ausdruck der verfassungsrechtlich gewährleisteten individuellen Freiheit. Die individuelle Freiheit setzt sich in der Entscheidung des *Großen Senats* des BAG von 1967 und in dem Urteil des *Vierten Senats* des BAG von 2011 gegenüber der tarifautonomen Gestaltung mit dem Ziel der Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit durch.

1. Negative Koalitionsfreiheit

In dem Beschluss des *Großen Senats* von 1967 lag der Akzent, was die individuelle Freiheit angeht, auf der Koalitionsfreiheit und dort wesentlich bei der negativen Koalitionsfreiheit. Unter negativer Koalitionsfreiheit versteht man die Freiheit des Einzelnen, sich keiner Koalition anzuschließen, also „unorganisiert“ zu bleiben beziehungsweise aus einer Koalition wieder ausscheiden zu können. Umstritten ist, ob die negative Koalitionsfreiheit durch Art. 9 Abs. 3 GG oder durch

⁶¹ Siehe auch *Wiedemann*, RdA 1969, 321, 323; *dens.*, RdA 2007, 65, 70.

⁶² Zum hier vertretenen Standpunkt näher *Waltermann*, ZfA 2000, 53, 66 ff, 71 ff.

⁶³ Siehe stellvertretend *Gamillscheg*, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, 36 ff., 93 ff.; *Säcker/Oetker*, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie, 67 ff.; *Zöllner*, Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln, 49 ff.

⁶⁴ *Zöllner*, Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln, 49.

Art. 2 Abs. 1 GG geschützt ist.⁶⁵ Darauf ist hier nicht einzugehen, weil die Streitfrage die nachfolgenden Überlegungen im Ergebnis nicht beeinflussen würde.⁶⁶

In dem Beschluss des *Großen Senats* von 1967 kommt es im Hinblick auf den Gesichtspunkt der Freiheit zu einer Abwägung der kollidierenden Gewährleistungen der kollektiven Koalitionsfreiheit (auf Seiten der Gewerkschaften) und der individuellen Koalitionsfreiheit (der in anderen Gewerkschaften organisierten Arbeitnehmer und der Außenseiter). Im Hinblick auf die in anderen Gewerkschaften Organisierten geht der *Große Senat* davon aus, dass sie den Schutz der positiven Koalitionsfreiheit genießen. In Bezug auf die Außenseiter prüft der *Große Senat* den Übergriff in die negative Koalitionsfreiheit. Im Hinblick auf diese Gewährleistungen komme es darauf an, ob durch die Differenzierungsklausel ein *sozialinadäquater*⁶⁷ Druck ausgeübt werde. Was den Druck angeht, kommt es in der Entscheidung des *Großen Senats* nicht zu einer Quantifizierung; rückblickend stellt sich die Frage, ob von dem damals in Rede stehenden Betrag von 60 DM, der unter dem Jahresbeitrag an die Gewerkschaft lag, überhaupt ein *Anreiz* (und nicht erst ein Druck) zum Eintritt in die Gewerkschaft ausgehen konnte.⁶⁸ Der Beschluss stellt die Rechtswidrigkeit des Mittels der Differenzierungsklausel zu dem angestrebten Zweck ohne eine Quantifizierung *per se* fest. Die Begründung dafür beruht letztlich auf Überlegungen der Gleichheit. Es verletze das Gerechtigkeitsempfinden gröblich, wenn die Gewährung des Urlaubs, Urlaubsentgelts und zusätzlichen Urlaubsgeldes sowie ähnlicher tariflicher Leistungen von Fragen der Organisationszugehörigkeit abhängig gemacht werde.⁶⁹

Man wird unter dem Strich bewertend sagen können, dass auch im Hinblick auf die Koalitionsfreiheit der anders Organisierten und der nicht Organisierten im Grunde wiederum Überlegungen der Gleichheit die Rechtswidrigkeit der Differenzierungsklauseln begründen.

⁶⁵ Kurze Zusammenfassung mit Nachweisen bei *Waltermann*, Arbeitsrecht, Rn. 512.

⁶⁶ Ausführlich S. *Neumann* Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 122 ff.

⁶⁷ Der Rückgriff auf den unklaren Begriff der Sozialadäquanz, in den man hineinlesen kann, was man möchte, ist zu Recht von Anfang an kritisiert worden, siehe *stellv. Wiedemann*, Anm. SAE 1969, 265, 267; *Franzen*, RdA 2006, 1, 4; *Gamillscheg*, NZA 2005, 146, 147.

⁶⁸ *Franzen*, RdA 2006, 1, 4.

⁶⁹ Siehe BAG 29. 11. 1967 – GS 1/67, BAGE 20, 175, 224 ff.

2. Vertragsfreiheit

In der ersten der beiden neueren Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, dem Urteil vom 18. März 2009⁷⁰ ist die negative Koalitionsfreiheit der wesentliche Prüfungsmaßstab.⁷¹ Das liegt allerdings auch daran, dass die in dem entschiedenen Fall gestaltete *einfache Differenzierungsklausel* die Vertragsfreiheit der nicht organisierten Arbeitnehmer und der anders organisierten Arbeitnehmer nicht beschränkt. Es geht nur darum, ob durch die einfache Differenzierungsklausel ein unzulässiger Druck zum Gewerkschaftsbeitritt ausgeübt würde. Die einfache Differenzierungsklausel begründet ausschließlich Rechte und Pflichten von Mitgliedern der Tarifvertragsparteien und schränkt die Handlungs- und insbesondere Vertragsfreiheit der tarifgebundenen Arbeitgeber nicht ein.⁷²

Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum werden Differenzierungsklauseln von jeher vor allem als Problem der negativen Koalitionsfreiheit behandelt. Der Gesichtspunkt des Eingriffs in die negative Koalitionsfreiheit beherrschte nicht nur die rechtswissenschaftliche Diskussion vor der Entscheidung des *Großen Senats* von 1967. Negative Koalitionsfreiheit spielt auch in der neueren Diskussion überwiegend die entscheidende Rolle.⁷³ In den letzten Jahren ist dann, wie zu zeigen sein wird, zu Recht (siehe Seite 50 ff.), namentlich im Hinblick auf Spannenklauseln die Vertragsfreiheit der Außenseiter und der anders Organisierten in den Blick genommen worden.⁷⁴ In dem zweiten neueren Urteil vom 23. März 2011 hat auch das Bundesarbeitsgericht im Hinblick auf eine qualifizierte Differenzierungsklausel (in Gestalt der Spannenklausel) entscheidend auf die arbeitsvertragliche Gestaltungsmöglichkeit abgestellt. Der Tarifvertrag dürfe nicht dem Arbeitgeber die Möglichkeit nehmen, die nicht oder anders organisierten Arbeitnehmer den Gewerkschaftsmitgliedern gleichzustellen. Ins Auge springt dabei, dass der Vertragsfreiheit gegenüber der mit dem Mechanismus der Spannenklausel abgesicherten Differenzierung ein absoluter Vorrang eingeräumt ist.⁷⁵ Darauf ist zurückzukommen.

⁷⁰ BAG 18. 3. 2009 – 4 AZR 64/08, BAGE 130, 43 ff. = NZA 2010, 1029 ff.

⁷¹ BAG, a. a. O., Rn. 34 ff.

⁷² BAG, a. a. O., Rn. 48 ff.

⁷³ Siehe stellv. *Bauer/Arnold*, NZA 2005, 1209, 1211; *dies.*, NZA 2009, 1169, 1173; *Däubler*, BB 2002, 1643, 1647 f.; *Giesen*, NZA 2004, 1317, 1318; *Kocher*, NZA 2009, 119, 122.

⁷⁴ S. stellv. *Franzen*, RdA 2006, 1, 5 f.; *Hartmann/Lobinger*, NZA 2010, 421 ff.; *S. Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 194 ff.

⁷⁵ Zu Recht pointiert von *Däubler/Heuschmid*, RdA 2013, 1, 7.

III. Fazit

Unter dem Strich geben das Bundesarbeitsgericht und die vorherrschende arbeitsrechtliche Lehre der Vorstellung von Gleichheit zwischen Organisierten und Außenseitern und auch dem Schutz der Freiheit der Außenseiter den Vorzug vor einer Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, an die schwer zu überwindende Anforderungen gestellt werden.⁷⁶

⁷⁶ Die Verbandsmitgliedschaft als Angelpunkt der Tarifautonomie betont dagegen *Richardi*, NZA 2013, 408 ff.

D. Differenzierungsklauseln: Arten und Bewertung in Rechtsprechung und Schrifttum

I. Vorkommende Klauseln

Eine „einfache Differenzierungsklausel“ war Gegenstand des Urteils des BAG vom 18. März 2009.⁷⁷ Die „einfache Differenzierungsklausel“ ist nach allgemeiner Meinung dadurch gekennzeichnet, dass eine einzelne Tarifregelung, die einen Anspruch begründet, die Mitgliedschaft in der tarifschließenden Gewerkschaft ausdrücklich zu einer anspruchsbegründenden Voraussetzung macht.⁷⁸

Sog. „qualifizierte Differenzierungsklauseln“ begegnen in zwei Gestalten, zum einen unter der Bezeichnung „Tarifausschlussklausel“, zum anderen unter der Bezeichnung „Spannenklausel“, „Spannensicherungsklausel“ oder „Abstandsklausel“. Im Folgenden wird für die zuletzt genannte Gestaltung der Begriff „Spannenklausel“ verwendet. Im Unterschied zu „einfachen Differenzierungsklauseln“ wirken „qualifizierte Differenzierungsklauseln“ regulierend auf (potentielle) Vereinbarungen des tarifgebundenen Arbeitgebers mit nicht organisierten bzw. anders organisierten Arbeitnehmern.⁷⁹ Die „Tarifausschlussklausel“ will dabei dem tarifgebundenen Arbeitgeber *verbieten*, die tariflich den Gewerkschaftsmitgliedern vorbehaltene Leistung auch an nicht Organisierte oder anders Organisierte zu erbringen. Die Spannenklausel dagegen verbietet nicht, die Leistung auch an Außenseiter oder anders Organisierte zu erbringen. Sie lässt Vereinbarungen des Arbeitgebers über den Gegenstand, der an sich den Gewerkschaftsmitgliedern vorbehalten sein soll, mit Außenseitern oder anders Organisierten zu, *begründet aber* für den Fall einer solchen Vereinbarung einen *zusätzlichen Anspruch* für die Gewerkschaftsmitglieder in Höhe der bei Tarifabschluss vorausgesetzten Differenz zwischen den Ansprüchen der nicht Organisierten und denjenigen der Organisierten.⁸⁰ Spannenklauseln setzen also gewissermaßen eine Spirale in Gang, die nicht von sich aus endet.

⁷⁷ BAG 18. 3. 2009 – 4 AZR 64/08, BAGE 130, 43 = NZA 2009, 1029.

⁷⁸ BAG 18. 3. 2009 – 4 AZR 64/08, BAGE 130, 43 = NZA 2009, 1029 Rn. 32.

⁷⁹ BAG 18. 3. 2009 – 4 AZR 64/08, BAGE 130, 43 = NZA 2009, 1029 Rn. 33.

⁸⁰ BAG, a. a. O., Rn. 33 mit Verweis auf *Franzen*, RdA 2006, 1, 2 f. m. w. Nachw.

II. Aktuelle Gestaltungen in der Praxis

Vorteilsregelungen für Gewerkschaftsmitglieder finden, nachdem es unter dem Eindruck der Entscheidungen *Großen Senats* von 1967 um Differenzierungsklauseln still geworden war, seit etwa zehn Jahren zunehmende Verbreitung. Man kann unterscheiden.

1. Vorteilsregelungen mit Anreizfunktion

Gewerkschaften streben Vorteilsregelungen an, um Anreiz zum Gewerkschaftsbeitritt zu bieten. In diesem Sinn werden von jeher und aktuell vor allem Sonderleistungen vereinbart (Einmalzahlungen, Urlaubsgeld etc.). Differenzierende Gestaltungen finden sich ferner in Form von Rentenbausteinen zur betrieblichen Altersversorgung. Gewerkschaftsmitgliedern reservierte Vorteile können auch in der Gestaltung verlängerter Kündigungsfristen liegen.⁸¹

2. Vorteilsregelungen im Sanierungsfall

Gewerkschaften streben Vorteilsregelungen für ihre Mitglieder zum anderen an, wenn tarifgebundene Unternehmen Personal abbauen oder Personalkosten senken wollen.⁸² Sollen Personalkosten gesenkt werden, bietet sich die Verkürzung tarifvertraglicher Sonderzahlungen an. Außerhalb der regulären Tarifverhandlungen lässt sich das kurzfristig nur im Einvernehmen mit der Gewerkschaft erreichen. In diesem Zusammenhang streben Gewerkschaften danach, mit Differenzierungsklauseln Einbußen bei ihren Mitgliedern abzumildern.

In dem ersten neueren Urteil des BAG zu Differenzierungsklauseln vom 18. März 2009⁸³ sollte Gewerkschaftsmitgliedern als Ausgleich für den Verzicht auf eine Sonderzahlung in jedem Geschäftsjahr eine Ausgleichszahlung gewährt werden, wenn sie zu einem jährlichen Stichtag drei Monate lang Mitglied waren. Auch in einem mit Urteil des *Vierten Senats* vom 21. Mai 2014⁸⁴ entschiedenen Fall hatte die Gewerkschaft ihre Zustimmung, tarifvertragliche Leistungen auszusetzen, an eine Vereinbarung gebunden, nach der die Arbeitgeberin einem Verein zur Förderung von Gesundheit und Erholung der Arbeitnehmer beitrug und einen Mitgliedsbeitrag zahlte; der Verein gewährte Erholungsbeihilfen (nur) an die in der Gewerkschaft organisierten Arbeitnehmer. Und in einem vom BAG im April 2015

⁸¹ Siehe auch die Beispiele *Leydecker*, AuR 2012, 195 ff.

⁸² Siehe zuletzt *Bepler*, AuR 2010, 234, 240 ff.; *Däubler/Heuschmid*, RdA 2013, 1, 3 f.; *Lelley/Becker*, BB 2015, 1397 ff.

⁸³ BAG 18. 3. 2009 – 4 AZR 64/08, BAGE 130, 43 ff. = NZA 2009, 1028 ff.

⁸⁴ BAG 21. 5. 2014 – 4 AZR 50/13, NZA 2015, 115 ff.

entschiedenen Fall⁸⁵ ging es im Sanierungsfall um die Erhöhung von Abfindungsleistungen und ein erhöhtes Transferkurzarbeitergeld für Arbeitnehmer, die von einem bestimmten Stichtag an Gewerkschaftsmitglieder waren.

Dass sich mit den Vorteilen für Gewerkschaftsmitglieder im Sanierungsfall Nachteile für die nicht in der tarifschließenden Gewerkschaft organisierten Beschäftigten verbinden, bedarf keiner Darlegung. Denn im Sanierungsfall wird der Arbeitgeber nur begrenzte finanzielle Zugeständnisse machen. Deshalb genügt es, wenn in diesen Fällen die Gewerkschaft eine einfache Differenzierungsklausel anstrebt, die das Bundesarbeitsgericht in seiner ersten neueren Entscheidung zu Differenzierungsklauseln vom 18. März 2009 im Grundsatz gebilligt hat.⁸⁶

Dem Bundesarbeitsgericht liegt derzeit eine ganze Reihe von zweitinstanzlichen Entscheidungen zur Verhandlung vor.⁸⁷ In dem hier im Vordergrund stehenden Zusammenhang werden einfache Differenzierungsklauseln, die in einer Sanierungssituation vereinbart werden, eine untergeordnete Rolle spielen.

III. Differenzierungsklauseln in der Bewertung der aktuellen Rechtsprechung

1. Einfache Differenzierungsklauseln

In der Entscheidung des *Großen Senats* von 1967, in der es um eine Spannenklausel ging, blieb unklar, ob auch einfache Differenzierungsklauseln unwirksam sein sollten.⁸⁸ In seinem ersten neueren Urteil vom 18. März 2009 hat der *Vierte Senat* einfache Differenzierungsklauseln für rechtswirksam gehalten.⁸⁹ In dem Fall hatte die Klägerin, die nicht Mitglied der Gewerkschaft war, eine im Tarifvertrag nur für Gewerkschaftsmitglieder vorgesehene Ausgleichszahlung verlangt. Im Hintergrund standen wegen der wirtschaftlichen Lage des gemeinnützigen Arbeitgebers geschlossene Tarifverträge, darunter ein „Haustarifvertrag“, der den

⁸⁵ BAG 15. 4. 2015 – 4 AZR 796/13, BB 2015, 2362 ff.

⁸⁶ BAG 18. 3. 2009 – 4 AZR 64/08, BAGE 130, 43 ff. = NZA 2009, 1028 ff.

⁸⁷ Siehe die Aktenzeichen 4 AZR 629/12 (Revision zu LAG Hamm 12. 6. 2012 – 14 Sa 1275/11); 4 AZR 866/13 (Revision zu LAG München 28. 8. 2013 – 10 Sa 135/13); 4 AZR 444/14 (Revision zu LAG München 27. 3. 2014 – 3 Sa 117/13); 4 AZR 97/15 (Revision zu LAG München 18. 12. 2014 – 4 Sa 617/14).

⁸⁸ Näher S. Neumann, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 35 f.

⁸⁹ BAG 18. 3. 2009 – 4 AZR 64/08, BAGE 130, 43 = NZA 2009, 1028 ff. Bestätigt durch BAG 22. 9. 2010 – 4 AZR 117/09.

Mitarbeitern grundsätzlich einen Anspruch auf eine Jahressonderzahlung gewährte, und ein „Tarifvertrag zum Ausgleich des strukturellen Defizits der Unternehmensgruppe ...“, der die entsprechende Bestimmung des „Haustarifvertrags“ über die Jahressonderzahlung außer Kraft setzte. Im Zusammenhang mit dieser Außerkraftsetzung war dann als Ersatzleistung für die Mitglieder der Gewerkschaft eine Ausgleichszahlung in Höhe von 535 Euro brutto je Vollzeitkraft vorgesehen. Die Ausgleichszahlung erhielten Beschäftigte, die ihre Mitgliedschaft in der Gewerkschaft für die zurückliegenden drei Monate bis zum Auszahlungstag glaubhaft nachwiesen; die Vorteilsregelung war insoweit nur mit einer Stichtagsregelung verbunden.

Das BAG hat die darin liegende einfache Differenzierungsklausel für rechtswirksam gehalten. Sie begegne keinem grundsätzlichen tarifrechtlichen oder verfassungsrechtlichen Bedenken. Der *Große Senat* habe 1967 keine bindende Entscheidung über eine einfache Differenzierungsklausel getroffen. Im Übrigen halte die Gestaltung den Anforderungen des *Großen Senats* stand, sie sei insbesondere nicht sozial inadäquat. Die Klägerin erfülle nicht die im Tarifvertrag als Anspruchsvoraussetzung formulierte Mitgliedschaft in der Gewerkschaft. Diese Voraussetzung werde nicht durch die Bezugnahmeklausel im Arbeitsvertrag fingiert. Anderes gelte auch dann nicht, wenn man die Bezugnahme als Gleichstellungsabrede verstehe.⁹⁰ Im Hinblick auf die negative Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) führe die einfache Differenzierungsklausel bereits strukturell nicht zu einem unzulässigen Beitragsdruck, denn die Außenseiter und der Arbeitgeber seien nicht daran gehindert, die nicht Differenzierten vertraglich gleichzustellen.⁹¹ Auch die konkrete Ausgestaltung der geprüften Klausel sei nicht zu beanstanden. Ein verständiger Arbeitnehmer werde durch die Ausgleichszahlung, die nicht mehr als zwei Jahresmitgliedsbeiträge zur Gewerkschaft ausmache, keinen Beitrittszwang verspüren.

2. Qualifizierte Differenzierungsklauseln

In der Beurteilung qualifizierter Differenzierungsklauseln folgt die neuere Rechtsprechung im Ergebnis dem *Großen Senat*. In seinem zweiten neueren Urteil vom 23. März 2011⁹² ist auch der *Vierte Senat* der Meinung, dass durch die Gestaltung von Spannenklauseln die *Tarifmacht* der Koalitionen überschritten werde. Der Tarifvertrag dürfe Arbeitgeber nicht daran hindern, nicht Organisierte oder anders

⁹⁰ Kritisch insoweit *Franzen*, FS Picker, 929, 949 ff.

⁹¹ BAG 18. 3. 2009 – 4 AZR 64/08, BAGE 130, 43 = NZA 2009, 1028 Rn. 54 ff.

⁹² BAG 23. 3. 2011 – 4 AZR 366/09, BAGE 137, 231 ff. = NZA 2011, 920 ff. Kritisch S. *Neumann*, Anm. AP Nr. 147 zu Art. 9 GG.

Organisierte durch Vertrag mit den Gewerkschaftsmitgliedern gleichzustellen. Mit der Klausel sei die von Art. 9 Abs. 3 GG zugewiesene, aber durch diese Bestimmung auch begrenzte *Tarifmacht* überschritten, weil die Spannenklausel dem Arbeitgeber eine Gleichstellung der Außenseiter mit den Gewerkschaftsmitgliedern *rechtlich-logisch unmöglich* mache. Eine solche Wirkung könne ein Tarifvertrag nicht normativ anordnen, weil es den Koalitionen nicht zukomme, ein dem außertariflichen Bereich zuzuordnendes Verhalten des Arbeitgebers im Verhältnis zu nicht oder anders organisierten Arbeitnehmern unmöglich zu machen.⁹³ Der klagende Arbeitgeber, ein Unternehmen im Bereich der Hafen-Logistik, wandte sich im Ergebnis erfolgreich gegen die angegriffenen Bestimmungen des geschlossenen Firmentarifvertrags.

IV. Schrifttum

Die Frage, ob die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit rechtlich zulässig sei oder nicht, war Gegenstand zahlreicher Untersuchungen der Sechzigerjahre⁹⁴ und Gegenstand der Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages 1966⁹⁵, bevor es zu der Entscheidung des *Großen Senats* des BAG vom 29. November 1967 kam.⁹⁶ *Herbert Wiedemann* bezeichnet die rechtswissenschaftliche Debatte um die Zulässigkeit tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln, die sich im Anschluss an die Einführung derartiger Gestaltungen durch die IG Bau und die Gewerkschaft Textil bis zu der Entscheidung des *Großen Senats* von 1967 entwickelte, als eine der schärfsten tarifrechtlichen Diskussionen der Sechzigerjahre.⁹⁷ Auf die Darstellung der Debatte bei *Däubler* und *Wiedemann* kann hier Bezug genommen werden.⁹⁸ Die Entscheidung des *Großen Senats* von 1967 ist im Schrifttum zu Recht ganz überwiegend kritisch kommentiert worden.⁹⁹ Nach dem Jahr

⁹³ BAG 23. 3. 2011 – 4 AZR 366/09, BAGE 137, 231 = NZA 2011, 920 Rn. 38 ff.

⁹⁴ Nachweise z. B. bei *Biedenkopf*, Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien – Arbeitsrechtliches Gutachten zum 46. Deutschen Juristentag, 115 ff.

⁹⁵ Vgl. neben dem vorbereitenden Gutachten von *Biedenkopf* auch *Krüger*, Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien – Verfassungsrechtliches Gutachten zum 46. Deutschen Juristentag, 85 ff.

⁹⁶ BAG 29. 11. 1967 – GS 1/67, BAGE 20, 175 ff.

⁹⁷ *Wiedemann/Wiedemann*, TVG, Einleitung Rn. 283.

⁹⁸ *Däubler*, Tarifvertragsrecht, Rn. 1176 ff.; *Wiedemann/Wiedemann*, TVG, Einleitung Rn. 283 ff.

⁹⁹ Siehe die Nachweise bei *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. 1, 357 ff.; *Wiedemann/Wiedemann*, TVG, Einleitung Rn. 285 Fn. 327.

2000 haben die Gewerkschaften wieder begonnen, Vorteilsregelungen zu gestalten.¹⁰⁰ In der Folge ist eine neue lebhaftere Debatte im arbeitsrechtlichen Schrifttum entstanden,¹⁰¹ deren Argumente im Folgenden aufgegriffen werden.

¹⁰⁰ Näher *Gamillscheg*, NZA 2005, 146 ff.

¹⁰¹ Siehe stellvertretend die Monografien von *Leydecker*, *Der Tarifvertrag als exklusives Gut*; *S. Neumann*, *Tariffboni für Gewerkschaftsmitglieder*; ferner stellvertretend *Däubler*, BB 2002, 1643 ff.; *Däubler/Heuschmid*, RdA 2013, 1 ff.; *Franzen*, RdA 2006, 1 ff.; *Gamillscheg*, NZA 2005, 146 ff.; *Giesen*, NZA 2004, 1317 ff.; *Greiner*, DB 2009, 398 ff.; *Hanau*, in: FS Hromadka, 115 ff.; *Hartmann/Lobinger*, NZA 2010, 421 ff.; *Jacobs*, in: FS Bauer, 479 ff.; *Leydecker*, AuR 2009, 338 ff.; *Lobinger/Hartmann*, RdA 2010, 235 ff.; *Richardi*, NZA 2010, 417 ff.; *Thüsing/v. Hoff*, ZfA 2008, 77 ff.; *Wiedemann*, RdA 2007, 65 ff.

E. Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit?

Im Schrifttum werden Differenzierungsklauseln von jeher überwiegend als ein Problem der negativen Koalitionsfreiheit¹⁰² behandelt,¹⁰³ die man nahezu einhellig in Art. 9 Abs. 3 GG mit gewährleistet sieht.¹⁰⁴ Zu Recht wird jedoch inzwischen mehr und mehr erkannt, dass die rechtliche Hürde, der Differenzierungsklauseln gegenüberstehen, eher in der Frage einer Verletzung der Vertragsfreiheit liegt.¹⁰⁵ In diesem Sinn scheiterte die vom BAG in dem 2011 entschiedenen Fall geprüfte Spannenklausel nicht an einem Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit der Außenseiter; das BAG hat die negative Koalitionsfreiheit in den Entscheidungsgründen nicht erwähnt.

I. Einfache Differenzierungsklauseln

Das BAG hat sich in seiner Entscheidung zu einer einfachen Differenzierungsklausel mit der Frage auseinandergesetzt, ob diese Gestaltung die negative Koalitionsfreiheit verletzt.¹⁰⁶ Der *Vierte Senat* hat dies mit überzeugenden Gründen verneint. Das wird in der nächsten Zeit die Praxis bestimmen, und diese Auslegung verdient Zustimmung. In der Tat wird die negative Koalitionsfreiheit durch eine Differenzierungsklausel erst dort tangiert, wo der die nicht Organisierten treffende Nachteil erheblich ist und als Zwang zum Gewerkschaftsbeitritt empfunden wird. Das BAG hat in Einklang mit der Rechtsprechung des BVerfG darauf hingewiesen, dass Art. 9 Abs. 3 GG (auf den die Rechtsprechung die negative Koalitionsfreiheit stützt) die nicht Organisierten vor einem Zwang oder Druck schützt, einer Koalition beizutreten. Ein von einer Gestaltung ausgehender bloßer

¹⁰² Umfassende Aufarbeitung auf aktuellem Stand bei *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, 47 ff.

¹⁰³ Vgl. *Deinert*, RdA 2014, 129 ff.

¹⁰⁴ Anders mit guten Gründen insbes. *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. 1, 381 ff.; *S. Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 120 ff.

¹⁰⁵ In diesem Sinn *Hartmann/Lobinger*, NZA 2010, 421, 423 ff.; *S. Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 194 ff.; *Waltermann*, Arbeitsrecht, Rn. 516 a. E.

¹⁰⁶ BAG 18. 3. 2009 – 4 AZR 64/08, BAGE 130, 43 = NZA 2009, 1028 Rn. 34 ff.

Anreiz zum Beitritt erfülle diese Voraussetzungen nicht.¹⁰⁷ In Auseinandersetzung mit der Entscheidung des *Großen Senats* vom 29. November 1967 und nachfolgender Entscheidungen sowie unter Bezugnahme auf die rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung gelangt der *Vierte Senat* zu der richtigen Einschätzung, die geprüfte einfache Differenzierungsklausel, welche die Gewerkschaftsmitgliedschaft zur Anspruchsvoraussetzung macht, sei bereits wegen ihrer Stellung im rechtlichen Gefüge zwischen nicht organisierten und organisierten Arbeitnehmern, Arbeitgebern und Gewerkschaft nicht geeignet, Rechte von nicht organisierten Arbeitnehmern rechtswidrig zu beeinträchtigen; das betreffe jedenfalls die im zu entscheidenden Fall vorliegende konkrete Ausgestaltung.¹⁰⁸

II. Spannenklauseln

In seinem Urteil vom 23. März 2011 zu einer Spannenklausel, die eine im Tarifvertrag den Gewerkschaftsmitgliedern vorbehaltene Leistung dadurch absichert, dass sie für den Fall einer Kompensationsleistung an nicht- oder an anders organisierte Arbeitnehmer das Entstehen eines entsprechend erhöhten Anspruchs für die Gewerkschaftsmitglieder vorsieht, erwähnt der *Vierte Senat* die negative Koalitionsfreiheit mit keinem Wort. Entscheidend ist nach den Gründen die Frage, ob eine Tarifregelung rechtmäßig ist, wenn sie die Gestaltungsfreiheit des Arbeitgebers hinsichtlich der Arbeitsverträge mit nicht- oder mit anders tarifgebundenen Arbeitnehmern in der Weise einschränkt, dass sie eine vertraglich vereinbarte oder zu vereinbarenden Gleichstellung mit den an den Tarifvertrag normativ gebundenen Arbeitsverhältnissen rechtlich unmöglich macht. Das wird bejaht. Die Spannenklausel ist nach der Rechtsprechung des *Vierten Senats* unwirksam, weil sie dem Arbeitgeber eine Gleichstellung zwischen den Mitgliedern und den Nichtmitgliedern der tarifschließenden Gewerkschaft aus rechtlich-logischen Gründen unmöglich mache.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Siehe BVerfG 11. 7. 2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202 = NZA 2007, 42 Rn. 66; BAG 18. 3. 2009 – 4 AZR 64/08, BAGE 130, 43 = NZA 2009, 1029 Rn. 37. Siehe ferner BAG 15. 4. 2015 – 4 AZR 796/13, BB 2015, 2362 Rn. 45.

¹⁰⁸ BAG, a. a. O., Rn. 39 ff., 46.

¹⁰⁹ BAG 23. 3. 2011 – 4 AZR 366/09, BAGE 137, 231 = NZA 2011, 920 Rn. 50.

III. Bewertung

1. Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit

a) Ein Eingriff in die Freiheit, einer Koalition fern zu bleiben, liegt vor, wenn Zwang oder Druck zum Beitritt ausgeübt wird, ein bloßer Anreiz zum Beitritt genügt nicht.¹¹⁰ Soweit ersichtlich, hat das Bundesverfassungsgericht bisher eine Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit in keinem Fall bejaht; in den unterschiedenen Fällen wurde kein erheblicher oder fühlbarer Druck attestiert.¹¹¹ Das Bundesarbeitsgericht ist in seiner ersten neueren Entscheidung zu Differenzierungsklauseln vom 18. März 2009¹¹² von dem fragwürdigen Maßstab der Sozialadäquanz abgerückt, den der *Große Senat* 1967 angelegt hat; der *Vierte Senat* geht davon aus, dass ein quantitatives Moment Bedeutung habe.

Ob ein entscheidungsrelevanter, fühlbarer Beitrittsdruck entsteht, so dass ein Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit vorliegt, ist eine Frage des Einzelfalls. Dabei ist von den §§ 4 Abs. 1, 3 Abs. 1 TVG auszugehen. Danach bezieht sich die tarifvertragliche Regelung nur auf Mitglieder. Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit ist vor dem Hintergrund der an die Mitgliedschaft angebundenen Konzeption der deutschen Tarifautonomie zu bewerten. Der mitgliederschaftliche Bezug der deutschen Tarifautonomie, der auch in den §§ 1 Abs. 1, 4 Abs. 1 und 3 Abs. 1 TVG zum Ausdruck kommt, begründet die Notwendigkeit und Möglichkeit, Anreize für Mitgliedschaft in Koalitionen zu setzen. Das muss berücksichtigt werden. Bei der Prüfung im Einzelfall kann nach geldwerten Vorteilen und anderen Vorteilen unterschieden werden.¹¹³

b) Einfache Differenzierungsklauseln greifen nicht in die negative Koalitionsfreiheit ein. Das BAG hat in seinem Urteil vom 18. März 2009 zu Recht eine Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit verneint.¹¹⁴ Überzeugend weist der *Vierte Senat* darauf hin, dass die einschlägige Bestimmung des Tarifvertrags ausschließlich Rechte und Pflichten von Mitgliedern der Tarifvertragsparteien begründe und die Handlungs- und insbesondere Vertragsfreiheit der tarifgebundenen Arbeitnehmer nicht einschränke. In der Tat führen einfache Differenzierungsklau-

¹¹⁰ Siehe BVerfG 24. 5. 1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 352; BVerfG 11. 7. 2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 212, 218; Sachs/Höfling, GG, Art. 9 Rn. 68, 126.

¹¹¹ Siehe S. Neumann, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 153 m. Nachw. in Fn. 466.

¹¹² BAG 18. 3. 2009 – 4 AZR 64/08, BAGE 130, 43 = NZA 2009, 1028 Rn. 118.

¹¹³ S. Neumann, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 155 ff.

¹¹⁴ BAG 18. 3. 2009 – 4 AZR 64/08, BAGE 130, 43 = NZA 2009, 1028 Rn. 46 ff. Siehe auch Lobinger/Hartmann, RdA 2010, 235, 239.

seln nicht zu einer Beschwer der Außenseiter, die nicht schon kraft Gesetzes gemäß §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG bestünde. Dass die Gewerkschaftsmitgliedern vorbehaltene Vorteilsregelung für Außenseiter nicht gilt, ist gewissermaßen Folge ihrer ausgeübten Freiheit, der Koalition fern zu bleiben.¹¹⁵ Das BAG formuliert in seinem jüngsten Urteil vom 15. April 2015¹¹⁶: „Ohne eine gesonderte Rechtsgrundlage besteht für nicht gewerkschaftlich organisierte Arbeitnehmer kein Anspruch auf Anwendung von Tarifnormen auf ihr Arbeitsverhältnis, also auf eine „Gleichbehandlung“ mit tarifgebundenen Arbeitnehmern (Zitate)“, und ferner: „Soweit eine Tarifnorm sich auf das Arbeitsverhältnis von Außenseitern wie hier der Klägerin auswirkt, beruht dies vorliegend nicht auf der normativen Wirkung des Tarifvertrags, sondern auf der privatautonom gestalteten Arbeitsvertragsbeziehung der Arbeitsvertragsparteien (Zitate)“.

c) Aber auch Differenzierungsklauseln in der Gestalt von Spannenklauseln greifen nicht in die negative Koalitionsfreiheit ein, denn sie hindern die Außenseiter nicht daran, durch arbeitsvertragliche Vereinbarung mit den Organisierten gleichzuziehen. Der Mechanismus der Spannenklausel kommt nur in Gang, wenn der Arbeitgeber den Vorteil *kollektiv*, also durch Gesamtzusage oder durch Formulararbeitsvertrag an die Belegschaft gewährt (siehe Seite 54). Auf die Gewährung von Leistungen, die einen kollektiven Bezug haben, hat der einzelne Arbeitnehmer jedoch keinen Anspruch.

d) Mit Tarifausschlussklauseln kann dagegen ein Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit verbunden sein, denn Außenseiter können mit einem Arbeitgeber, der sich pflichtgemäß an den Tarifvertrag hält, praktisch keine entsprechende Vorteilsregelung vereinbaren. Dies kann Beitrittsdruck erzeugen. Dann kommt es auf die streitige Frage an, *welches Ausmaß* der Vorteil haben muss, damit ein *entscheidungserheblicher* Beitrittsdruck erzeugt wird. Viel spricht dafür, einen Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit frühestens dann zu bejahen, wenn der Vorteil den durchschnittlichen Gewerkschaftsbeitrag übersteigt.¹¹⁷ Wenn Beitrittsdruck Entscheidungserheblichkeit voraussetzt, ist die Entscheidungserheblichkeit im Streitfall festzustellen.

¹¹⁵ Vgl. *Kamanabrou*, FS Kreutz, 197, 209; *Leydecker*, Der Tarifvertrag als exklusives Gut, 193; *S. Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 157 f.

¹¹⁶ BAG 15. 4. 2015 – 4 AZR 796/13, BB 2015, 2362 Rn. 45 ff., 46, 48.

¹¹⁷ *S. Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 159 f.

e) Dass besonderer Kündigungsschutz für Gewerkschaftsmitglieder¹¹⁸ in diesem Sinn entscheidungserheblichen Beitrittsdruck auslösen kann, bedarf keiner näheren Darlegung. Sich nicht gegen den Verlust des Arbeitsplatzes durch den Gewerkschaftsbeitritt gewissermaßen zu versichern, wäre für Außenseiter auch deshalb töricht, weil mit jedem, der beitrifft, die Zahl der (erst recht im in Not geratenen Schiff eines Sanierungsbetriebs) zur Sozialauswahl bereiten Freiwilligen abnimmt.

2. Rechtfertigung des Eingriffs

Mit dem Dargelegten ist erst festgestellt, dass überhaupt ein Eingriff in den Schutzbereich vorliegt, jedoch noch nichts über die Frage der Rechtmäßigkeit des Eingriffs gesagt. Ist ein Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit gegeben, kann dieser gerechtfertigt sein. Es gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.¹¹⁹ In dessen Rahmen hat das legitime Ziel, Mitglieder zu werben und Mitglieder zu halten, Bedeutung. Diese Ziele zu verfolgen ist Ausdruck der durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Koalitionsfreiheit. Die Stärkung der Mitgliederbasis sichert über den Bestand der einzelnen Gewerkschaft hinaus auch die Tarifautonomie als solche. Das vom Deutschen Juristentag 2014 verhandelte Thema „Stärkung der Tarifautonomie“ gehört zu den wichtigsten Zukunftsfragen des deutschen Arbeitsrechts.

In der Verfolgung dieser Ziele sind Differenzierungsklauseln geeignete Mittel. Das gilt auch für Tarifausschlussklauseln, die nach dem Dargelegten neben besonderem Kündigungsschutz einen Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit mit sich bringen. Dass es mildere Mittel gibt als Tarifausschlussklauseln, die mit vergleichbarer Wirksamkeit verfolgt werden könnten, müsste mit Überzeugungskraft dargelegt werden.

Entscheidend ist am Ende, ob Mittel und Zweck der Differenzierungsklausel in einem angemessenen Verhältnis stehen. Bietet eine Vorteilsregelung geldwerten Vorteil, bezieht sich die Angemessenheitsprüfung auf diejenigen Vorteile, welche bereits die Schwelle eines Eingriffs in die negative Koalitionsfreiheit (siehe III. 1) überschreiten. Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum finden sich zu dieser Frage

¹¹⁸ Zu der hier nicht zu verfolgenden Frage, ob die Kündigung von der Zustimmung einer Gewerkschaft abhängig gemacht werden darf, BAG 24. 2. 2011 – 2 AZR 830/09, NZA 2011, 1399 ff.; *Berger*, NZA 2015, 208 ff.

¹¹⁹ Ausführlich zuletzt S. *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 160 ff.

zahlreiche Überlegungen, die im Einzelfall aufgegriffen werden können.¹²⁰ Viel spricht für die Annahme, dass man sich in der Praxis bei einem geldwerten Vorteil in Höhe des doppelten Gewerkschaftsbeitrags noch im sicheren Bereich bewegt.¹²¹ Frühestens jenseits dieser Marge kann unverhältnismäßiger Beitrittsdruck in Betracht kommen. Er entsteht erst, wenn sich Außenseiter in eine Situation gebracht sehen, in der sie sich genötigt fühlen müssen, sich zu beugen und unfreiwillig Mitglied in einer Koalition zu werden. Der von der Klausel ausgehende mittelbare Druck muss einen rechtlich unzulässigen Entscheidungszwang zum Beitritt verursachen.¹²² Auch wenn die Verfassung die Koalitionen durch Art. 9 Abs. 3 GG schützt und die Rechtsordnung die autonome Gestaltung durch Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände im Grundsatz der Gestaltung durch den staatlichen Gesetzgeber vorzieht (siehe oben Seite 13), muss der Beitritt zur Koalition selbstverständlich freiwillig bleiben. Das ist jedoch erst dann nicht der Fall, wenn man sich unverhältnismäßigem Druck beugt. Unverhältnismäßigem Druck beugt man sich keineswegs schon dann, wenn einem anderenfalls ein Vorteil entgeht. Niemand ist genötigt, eine Bahncard zu erwerben, weil er nur dann den Vorteil hat, zum halben Preis zu fahren.

Bei der Prüfung der Angemessenheit im Einzelfall ist auch zu berücksichtigen, wie weit die selbstregulierenden Kräfte der Tarifparteien bei der Verhandlung einer Differenzierungsklausel reichen. Geht es um eine Vorteilsregelung, die wesentlich dem Anreiz dient, einer Gewerkschaft beizutreten oder in ihr zu bleiben, steht der Gewerkschaftsforderung üblicherweise ein Verhandlungsgegner gegenüber, dessen Ziel darin besteht, dass möglichst viele Außenseiter der Gewerkschaft nicht beitreten werden. Im Sanierungsfall kann die Bereitschaft der Arbeitgeberseite, Zugeständnisse zu machen, dagegen notgedrungen größer sein, so dass es zu einem nicht gerechtfertigten Beitrittsdruck kommt.

Unter dem Strich sollte die Rechtskontrolle auch bei Differenzierungsklauseln bestrebt bleiben, der verfassungsrechtlich gewährleisteten Gestaltungsfreiheit der Tarifparteien im Bereich ihrer Tarifautonomie mit großen Respekt vor der gewährleisteten Autonomie zu begegnen (siehe auch Seite 70 f.). In diesem Sinn

¹²⁰ Siehe stellvertretend Däubler/Hensche/Heuschmid, TVG, § 1 TVG Rn. 994; Leydecker, Der Tarifvertrag als exklusives Gut, 179 ff.; S. Neumann, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 165 ff.

¹²¹ Vgl. S. Neumann, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 166.

¹²² Vgl. BVerfG 11. 7. 2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202 = NZA 2007, 42 Rn. 67: „faktischer Zwang oder erheblicher Druck“.

kann man mit der neueren Rechtsprechung des *Vierten Senats* von einer „Angemessenheitsvermutung“ der tarifautonomen Gestaltung sprechen.¹²³

Ein unangemessener Beitrittsdruck entsteht, wenn eine Differenzierungsklausel Gewerkschaftsmitgliedern besonderen Kündigungsschutz vor einer betriebsbedingten Kündigung gewähren soll; das ist mit der negativen Koalitionsfreiheit der Außenseiter nicht vereinbar.¹²⁴ Mit einer solchen Klausel würde sich eine gravierende Verschlechterung der Arbeitsplatzsicherheit für Außenseiter ergeben, weil die parlamentsgesetzlichen Anforderungen an die Sozialauswahl gemäß § 1 Abs. 3 KSchG zu ihren Lasten verschoben werden. Zwar sind tarifvertragliche Unkündbarkeitsklauseln, etwa zugunsten Älterer,¹²⁵ weit verbreitet, und diese können rechtmäßig sein. Der Ausschluss Älterer von betriebsbedingten ordentlichen Kündigungen ist zum Schutz der Älteren verhältnismäßig, weil sie einem höheren Risiko dauerhafter Arbeitslosigkeit ausgesetzt sind. Der Tarifvertrag verstärkt bei dieser Gestaltung das in § 1 Abs. 3 KSchG ausgedrückte Anliegen des Gesetzes, Alter bei der Sozialauswahl zu berücksichtigen. Die rechtliche Grenze für tarifautonome Gestaltungen mit Auswirkung für tarifautonome Gestaltungen mit Auswirkungen auf die Sozialauswahl zieht nicht schon § 1 Abs. 3 KSchG, der keinen absoluten Vorrang gegenüber abweichenden Interessen beansprucht. Entscheidend ist bei der hier interessierenden Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, die in § 1 Abs. 3 KSchG nicht angesprochen ist, ob der Beitrittsdruck unangemessen ist oder nicht.

¹²³ BAG 21. 5. 2014 – 4 AZR 50/13, NZA 2015, 115 Rn. 29. Zum hier vertretenen Standpunkt *Waltermann*, in: FS Bepler, 569, 579 ff.

¹²⁴ *Franzen*, RdA 2006, 1, 5; *Gamillscheg*, NZA 2005, 146 (150). Anders *Däubler/Henschel/Heuschmid*, TVG, § 1 Rn 826.

¹²⁵ Näher *Schlachter*, Das Verbot der Altersdiskriminierung und der Gestaltungsspielraum der Tarifvertragsparteien, 73 ff. m. Nachw.

F. Verstoß gegen die Vertragsfreiheit?

I. Kritische Bewertung des BAG-Urteils vom 23. März 2011

Die entscheidende rechtliche Hürde, die „qualifizierte Differenzierungsklauseln“, namentlich in der Gestalt der Spannenklausel, überwinden müssen, ist die verfassungsrechtlich gewährleistete Vertragsfreiheit.¹²⁶ Das verdeutlicht auch die zweite neuere Entscheidung des BAG vom 23. März 2011.¹²⁷ Danach sind die Tarifvertragsparteien nicht befugt, die einzelvertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten der Arbeitsvertragsparteien, insbesondere der nicht oder anders organisierten Arbeitnehmer, mit zwingender Wirkung einzuschränken.¹²⁸

1. Gedankengang der Urteilsgründe

Die Gründe des Urteils vom 23. März 2011 nehmen folgenden gedanklichen Weg:¹²⁹ Den Ausgangspunkt bildet die Feststellung, dass die Koalitionen Wirtschafts- und Arbeitsbedingungen mit normativer Wirkung für tarifunterworfenen Arbeitsverhältnisse gestalten können. Inhalt und Wirkungsweise des Tarifvertrags erlangten Legitimation durch die freie Entscheidung der Arbeitnehmer und Arbeitgeber, Mitglied einer Koalition zu werden bzw. als Arbeitgeber selbst den Tarifvertrag abzuschließen. Der Abschluss von Tarifverträgen und die damit bewirkte Normensetzung sei kollektiv ausgeübte Privatautonomie.¹³⁰ Die kollektiv ausgeübte Privatautonomie in der Gestalt von Tarifverträgen verdränge die individuelle Privatautonomie nicht grundsätzlich. Dazu verweisen die Gründe zu-

¹²⁶ Ebenso *Franzen*, RdA 2006, 1, 5 ff.; *Hartmann/Lobinger*, NZA 2010, 421, 422 ff.; *Jacobs/Krause/Oetker/Schubert/Krause*, Tarifvertragsrecht, § 1 Rn. 78, 80; *S. Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 194 ff.; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, Rn. 1688 ff.

¹²⁷ BAG 23. 3. 2011 – 4 AZR 366/09, BAGE 137, 231 ff. = NZA 2011, 920 ff.

¹²⁸ Siehe BAG 23. 3. 2011 – 4 AZR 366/09, BAGE 137, 231 = NZA 2011, 920, dort Orientierungssatz 3a) aa) sowie Rn. 39 ff.

¹²⁹ BAG 23. 3. 2011 – 4 AZR 366/09, BAGE 137, 231 = NZA 2011, 920 Rn. 40 ff. Kritisch insbes. *Däubler/Heuschmid*, RdA 2013, 1, 6 ff.; *Leydecker*, AuR 2012, 195 ff.; *S. Neumann*, Anm. AP Nr. 147 zu Art. 9 GG, III. 2.; *J. Schubert*, ZTR 2011, 579, 583 ff.

¹³⁰ Zur hier vertretenen Kritik an dieser Annahme *Waltermann*, FS 50 Jahre BAG, 913, 916 f.

nächst auf das für tarifgebundene Arbeitsverhältnisse geltende Günstigkeitsprinzip, nach welchem es der Tarifautonomie im Grundsatz verwehrt ist, durch Tarifvertrag individualvertraglich begründete Rechte zu verkürzen. Darin sieht der *Vierte Senat* eine Einschränkung der kollektiven Regelungsmacht für individualvertragliche Gestaltungen. Diese gelte erst recht für die Erstreckung der unmittelbaren und zwingenden Wirkungen von Tarifnormen auf Außenseiter. Die Spannenklausel erfasse den außertariflichen Bereich und sei deshalb unwirksam. Sie bewirke zwar keine absolute, aber eine relative Begrenzung der Arbeitsbedingungen der Außenseiter, indem sie es dem Arbeitgeber rechtlich-logisch unmöglich mache, die vertraglichen Arbeitsbedingungen der nicht oder anders organisierten Arbeitnehmer den tariflich normierten Arbeitsbedingungen der Mitglieder anzugleichen. Damit werde dem Arbeitgeber zugleich eine im Weg der Gestaltung von individualvertraglichen Bedingungen nicht auflösbare „Ungleichstellung“ zwingend auferlegt. Deshalb greife die Spannenklausel in unzulässiger Weise über den ihr zustehenden Regelungsrahmen hinaus und in die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers und der nicht oder anders organisierten Arbeitnehmer ein. Dem Arbeitgeber sei es unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung nicht verwehrt, Außenseiter wie Gewerkschaftsmitglieder zu behandeln und ihnen die tariflich vereinbarten Leistungen aufgrund einer privatautonomen Entscheidung ebenfalls zu gewähren.

Der *Vierte Senat* verweist in diesem Zusammenhang auch auf die nach dem *Modell des tarifdispositiven Gesetzesrechts* eröffnete Möglichkeit, durch Tarifvertrag Arbeitsbedingungen zu vereinbaren, die unterhalb des gesetzlichen Schutzniveaus liegen und auf diese Tarifverträge zur Herstellung von Gleichheit in zulässiger Weise Bezug zu nehmen (Rn. 46). Arbeitgeber seien darin frei, trotz der rechtlich unterschiedlichen Ausgangsbedingungen Gleichheit unter den Arbeitnehmern herzustellen (Rn. 47). Das dürfe durch eine Tarifregelung nicht rechtlich unmöglich gemacht werden. Eine Tarifregelung, die eine Gleichstellung mit den normativ gebundenen Arbeitsverhältnissen rechtlich unmöglich mache, sei von der Rechtsetzungsmacht der Tarifvertragsparteien nicht gedeckt. Die Möglichkeit, eine Gleichstellung zwischen Außenseiter und Gewerkschaftsmitglied herbeizuführen, habe das Gesetz nicht verboten und dürfe eine Kollektivvereinbarung nicht mit normativer Wirkung verbieten (Rn. 48). Eine Unterscheidung zwischen einer individualvertraglichen Gleichstellung von Außenseitern und einer entsprechenden Gestaltung mit kollektivem Bezug (durch eine betriebseinheitliche Regelung)¹³¹ sei nicht möglich; eine Verletzung der Vertragsfreiheit durch die

¹³¹ Diesen Unterschied betonen dagegen zu Recht *Leydecker*, AuR 2009, 338, 342; *S. Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 199. Siehe auch *Däubler/Hensche/Heuschmid*, TVG, § 1 Rn. 998.

Verunmöglichung einer Angleichung der vertraglichen Bedingungen an die tariflichen Mindestarbeitsbedingungen beinhaltet ein qualitatives Moment, das bei einer massenhaften Ausübung nicht relativiert werden könne (Rn. 49).

Auf der Grundlage dieser rechtlichen Maßstäbe kommt der *Vierte Senat* dann abschließend zu der Feststellung, die zu prüfende konkrete Spannenklausel sei unwirksam (Rn. 50 ff.). Zwar werde der Arbeitgeber nicht de iure daran gehindert, den Differenzbetrag zu zahlen. Die Spannenklausel schließe aber nicht nur eine faktische Gleichstellung der anders oder nicht organisierten Arbeitnehmer mit den Gewerkschaftsmitgliedern aus, sondern verunmögliche aus rechtlich-logischen Gründen die Einhaltung hierauf gerichteter, vorher eingegangener oder einzugehender arbeitsvertraglicher oder tarifvertraglicher Verpflichtungen gegenüber nicht oder anders Organisierten. Es komme zu einer nicht begrenzten unendlichen Erhöhung der jeweiligen Leistungsverpflichtungen des Arbeitgebers, wenn er eine entsprechende Leistung an nicht oder anders organisierte Arbeitnehmer vertraglich versprochen habe (Rn. 54). Eine entsprechende rechtlich-logisch unendliche Erhöhung der Leistungsverpflichtung könne auch dadurch zustande kommen, dass in einem anderen Tarifvertrag gegenüber den Mitgliedern einer zweiten Gewerkschaft eine entsprechende Verpflichtung übernommen wurde (Rn. 55).

2. Kritikpunkte

Gegenüber diesen Entscheidungsgründen lässt sich eine Reihe von Kritikpunkten formulieren.¹³²

a) Begriff der Tarifmacht

Insoweit ähnlich wie der *Große Senat* 1967 erkennt der *Vierte Senat* des BAG in seinem Urteil vom 23. März 2011 in der Spannenklausel eine Gestaltung, welche die *Tarifmacht* überschreite. Der Leitsatz der Urteils formuliert: „Eine tarifvertragliche Inhaltsnorm, die eine den Gewerkschaftsmitgliedern vorbehaltene Leistung dadurch absichert, dass sie für den Fall einer Kompensationsleistung des Arbeitgebers an nicht oder anders organisierte Arbeitnehmer das Entstehen eines entsprechend erhöhten Anspruchs für die Gewerkschaftsmitglieder vorsieht (so genannte Spannenklausel), ist wegen Überschreitung der Tarifmacht unwirksam.“

¹³² Siehe insbesondere die Kritik von S. Neumann, Anm. AP Nr. 147 zu Art. 9 GG. Kritisch auch Däubler/Hensche/Heuschmid, TVG, § 1 Rn. 997 ff; Schubert, ZTR 2011, 579 ff.

Die Tarifvertragsparteien seien nicht befugt, die einzelvertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten der Arbeitsvertragsparteien, insbesondere der nicht oder anders organisierten Arbeitnehmer, mit zwingender Wirkung einzuschränken.

Man muss dem gegenüber die Frage stellen, was mit dem Begriff der Tarifmacht gemeint ist. Denn eine Kategorie der Rechtsordnung ist mit dem Begriff der Tarifmacht nicht angesprochen. Es handelt sich um ein gewissermaßen untechnisches Schlagwort, ähnlich wie die Bezeichnungen „Kollektivmacht“, „Kollektivgewalt“ oder „Regelungsmacht“. Rechtlich können Tarifmacht, Kollektivmacht oder Kollektivgewalt unter verschiedenen Gesichtspunkten Grenzen gesetzt sein. Es kommt in Betracht, dass die Gestaltung, im vorliegenden Zusammenhang die Gestaltung von Differenzierungsklauseln, nicht innerhalb des *Aufgabenbereichs* liegt, den zu gestalten die Koalitionen zuständig sind, also nicht zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gemäß Art. 9 Abs. 3 GG gehört. Es kommt aber auch in Betracht, dass die Gestaltung zwar innerhalb der Zuständigkeit der Koalitionen zur Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, nicht aber im Rahmen von deren *Befugnis* liegt, durch Rechtsnormen des Tarifvertrags im Sinn von § 1 Abs. 1 TVG zu gestalten. Schließlich kann damit gemeint sein, dass zwar die Zuständigkeit zur Gestaltung und die Befugnis zur Gestaltung mit Hilfe von Rechtsnormen im Sinn von § 1 Abs. 1 TVG bestehen, die Gestaltung aber die Grenzen der *inhaltlichen Rechtmäßigkeit* überschreitet. Unter welchem Gesichtspunkt genau von Rechts wegen die tarifliche Gestaltung von Differenzierungsklauseln angreifbar sein soll, wird mit dem Abstellen auf die Tarifmacht nicht verdeutlicht, sondern verwischt.

b) Günstigkeitsprinzip

Die Gründe des Urteils vom 23. März 2011 sprechen sodann Gesichtspunkte an, aus denen im Hinblick auf die Frage der Rechtswidrigkeit von Differenzierungsklauseln letztlich keine durchgreifenden Schlussfolgerungen gezogen werden können. Das gilt zunächst für das Günstigkeitsprinzip.¹³³ Das Günstigkeitsprinzip sichert den Tarifgebundenen angesichts der gemäß § 4 Abs. 1 TVG unmittelbaren und zwingenden Wirkung des Tarifvertrags vor dem Hintergrund der Vertragsfreiheit die günstigere arbeitsvertragliche Gestaltung. § 4 Abs. 3, 2. Fall TVG steht dabei im Zusammenhang mit § 4 Abs. 1 TVG. Der *Vierte Senat* nimmt nun an, Tarifverträge dürften erst recht nicht mit zwingender Wirkung Arbeitsbedingungen für nicht Organisierte festsetzen.¹³⁴ Auch wird im Schrifttum zum Teil angenommen, § 4 Abs. 3, 2. Fall TVG enthalte ein Verbot tarifvertraglicher

¹³³ Kritisch zu Recht *Hartmann*, SAE 2011, 225, 228.

¹³⁴ BAG 23. 3. 2011 – 4 AZR 366/09, BAGE 137, 231 = NZA 2011, 920 Rn. 41 f.

Höchsttarbeitsbedingungen auch zugunsten von Außenseitern.¹³⁵ Der *Vierte Senat* sieht im Günstigkeitsprinzip eine formelle Schranke der tariflichen Regelungsmacht.¹³⁶

Demgegenüber ist, was die hier untersuchten Spannenklauseln betrifft, einzuwenden, dass Spannenklauseln nicht Höchsttarbeitsbedingungen gestalten. Dass Spannenklauseln Höchsttarbeitsbedingungen gestalten, könnte man nur annehmen, wenn man ihren Mechanismus ohne weiteres in die Anordnung des Verbots einer arbeitsvertraglichen Gewährung des Vorteils ummünzen könnte. In diesem Sinn formuliert der *Vierte Senat*, die Spannenklausel erfasse den außertariflichen Bereich und sei deshalb unwirksam. Sie bewirke zwar keine absolute, aber eine relative Begrenzung der Arbeitsbedingungen der Außenseiter, weil sie es dem Arbeitgeber rechtlich-logisch unmöglich mache, die vertraglichen Arbeitsbedingungen der nicht oder anders organisierten Arbeitnehmer den der Tarifgebundenen anzugleichen.¹³⁷ Das vermag, wie noch näher darzulegen ist (siehe Seite 55 ff.), jedoch nicht zu überzeugen. Dem Arbeitgeber wird nicht die Gleichstellung unmöglich gemacht.

Wesentlich ist in diesem Zusammenhang, dass Spannenklauseln überzeugend dahin verstanden werden, dass sie die *individuell arbeitsvertraglich vereinbarte* Gleichstellung nicht erfassen. Der mit der Spannenklausel verbundene Mechanismus wird nach allgemeiner Ansicht nur ausgelöst, wenn Arbeitgeber den Vorteil durch eine *kollektive Maßnahme* gewähren.¹³⁸

Es besteht im Übrigen keine Notwendigkeit, die Frage eines eventuellen Verstoßes von Spannenklauseln gegen die Vertragsfreiheit am Maßstab des im § 4 Abs. 3, 2. Fall TVG im Zusammenhang mit § 4 Abs. 1 TVG normierten Günstigkeitsprinzips zu prüfen. Denn es kommt letzten Endes darauf an, ob die Gestaltung einer Spannenklausel die grundrechtlich verbürgte Vertragsfreiheit verletzt oder nicht. Das Günstigkeitsprinzip wird heute zu Recht als Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes aufgefasst.¹³⁹ Im Hinblick auf die Vertragsfreiheit

¹³⁵ Vgl. *Richardi*, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, 211; *Zöllner*, Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln, 42.

¹³⁶ BAG 23. 3. 2011 – 4 AZR 366/09, BAGE 137, 231 = NZA 2011, 920 Rn. 41 f.

¹³⁷ BAG 23. 3. 2011 – 4 AZR 366/09, BAGE 137, 231 = NZA 2011, 920 Rn. 43.

¹³⁸ Vgl. BAG 23. 3. 2011 – 4 AZR 366/09, BAGE 137, 231 = NZA 2011, 920 Rn. 49; *Gamillscheg*, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, 74 f.; *A. Hueck*, Tarifausschlussklausel und verwandte Klauseln im Tarifvertragsrecht, 16; *Leydecker*, Der Tarifvertrag als exklusives Gut, 231; *S. Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 31 f., 228; *Zöllner*, Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln, 17.

¹³⁹ Siehe *Belling*, Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht, 64 ff.; *Däubler/Deinert*, TVG, § 4 Rn. 583; *S. Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 229.

der gemäß §§ 4 Abs. 1, 3 Abs. 1 TVG Tarifgebundenen ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip in § 4 Abs. 3, 2. Fall TVG zum Ausdruck gebracht.¹⁴⁰ Es ist gesetzlich in den Rechtsrahmen des Tarifvertragsgesetzes eingebunden. Im Verhältnis zu Außenseitern kann der letztlich aus der Verfassung begründete Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Spannungsfeld von Tarifautonomie und Vertragsfreiheit anders zu akzentuieren sein.¹⁴¹

c) **Tarifdispositives Gesetzesrecht**

Keine durchgreifenden Schlussfolgerungen lassen sich aus dem Hinweis auf die im deutschen Recht gesetzlich an vielen Stellen vorgesehene Möglichkeit der Bezugnahme auf Tarifgestaltungen nach dem Regelungsmuster des *tarifdispositiven Gesetzesrechts* ziehen. Die nach dem Muster des tarifdispositiven Gesetzesrechts im deutschen Recht verbreitete Verbindung vom Gesetz abweichender tariflicher Gestaltung mit der Möglichkeit einer arbeitsvertraglichen Bezugnahme (z.B. gemäß § 622 Abs. 4 BGB, § 13 BUrlG, § 4 Abs. 4 EFZG, § 7 ArbZG), die im Grundsatz nicht zu kritisieren ist,¹⁴² wahrt die Vertragsfreiheit. Daraus lässt sich im Hinblick auf die Frage der Rechtmäßigkeit von Spannenklauseln jedoch keine weitere Folgerung ableiten.

d) **„Rechtlich-logische Unmöglichkeit“**

Fragen stellen sich schließlich im Hinblick auf die zentral bedeutsame Einschätzung, mit der Spannenklausel werde es dem Arbeitgeber „rechtlich-logisch unmöglich“ gemacht, die vertraglichen Arbeitsbedingungen der nicht oder anders organisierten Arbeitnehmer den tariflich normierten Arbeitsbedingungen der Gewerkschaftsmitglieder anzugleichen.¹⁴³ Es sei dem tarifunterworfenem Arbeitgeber unmöglich, etwaige einzelvertragliche Verpflichtungen gegenüber den

¹⁴⁰ Darauf weisen zu Recht auch Däubler/Hensche/Heuschmid, TVG, § 1 Rn. 1000, und Schubert, ZTR 2011, 579, 580, hin.

¹⁴¹ Vgl. S. Neumann, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 229: „Eine schematische Gleichstellung mit den Organisierten kommt nicht in Betracht.“

¹⁴² Kritisch zu würdigen ist die gesetzliche Gestaltung in § 9 Nr. 2 AÜG, die das Modell des tarifdispositiven Gesetzesrechts mit der Möglichkeit einer Bezugnahme im Arbeitsvertrag im Recht der Leiharbeit übernimmt und auf diese Weise die Abbedingung des gesetzlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes im Recht der Leiharbeit eröffnet. Siehe zum hier vertretenen Standpunkt Waltermann in: FS Bepler, 569 ff. m. w. Nachw.

¹⁴³ Vgl. die kritischen Stellungnahmen bei Däubler/Hensche/Heuschmid, TVG, § 1 Rn. 1001 ff.; S. Neumann, Anm. AP Nr. 47 zu Art. 9 GG (III. 2.); Schubert, ZTR 2011, 579, 583 ff.

nicht Organisierten zu erfüllen, wenn er sich verpflichtet hat, diese einzelvertraglich wie Gewerkschaftsmitglieder zu behandeln. Denn jede Anpassung im vertraglichen Bereich habe unmittelbar einen erhöhten Vergütungsanspruch der Gewerkschaftsmitglieder zur Folge, der dann seinerseits wiederum ausgeglichen werden müsse. In der Tat wäre, wenn dies zutreffen würde, eine Spirale ohne Ende die Folge, die erst in der Insolvenz des Arbeitgebers zur Ruhe kommen könnte.

Bei näherem Hinsehen wird es zu einer „rechtlich-logischen Unmöglichkeit“ in der Folge einer Spannenklausel in der Praxis jedoch nicht kommen.

aa) Die Formulararbeitsverträge enthalten regelmäßig Bezugnahmeklauseln, die auf die vertraglich vermittelte Geltung einschlägiger Tarifverträge abzielen. Durch derartige Klauseln¹⁴⁴ entsteht jedoch von vornherein kein Problem. Denn die üblichen Bezugnahmeklauseln verpflichten den Arbeitgeber schon deshalb nicht zu der den Gewerkschaftsmitgliedern vorbehaltenen Leistung, weil die Voraussetzungen der Tarifvertragsnorm in der Person der Außenseiter nicht vorliegen. Ist aufgrund einer Differenzierungsklausel die Leistung Gewerkschaftsmitgliedern vorbehalten, erfüllen die Außenseiter nicht die tatbestandlichen Voraussetzungen der Tarifnorm. Die Spirale kommt bei den üblichen Bezugnahmeklauseln von vornherein nicht in Gang.

bb) Anders wäre nur zu werten, wenn man annehmen könnte, mit der üblichen Bezugnahmeklausel sei ein „unbedingtes“¹⁴⁵ Gleichstellungsversprechen verbunden oder wenn das zumindest nahe läge. Man müsste annehmen können, die Bezugnahme mit den üblichen Verweisungsklauseln solle auf jeden Fall die Gleichstellung nicht oder anders Organisierter mit den Gewerkschaftsangehörigen bewirken, oder man müsste zumindest annehmen können, dass diese Auslegung so nahe liegt, dass zwei Auslegungsergebnisse nebeneinander stehen, von denen keines den klaren Vorzug verdient;¹⁴⁶ es müssten also die Auslegung, dass die Bezugnahmeklausel nur den Tarifvertrag für anwendbar erklärt und die Auslegung, dass die Bezugnahmeklausel die fehlende Anspruchsvoraussetzung der Gewerkschaftsmitgliedschaft ersetzt, nebeneinander bestehen, ohne dass eine

¹⁴⁴ Sie formulieren etwa: „Für das Arbeitsverhältnis gelten die (betrieblich, fachlich etc.) einschlägigen Tarifverträge in der jeweils gültigen Fassung“ oder „Für das Arbeitsverhältnis gilt der XY-Tarifvertrag in der Fassung vom ...“. Vgl. nur ErfK/*Franzen*, § 3 TVG Rn. 36 ff.

¹⁴⁵ Vgl. *S. Neumann*, Anm. AP Nr. 147 zu Art. 9 Abs. 3 GG (unter III. 2. D.).

¹⁴⁶ Vgl. zu dieser Voraussetzung der Unklarheitenregel nur BAG 19. 3. 2008 – 5 AZR 429/07, BAGE 126, 198 ff. = NZA 2008, 757 ff.; ErfK/*Preis*, §§ 305–310 BGB Rn. 31a.

den Vorzug verdient.¹⁴⁷ Dann würde die mit der Mehrdeutigkeit verbundene Unklarheit gemäß § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten des Arbeitgebers gehen. Die für die Arbeitnehmer günstige Auslegung würde gelten. Das wäre die Auslegung, nach der die Außenseiter die nach dem Tarifvertrag den Gewerkschaftsmitgliedern reservierte Leistung beanspruchen können. Auch einfache Differenzierungsklauseln würden bei dieser Auslegung leerlaufen.

Zu Recht geht jedoch das BAG in seiner ersten neueren Entscheidung zu einfachen Differenzierungsklauseln vom 18. März 2009 davon aus, dass die als Anspruchsvoraussetzung genannte Mitgliedschaft in der Gewerkschaft von der Klägerin nicht inhaltlich durch die einzelvertragliche Verweisung auf den Tarifvertrag erfüllt werde. Die Verweisung bewirke lediglich die Anwendbarkeit des Tarifvertrags, sie ersetze jedoch nicht die als besondere Anspruchsvoraussetzung für die Ausgleichszahlung im Tarifvertrag festgeschriebene Mitgliedschaft in der Gewerkschaft. In der Tat kann eine Bezugnahmeklausel ohne besondere Anhaltspunkte nicht als Statusbestimmung interpretiert werden. Erkennbar gewollte Rechtsfolge ist, wie das BAG richtig feststellt, allein, die Anwendbarkeit der Tarifnormen auf das Arbeitsverhältnis herbeizuführen.¹⁴⁸ Zu Recht hat sich das BAG auch im Allgemeinen von seiner früheren Rechtsprechung abgewandt, nach der eine Bezugnahmeklausel als so genannte Gleichstellungsabrede aufzufassen sein sollte.¹⁴⁹

Die üblichen Bezugnahmeklauseln bewirken also lediglich die Anwendbarkeit des Tarifvertrags. Sie ersetzen nicht die Mitgliedschaft in der Gewerkschaft. Man könnte sich anderenfalls als Arbeitgeber auch nur wundern, auf welchen unvorhersehbaren Wegen die Rechtsordnung, vermittelt durch Auslegung und durch das Recht der AGB-Kontrolle, Vertragspflichten aufzuerlegen vermag. Mag die vom Arbeitgeber veranlasste Bezugnahme auf Tarifverträge in den (Formular-)Arbeitsverträgen bei tarifgebundenen Arbeitgebern auch noch so sehr von dem Gedanken der Gleichstellung getragen sein, um einheitliche Arbeitsbedingungen ungeachtet der Gewerkschaftszugehörigkeit zu schaffen und damit Anreize zum Gewerkschaftsbeitritt zu vermeiden¹⁵⁰, dürfen doch die Rückwirkungen auf den Arbeitgeber nicht überzogen sein. Daran ändert es nichts, dass in der vorliegenden Konstellation die über die Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB

¹⁴⁷ In diesem Sinn *Franzen*, FS Picker, 929, 950 f.

¹⁴⁸ BAG 18. 3. 2009 – 4 AZR 64/08, BAGE 130, 43 = NZA 2009, 1028 Rn. 26 ff.; ebenso *Däubler/Hensche/Heuschmid*, TVG, § 1 Rn. 1008; *Jacobs/Krause/Oetker/Schubert/Krause*, Tarifvertragsrecht, § 4 Rn. 76.

¹⁴⁹ BAG 18. 4. 2007 – 4 AZR 652/05, BAGE 122, 74 ff. = NZA 2007, 965 ff. (m. w. Nachw. aus der älteren Rechtsprechung).

¹⁵⁰ Siehe nur *ErfK/Franzen*, § 3 TVG Rn. 29.

den Arbeitnehmern günstige Auslegung am Ende ein Begründungselement für die Unwirksamkeit der in Bezug genommenen tarifvertraglichen Gestaltung abgeben kann, was schlussendlich der Wirksamkeit von Spannenklauseln entgegenstehen soll.

cc) Damit es zu einer Spirale ohne Ende kommen kann, die den Arbeitgeber in die Rolle des Sisyphos bringt, müsste eine (formular-)arbeitsvertragliche Klausel formulieren, dass die Arbeitnehmer „hinsichtlich aller Tarifleistungen so behandelt werden als wären sie Gewerkschaftsmitglieder“.¹⁵¹ Diese Klausel kommt, soweit ersichtlich, in der Praxis nicht vor.

Unterstellt man für die rechtliche Bewertung eine arbeitsvertragliche Klausel mit dem Inhalt, dass die Arbeitnehmer „hinsichtlich aller Tarifleistungen so behandelt werden als wären sie Gewerkschaftsmitglieder“, kann es bei der Bewertung der Rechtslage darauf ankommen, ob die tarifvertragliche Differenzierungsklausel früher oder später in Kraft gesetzt wird als die Vertragsklausel. Besteht die Vertragsklausel vor der tarifvertraglichen Differenzierungsklausel, würde letztere mit ausgeübter Vertragsfreiheit kollidieren. Alles spricht dafür, dass die Tarifvertragsparteien für diesen Fall vorsorgen und regeln sollten, dass der Mechanismus der Spannenklausel dann nicht in Gang kommt; dadurch wäre die Kollision vermieden. Auf dieselbe Weise lässt sich eine praktisch soweit ersichtlich nicht vorkommende Kollision mit einer Spannenklausel in dem Tarifvertrag einer anderen Gewerkschaft bei Tarifpluralität auflösen. Im Wettbewerb von Gewerkschaften sind Spannenklauseln als Mittel ungeeignet (siehe J. III. 1. c).¹⁵² Gestaltet der Arbeitgeber dagegen (namentlich ohne an die tarifvertragliche Differenzierungsklausel zu denken) die Vertragsklausel nachträglich, ist eine Kollision der tarifautonomen Gestaltung mit der Vertragsfreiheit unausweichlich.

e) „Wettbewerbsfreiheit der Außenseiter“?

Zu Recht kommt der *Vierte Senat* in seinem Urteil vom 23. März 2011 nicht auf die im Schrifttum erörterte Frage zu sprechen, ob mit Spannenklauseln die „Wettbewerbsfreiheit der Außenseiter“ durch die „Marktmacht der Gewerkschaften“ verletzt werde.¹⁵³ Es führt nicht weiter, wenn man die zu lösenden Rechtsfragen mit dem Hinweis darauf, dass eine den Regelungsgegenständen des Kartellrechts ähnliche tatsächliche Ausgangslage bestehe, in eine aus der Ökonomie stammende Begrifflichkeit verlegt und mit Hilfe der Begriffe „Wettbewerb“ und

¹⁵¹ Vgl. S. Neumann, Anm. AP Nr. 147 zu Art. 9 Abs. 3 GG.

¹⁵² Anderer Lösungsvorschlag bei Däubler/Hensche/Heuschmid, TVG, § 1 Rn. 1001.

¹⁵³ Siehe Hartmann/Lobinger, NZA 2010, 421, 423 ff.; Hartmann, SAE 2011, 225, 228 ff.; Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb Rn. 1688 ff.; auch Franzen, RdA 2006, 1, 5 f.

„Marktmacht“ unter Verweis auf eine wettbewerbsrechtliche Dimension der Problematik Lösungen entwickelt. Entscheidend ist, ob durch Spannenklauseln in die verfassungsrechtlich verbürgte Vertragsfreiheit eingegriffen wird und wenn ja, ob dies nach der Rechtsordnung gerechtfertigt ist oder nicht. Natürlich sind dabei auch tatsächliche Auswirkungen zu berücksichtigen.

II. Vorgehen bei der Prüfung

Der *Vierte Senat* prüft in seinem Urteil vom 23. März 2011 die angesprochenen Gesichtspunkte mit dem Ergebnis, dass Spannenklauseln in unzulässiger Weise über den ihnen zustehenden Regelungsrahmen hinausgreifen und in die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers und der nicht oder anders organisierten Arbeitnehmer eingreifen. Die Spannenklausel sei daher wegen Überschreitung der Tariftmacht unwirksam; die Tarifvertragsparteien seien nicht befugt, die einzelvertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten der Arbeitsvertragsparteien, insbesondere der nicht oder anders organisierten Arbeitnehmer, mit zwingender Wirkung einzuschränken.

1. Orientierung am Prüfungsmuster des öffentlichen Rechts

Im Folgenden wird ein anderes Vorgehen bei der Prüfung gewählt. Es orientiert sich an den im öffentlichen Recht anerkannten Gesichtspunkten, die dort der Prüfung der Rechtmäßigkeit von Rechtsakten aller Art zugrunde gelegt werden. Die im öffentlichen Recht bei der Rechtskontrolle im Verfassungsrecht und im Verwaltungsrecht angelegten Prüfungsmaßstäbe beruhen nicht auf Besonderheiten des öffentlichen Rechts. Sie führen auch im Privatrecht zu einer konsequenten Abschichtung der Vorgaben der Rechtsordnung für eine rechtmäßige Gestaltung von Rechtsverhältnissen. Das gilt in besonderem Maß für die Gestaltung in den Autonomiebereichen des kollektiven Arbeitsrechts. Auch wenn die Gestaltung in den Autonomiebereichen des kollektiven Arbeitsrechts durch Rechtssubjekte des Privatrechts erfolgt, ist sie der Gestaltung in öffentlich-rechtlich verfassten Autonomiebereichen sehr ähnlich. Das im Folgenden angewandte Prüfungsmuster hat keinen speziellen Bezug zu Differenzierungsklauseln. Es strukturiert im Arbeitsrecht die Rechtskontrolle sowohl beim Tarifvertrag als auch bei der Betriebsvereinbarung.¹⁵⁴

¹⁵⁴ Vgl. näher *Waltermann*, Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie, 53 ff., 84 ff., 99 f., 112. ff., 135 ff. Jeweils m. Nachw. All-

Im Verfassungsrecht, im Verwaltungsrecht und auch im Arbeitsrecht bei der Gestaltung durch Kollektivvertrag können sich rechtliche Grenzen unter den folgenden Aspekten ergeben.¹⁵⁵ In Betracht kommt, bezogen auf den vorliegenden Untersuchungsgegenstand, erstens, dass die Tarifparteien bei der Gestaltung von Differenzierungsklauseln bereits ihre *Regelungszuständigkeit* überschreiten. In Betracht kommt zweitens, dass die Tarifparteien die Frage der Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit im Rahmen ihrer Zuständigkeit zwar aufgreifen, aber nicht durch Tarifvertrag normativ regeln dürfen; dann würde ihnen die *Normensetzbefugnis* fehlen. Schließlich kommt drittens in Betracht, dass die Tarifvertragsparteien für die Gestaltung von Spannenklauseln zwar zuständig sind und diesen Gegenstand auch durch Tarifvertrag normativ regeln dürfen, dass Spannenklauseln aber *inhaltlich rechtswidrig* sind.¹⁵⁶ Dieses Prüfungsvorgehen vermag Rechtsakten, die in einem Autonomiebereich gestaltet werden wie der Tarifvertrag im Bereich der Tarifautonomie eine nachvollziehbare Ordnung zu geben.

2. Autonomie und Rechtsnormensetzung

Im Arbeitsrecht wird die Rechtsanwendung, wie noch vorauszuschicken ist, dadurch erschwert, dass man den an sich eindeutigen Begriff der Autonomie („aus eigenem Gesetz“, „Unabhängigkeit“, „Selbständigkeit“) nicht selten sogleich mit der Möglichkeit zur Rechtsnormensetzung in Zusammenhang bringt. Wer im Arbeitsrecht von Tarifautonomie spricht, bezeichnet damit nicht selten sogleich die Fähigkeit der Tarifvertragsparteien, Rechtsnormen zu setzen.¹⁵⁷ Dagegen wird im öffentlichen Recht klar unterschieden. So spricht man im Bereich der Selbstregelung und Selbstverwaltung der Gemeinden (Gemeindeautonomie) von der Satzungsautonomie, wenn man den Aspekt der Normensetzung meint. Sonst spricht man von autonomer Selbstverwaltung.

gemein und grundsätzlich *F. Kirchhof*, Private Rechtsetzung. Auf Differenzierungsklauseln wird das Schema von *S. Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 48 ff., angewandt.

¹⁵⁵ Siehe bereits *Schnorr*, JR 1966, 327 ff.; *Söllner*, AuR 1966, 257 ff. Grundsätzlich zu dem nachfolgenden Vorgehen am Fall der Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung *Waltermann*, Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie, 53 ff. sowie 135 ff., am Fall der Rechtsetzung durch Tarifvertrag *ders.*, ZfA 2000, 53, 55 ff.

¹⁵⁶ Siehe zu diesem Vorgehen zusammenfassend auch *Waltermann*, Arbeitsrecht, Rn. 633 ff.

¹⁵⁷ Siehe z. B. *Adomeit*, Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, 146 mit Fn. 477; *Richardi*, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, 2; *Zöllner*, Die Rechtsnatur der Tarifnormen nach deutschem Recht, 13 ff.

Wenn man in dem dargelegten Sinn begrifflich trennt, hat dies in Bezug auf die Tarifautonomie (in Einklang mit den Formulierungen des Bundesverfassungsgerichts)¹⁵⁸ zur Folge: Die Verfassung gewährleistet in Art. 9 Abs. 3 GG eine Ordnung des Arbeits- und Wirtschaftslebens, bei der der Staat seine Zuständigkeit zur Rechtsetzung weit zurückgenommen und die Bestimmung über die regelungsbedürftigen Einzelheiten des Arbeitsvertrags grundsätzlich den Koalitionen überlassen hat. Den frei gebildeten Koalitionen ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts durch Art. 9 Abs. 3 GG die im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe zugewiesen, insbesondere Löhne und sonstige materielle Arbeitsbedingungen in einem von staatlicher Rechtsetzung frei gelassenen Raum in eigener Verantwortung und im Wesentlichen ohne staatliche Einflussnahme durch unabdingbare Gesamtvereinbarung sinnvoll zu ordnen. Tarifautonomie bedeutet danach autonome Selbstregelung der eigenen Angelegenheiten durch die Tarifvertragsparteien. Dies kann durch Sätze objektiven Rechts, aber auch in anderer Weise geschehen.

Die Befugnis, objektives Recht zu setzen, ist keine notwendige Bedingung der Autonomie, sondern nur eine von mehreren ihrer Erscheinungsformen.¹⁵⁹ So kennt die Privatautonomie als Musterbeispiel der Selbstregelung eigener Angelegenheiten neben dem Vertrag eine Vielzahl rechtlicher Formen, in denen selbstbestimmtes privates Handeln des Einzelnen möglich ist. Wie im Bereich der Selbstverwaltung der Gemeinden, Hochschulen, Kammern oder Sozialversicherungsträger ist im Bereich der Tarifautonomie die autonome Regelung durch Sätze objektiven Rechts zweckmäßig. Das hat man bei der Gestaltung der TVVO 1918 erkannt und umgesetzt. Es besteht eine prinzipielle Affinität zwischen der Autonomie sozialer Gemeinschaften und der Setzung objektiven Rechts. Die begrifflich von der Autonomie zu unterscheidende Normensetzungsbefugnis in Autonomiebereichen kennzeichnet die konkreten formellen und materiellen Voraussetzungen, unter denen im Bereich der Autonomie erlassene Rechtsnormen gültig zustande kommen. Die Normensetzungsbefugnis kann über den Autonomiebereich nicht hinausgehen, typischerweise ist sie enger.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Siehe stellvertretend BVerfG 24. 5. 1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 340 f. (m. Nachw.); BVerfG 1. 3. 1979 – 1 BvR 532/77 u.a., BVerfGE 50, 290, 367 f.; BVerfG 14. 6. 1983 – 2 BvR 488/80, BVerfGE 64, 208, 215.

¹⁵⁹ Näher zum Folgenden *Schnorr*, JR 1966, 327 ff.; *Waltermann*, Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie, 54 ff. m. Nachw.

¹⁶⁰ Vgl. *Schnorr*, JR 1966, 327, 328.

III. Differenzierungsklauseln, insbesondere Spannenklausel und Zuständigkeit der Tarifparteien – Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen?

1. Sachliche Zuständigkeit

Die Tarifvertragsparteien sind für die Gestaltung von Differenzierungsklauseln, namentlich in der Gestalt der Spannenklausel, der Sache nach unproblematisch zuständig.¹⁶¹ Die Regelung von Differenzierungsklauseln liegt im Bereich der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Sinn von Art. 9 Abs. 3 GG und damit im Bereich der Autonomie der Tarifparteien (in dem dargelegten Sinn).

a) Die Reichweite der Tarifautonomie wird durch den *Aufgabenbereich* bestimmt, der den Koalitionen überlassen ist. Dem Aufgabenbereich entspricht, wenn man den Blick auf das Subjekt richtet, welches die Aufgabe wahrnimmt, die *Zuständigkeit* der Koalitionen. Gegenstände, die nicht unter den Begriff der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ subsumiert werden können, entziehen sich der auf Art. 9 Abs. 3 GG gegründeten tarifvertraglichen Regelung.

b) Die Gewährung von Leistungen nur an Gewerkschaftsmitglieder (Geldleistungen, zusätzliche Leistungen zur betrieblichen Altersvorsorge wie namentlich Rentenbausteine, nicht finanzielle Vorteile wie z.B. die Regelung von Freistellungen) gestaltet Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Differenzierungsklauseln gestalten die tatbestandlichen Voraussetzungen, unter denen Arbeitnehmer tarifvertragliche Leistungen in Anspruch nehmen können. Daran ändert es nichts, wenn der Regelung dieser Gegenstände, zumindest auch, eine organisationspolitische Zielsetzung zugrunde liegt. Der Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG ist weder auf den Schutz der Beschäftigten vor Nachteilen durch Staat oder Arbeitgeber beschränkt, noch schützt Art. 9 Abs. 3 GG lediglich die Herstellung von Lohngerechtigkeit zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, so dass Organisationsfragen nicht verfolgt werden dürften.¹⁶² Die Gewährleistung des Art. 9 Abs. 3 GG schützt nach allgemeiner Auffassung auch den Bestand und die Betätigung der

¹⁶¹ Eingehend in Auseinandersetzung mit dem Schrifttum dargelegt von S. Neumann, *Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder*, 59 ff.

¹⁶² In meiner Bewertung überzeugend dargelegt bei S. Neumann, *Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder*, 60 ff. Dort auch Nachweise zu den im Einzelnen vertretenen engeren Auffassungen.

Koalitionen als solcher (im Sinn einer kollektiven Koalitionsfreiheit).¹⁶³ Art. 9 Abs. 3 GG überlässt dabei den Koalitionen die Wahl der Mittel, mit denen sie ihre Ziele verfolgen wollen.¹⁶⁴ Maßnahmen, die einen effektiven Schutz des Bestands und eine wirkungsvolle Betätigung anstreben, sind selbstverständlich vom Schutzbereich der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Art. 9 Abs. 3 GG umfasst.

Was ältere Äußerungen im rechtswissenschaftlichen Schrifttum angeht, die zu einer dem gegenüber engeren Auslegung gelangen, ist auch zu bedenken, dass die früheren Überlegungen davon ausgingen, dass die Koalitionsfreiheit nur in einem Kernbereich geschützt sei. Das BVerfG und ihm folgend das BAG hielten früher die koalitionsmäßige Betätigung nur für insoweit verfassungsrechtlich geschützt, als diese für die Erhaltung und Sicherung der Existenz der Koalition unerlässlich war. Die in der Sache und grundrechtsdogmatisch verfehlte Kernbereichslehre hat das BVerfG zu Recht aufgegeben.¹⁶⁵

Dass Differenzierungsklauseln bereits nicht dem Schutzbereich der Gewährleistung des Art. 9 Abs. 3 GG und damit der Zuständigkeit der Tarifvertragsparteien zu einer autonomen Gestaltung unterfallen könnten, lässt sich nicht überzeugend begründen. Der Zuständigkeit der Koalitionen in ihrem Aufgabenbereich der Regelung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen unterfällt namentlich auch die Gestaltung einer *Stichtagsregelung*.¹⁶⁶ Daran ändert es nichts, dass durch eine Stichtagsregelung, welche an eine vor dem Tarifvertragsschluss begründete Mitgliedschaft anknüpft, ein Anreiz für den Beitritt zur Gewerkschaft nicht gesetzt werden kann. Die tarifvertragliche Differenzierung durch eine Stichtagsregelung belohnt zurückliegende Gewerkschaftstreue und wirkt einem Austritt aus der Gewerkschaft entgegen.¹⁶⁷ Es geht um Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen.

¹⁶³ Siehe nur BVerfG 18. 11. 1954 – 1 BvR 629/52, BVerfGE 4, 96, 101 f.; BVerfG 1. 3. 1979 – 1 BvR 532/77 u. a., BVerfGE 50, 290, 354, 367; BAG 19. 6. 2007 – 1 AZR 396/06, BAGE 123, 134 ff. = NZA 2007, 1055 ff.

¹⁶⁴ Siehe nur BVerfG 6.5.1964 – 1 BvR 79/62, BVerfGE 18, 18, 32; BVerfG 26. 6. 1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212, 224.

¹⁶⁵ Siehe BVerfG 14. 11. 1995 – 1 BvR 601/92, BVerfGE 93, 352 = NZA 1996, 381, 382; BVerfG 24. 4. 1996 – 1 BvR 712/86, BVerfGE 94, 268 = NZA 1996, 1157, 1158.

¹⁶⁶ Siehe den Fall BAG 9. 5. 2007 – 4 AZR 275/06, NZA 2007, 1439 ff.

¹⁶⁷ Siehe S. Neumann, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 64 f.

2. Personelle Zuständigkeit

a) Als Ausprägung der Koalitionsfreiheit baut die Tarifautonomie nach dem Grundgesetz auf Mitgliedschaft in Koalitionen auf. Im deutschen Recht sind, wie dargelegt, die Koalitionsfreiheit und damit auch die Tarifautonomie mitgliederbezogen. Auf der Ebene des Gesetzes ist dies in §§ 4 Abs. 1, 3 Abs. 1 TVG zum Ausdruck gebracht.

b) Die Gestaltung von Differenzierungsklauseln, auch in der Form von Spannenklauseln, hält sich im Bereich der personellen Reichweite der Tarifautonomie. Die Spannenklausel gestaltet den Anspruch der Mitglieder. Es geht um die Gewährung von zusätzlichen Leistungen an Organisierte, die einen Rechtsanspruch erhalten. Etwas anderes folgt auch nicht daraus, dass Spannenklauseln den Fall einer vertraglichen Gestaltung der Rechtsverhältnisse von nicht oder anders Organisierten gezielt in den Blick nehmen.

Im arbeitsrechtlichen Schrifttum wird zum Teil angenommen, die Koalitionen seien bei der Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen auf Regelungen beschränkt, welche den Schutz der Mitglieder betreffen.¹⁶⁸ Die Legitimation des tarifautonomen Gestaltens durch die Koalitionen sei aus dem Gesichtspunkt der mitgliedschaftlichen Unterwerfung zu begründen. Daraus abzuleiten, tarifautonomes Gestalten könne nur die Mitglieder der Koalitionen erreichen, und die Koalitionen dürften nicht auf Außenseiter Einfluss nehmen, könnte jedoch nicht überzeugen.¹⁶⁹ Die Gewährleistung der Koalitionsfreiheit und der Tarifautonomie durch Art. 9 Abs. 3 GG eröffnet den Koalitionen einen autonomen Aufgabenbereich, in dem sie die Angelegenheit der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen selbstständig und in Verfolgung aller zulässigen Ziele regeln können. Die Tarifvertragsparteien nehmen Aufgaben wahr, deren Erfüllung von Staats wegen in einer freiheitlichen Demokratie nicht umfassend möglich ist. Der Staat soll nur solche Aufgaben an sich ziehen, die von den Beteiligten selbst nicht sinnvoll geregelt werden können. Vor diesem Hintergrund bezieht sich die Tarifautonomie in personeller Hinsicht zwar auf die Mitglieder der Koalitionen. Die Bedeutung des Beitritts der Koalitionsmitglieder ergibt sich verfassungsrechtlich daraus, dass sich in der kollektiven Koalitionsfreiheit die individualrechtliche Gewährleistung des Art. 9 Abs. 3 GG sozusagen fortsetzt. Wenn

¹⁶⁸ Lehre von der mitgliedschaftlichen Legitimation, Kurzdarstellung (und Kritik) mit Nachweisen bei *Waltermann*, Arbeitsrecht, Rn. 546. Ausführlich *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, 101 ff.

¹⁶⁹ Siehe zum hier vertretenen Standpunkt statt näherer Ausführungen zusammenfassend *Waltermann*, Arbeitsrecht, Rn. 546. Ausführlich *ders.*, ZfA 2000, 53, 66 ff.

Art. 9 Abs. 3 GG die Koalitionen als solche schützt, schützt er sie als den Zusammenschluss derjenigen, die von ihrem Recht auf Gründung sowie Beitritt und Verbleiben Gebrauch gemacht haben. Von jeher sind die Koalitionen im deutschen Recht Mitgliederverbände gewesen. Es ist deshalb in Rechtsprechung und Lehre zu Recht anerkannt, dass das Regeln der Koalitionen im Bereich der Tarifautonomie unbeschadet ihrer übrigen Funktionen in Gesellschaft und Staat im Grundsatz nur diejenigen betrifft, die sich durch den Koalitionsbeitritt bewusst auf eine selbstverwaltete Regelung ihrer Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch die Koalitionen eingelassen haben.¹⁷⁰ Dies entspricht auch dem Selbstverständnis der Koalitionen. Dass die Tarifautonomie dementsprechend im Grundsatz auf die Koalitionsmitglieder bezogen ist, kommt namentlich in den §§ 4 Abs. 1, 3 Abs. 1 TVG zum Ausdruck.

Daraus folgt jedoch nicht, dass die Mitgliedschaft das rechtliche Phänomen darstellt, aus dem sich die eigentliche Legitimationsbasis des tarifautonomen Handelns allgemein und des Gestaltens mit dem unmittelbar und zwingend wirkenden Tarifvertrag im Besonderen und zugleich auch die Grenzen des tarifautonomen Handelns und des Regels durch den Tarifvertrag ableiten.¹⁷¹ Die Mitgliedschaft kann die durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete und durch Gesetze ausgestaltete Tarifautonomie allein nicht erklären. Vor allem die Normsetzungsbefugnis (mit den in § 3 Abs. 3 TVG, § 613a Abs. 1 S. 2–4 BGB angeordneten Wirkungen) und der Arbeitskampf, der die Nichtorganisierten einbezieht, sind wesentliche Elemente der Tarifautonomie, die sich nicht nur aus dem Mitgliederwillen speisen können.¹⁷² Die Mitgliedschaft bestimmt lediglich im Grundsatz die personelle Reichweite der durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten und durch das Tarifvertragsgesetz näher ausgestalteten Tarifautonomie. Das ändert jedoch nichts daran, dass das tarifvertragliche Gestalten und Regeln mit normativer Wirkung Auswirkung auch auf andere als Organisierte haben kann. Den Tarifparteien kommt über den Schutz der Mitglieder hinaus eine Ordnungsfunktion zu, in der sie Interessen der Arbeitnehmer und Arbeitgeber repräsentieren (siehe auch § 1 Satz 2 AEntG). Das zeigt sich namentlich daran, dass die Koalitionen die Vergütungsstruktur der abhängigen Arbeit insgesamt prägen.¹⁷³

¹⁷⁰ Siehe z.B. BVerfG 24. 5. 1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 347 f.; *Biedenkopf*, Grenzen der Tarifautonomie, 102 ff, 308 ff.

¹⁷¹ Anders zuletzt *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, 101 ff., 126 ff. m. Nachw. Inwieweit sich die Konzeption *Hartmanns* mit der Rechtsordnung vereinbaren lässt, ist hier nicht zu fragen.

¹⁷² Vgl. *Wiedemann*, BB 2013, 1397, 1400; *Waltermann*, RdA 2014, 86, 88.

¹⁷³ Siehe näher *Wiedemann*, RdA 1997, 297, 298 ff. Zum hier vertretenen Standpunkt *Waltermann*, ZfA 2000, 53 ff.

Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln erweisen sich vor diesem Hintergrund, was die personelle Reichweite der Zuständigkeit der Koalitionen angeht, als unproblematisch.¹⁷⁴ Sie gestalten die Rechtsverhältnisse der Gewerkschaftsmitglieder, wenn sie auch Auswirkungen auf nicht- oder anders Organisierte sowie Arbeitgeber haben und diese, wie bei Differenzierungsklauseln in Gestalt der Spannenklausel, sogar gezielt in den Blick nehmen.

IV. Differenzierungsklauseln, insbesondere Spannenklausel und Normensetzungsbefugnis der Tarifparteien – Gestaltung durch Rechtsnormen eines Tarifvertrags?

Tarifverträge regeln gemäß § 1 Abs. 1 TVG zum einen die schuldrechtlichen Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien. Sie enthalten zum anderen Rechtsnormen, die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen ordnen können. Was Differenzierungsklauseln betrifft, wird zum Teil in Zweifel gezogen, dass diese mit normativer Wirkung vereinbart werden können.¹⁷⁵

1. Bedeutung

Die Frage, ob Differenzierungsklauseln durch Rechtsnormen des Tarifvertrags gemäß § 1 Abs. 1 TVG mit unmittelbarer und zwingender Wirkung für die tarifgebundenen Arbeitnehmer gemäß § 4 Abs. 1, 3 Abs. 1 TVG gestaltet werden können, hat praktische Bedeutung. Denn mit der Vereinbarung lediglich schuldrechtlicher Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien könnten nicht dieselben praktischen Wirkungen erzielt werden. Bei einer Gestaltung durch Rechtsnormen des Tarifvertrags sind die Arbeitgeber an die Gestaltung gebunden. Bei einer schuldrechtlichen Vereinbarung dagegen treffen die Arbeitgeber nur dann Verpflichtungen, wenn sie einen Firmentarifvertrag geschlossen haben. Beim Verbandstarifvertrag ist dagegen der Arbeitgeberverband verpflichtet. Die Gewerkschaft könnte von dem Arbeitgeberverband lediglich verlangen, dass er auf seine

¹⁷⁴ Überzeugend S. Neumann, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 70 ff.

¹⁷⁵ Vgl. Greiner, DB 2009, 398, 399 f. Siehe auch BAG 23. 3. 2011 – 4 AZR 366/09, BAGE 137, 231 = NZA 2011, 920 Rn. 38 ff.

Mitglieder einwirkt, wenn sie sich nicht an die schuldrechtliche Tarifvereinbarung halten.¹⁷⁶ Schuldrechtliche Tarifvereinbarungen haben ferner keine Nachwirkung. Es empfiehlt sich also, Differenzierungsklauseln in allen praktisch relevanten Erscheinungsformen durch Tarifnormen (§§ 1 Abs. 1, 4 Abs. 1, 3 Abs. 1 TVG) zu gestalten.

2. Einfache Differenzierungsklauseln

Einfache Differenzierungsklauseln können unproblematisch durch Tarifnormen gestaltet werden. Die Normensetzungsbefugnis der Tarifvertragsparteien ist ohne weiteres gegeben. Die einfache Differenzierungsklausel gestaltet allein die Arbeitsverhältnisse der Organisierten.¹⁷⁷ Dass einfache Differenzierungsklauseln die *Auswirkung* haben, dass nicht oder anders Organisierte die tatbestandlichen Voraussetzungen der Tarifnorm nicht erfüllen, ändert daran nichts. Dies liegt nicht an der normativen Wirkung der Tarifklausel. Das Dargelegte gilt sowohl für Gewerkschaftsmitgliedern vorbehaltene Vergünstigungen monetärer Art als auch für andere Gegenstände wie etwa besonderen Kündigungsschutz.

Dieser Sichtweise folgt zu Recht auch das BAG in seiner ersten neueren Entscheidung vom 18. März 2009.¹⁷⁸ Danach liegt die Grenze der Normensetzungsbefugnis der Tarifvertragsparteien darin, dass sie keine Abschluss-, Inhalts- und Beendigungsnormen vereinbaren können, die unmittelbar für nicht Tarifgebundene normativ gelten. Eine Tarifregelung, die Pflichten von Nichtmitgliedern regelte, könnte vergleichbar einem Vertrag zu Lasten Dritter keine Wirkung entfalten.

3. Spannenklauseln

Auch bei Spannenklauseln werden die nicht oder anders Organisierten nicht zu Adressaten der Tarifnorm.¹⁷⁹ Daran ändert nichts, dass ihr Mechanismus dann ausgelöst wird, wenn Arbeitgeber nicht oder anders Organisierte arbeitsvertraglich gleichstellen. Denn dieser Umstand löst lediglich eine tatbestandliche Voraussetzung aus, die an die gemäß § 3 Abs. 1 TVG Tarifgebunden gerichtet bleibt. Zu Recht hat schon *Franz Gamillscheg* davon gesprochen, dass die Außenseiter

¹⁷⁶ Siehe näher *Leydecker*, Der Tarifvertrag als exklusives Gut, 39 f.; *S. Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 90.

¹⁷⁷ Siehe schon BAG 29. 11. 1967 – GS 1/67, BAGE 20, 175, 198. Ferner BAG 18. 3. 2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1029, 1034.

¹⁷⁸ BAG 18. 3. 2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1029, 1034.

¹⁷⁹ *Bauer/Arnold*, NZA 2011, 945, 948; *Jacobs*, FS Bauer, 479, 484; *S. Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 94 f.

lediglich Bezugsgröße seien.¹⁸⁰ Eine entgegengesetzte Bewertung kann nur in Betracht ziehen, wer die Spannenklausel durch Auslegung in eine Tarifausschlussklausel umdefiniert, weil es sich bei Spannenklauseln um gewissermaßen getarnte normative Gestaltungen der Außenseiterarbeitsverhältnisse handele. Die Spannenklausel kann jedoch nicht unvermittelt als Verbot der Gleichstellung, also als Tarifausschlussklausel aufgefasst werden.¹⁸¹

4. Tarifausschlussklauseln, Organisations- und Absperrklauseln

Tarifausschlussklauseln, Organisationsklauseln und Absperrklauseln gestalten die Rechtsverhältnisse von Außenseitern. Das ist mit normativer Wirkung gemäß §§ 1 Abs. 1, 4 Abs. 1, 3 Abs. 1 TVG nicht möglich. Den Tarifvertragsparteien fehlt für diese Gestaltungen die Normensetzungsbefugnis.¹⁸²

V. Inhaltliche Rechtmäßigkeit insbesondere von Spannenklauseln – Verstoß gegen die Vertragsfreiheit der nicht oder anders Organisierten oder der Arbeitgeber?

Differenzierungsklauseln dürfen inhaltlich nicht gegen höherrangiges Recht verstoßen. Verstoßen Differenzierungsklauseln gegen höherrangiges Recht, sind sie unwirksam. Zum höherrangigen Recht gehört die verfassungsrechtlich garantierte Vertragsfreiheit. Das hat bei der Absicherung einer Differenzierung durch eine Spannenklausel besondere Bedeutung. Der Schwerpunkt der Diskussion um die Rechtmäßigkeit von Differenzierungsklauseln in Gestalt der Spannenklausel hat sich zu Recht in den letzten Jahren zu dem Gesichtspunkt eines eventuellen Verstoßes gegen die Vertragsfreiheit von nicht oder anders organisierten Arbeitnehmern und der Arbeitgeber verlagert.¹⁸³

¹⁸⁰ *Gamillscheg*, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, 74.

¹⁸¹ Das betont zu Recht *Deinert*, RdA 2014, 129, 131. Anders *Greiner*, DB 2009, 398, 400.

¹⁸² Vgl. *Deinert*, RdA 2014, 129, 130; *Franzen*, RdA 2006, 1, 2; *Jacobs*, FS Bauer, 479, 483 f. Näher *S. Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 92 ff.

¹⁸³ Siehe stellvertretend *Hartmann/Lobinger*, NZA 2010, 421, 422 ff.; *S. Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 194 ff; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, Rn. 1688 ff.

1. Prüfungsmaßstab

Die Vertragsfreiheit ist verfassungsrechtlich allgemein durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet, die Freiheit, Arbeitsverträge zu schließen und im Rahmen des geltenden Rechts auszugestalten, garantiert Art. 12 Abs. 1 GG.¹⁸⁴ Die Prüfung einer Differenzierungsklausel auf ihre Vereinbarkeit mit der durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleisteten Vertragsfreiheit der nicht oder anders Organisierten und der Arbeitgeber folgt daher im Ausgangspunkt den vom Bundesverfassungsgericht für die Strukturierung der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Anwendungsbereich von Art. 12 Abs. 1 GG entwickelten Maßstäben der Stufenlehre.¹⁸⁵

2. Maß der Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien

Umstritten ist das Maß der Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien bei der Rechtsnormensetzung durch Tarifvertrag.

a) Das BAG hat auf der Basis der Delegationslehre bis zum Ende der Neunzigerjahre eine unmittelbare Grundrechtsbindung vertreten. Diese Auffassung hat die Rechtsprechung über Jahrzehnte geprägt. Ende der Neunzigerjahre hat das BAG die Sichtweise geändert. Inzwischen geht das BAG von einer mittelbaren Grundrechtswirkung aus.¹⁸⁶

b) Mit der Frage der unmittelbaren oder mittelbaren Grundrechtsbindung ist die noch ungeklärte Streitige Frage nach dem Maß der Grundrechtsbindung bei Eingriffen in Freiheitsrechte verbunden. Es geht darum, ob eine Verhältnismäßigkeitsprüfung in dem Sinn geboten ist, wie sie das Bundesverfassungsgericht bei der Grundrechtskontrolle von staatlichen Akten durchführt oder aber ein milderer Maßstab anzulegen ist.¹⁸⁷ Die Frage ist im vorliegenden Zusammenhang nicht auszubreiten. Auch wenn man mit dem BAG von einer mittelbaren Ausstrahlungswirkung der Grundrechte ausgeht, spricht angesichts der normativen Wir-

¹⁸⁴ Siehe nur BVerfG 7. 2. 1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242, 254; BVerfG 11. 7. 2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 221; Maunz/Dürig/Di Fabio, Art. 2 Rn. 103; Söllner, RdA 1989, 144, 148.

¹⁸⁵ Siehe grundlegend BVerfG 1. 6. 1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377 397 ff., ferner nur Sachs/Mann, GG, Art. 12 Rn. 125 ff., m. Nachw.

¹⁸⁶ Zuerst BAG 25. 2. 1998 – 7 AZR 641/96, BAGE 88, 118, 123 = NZA 1998, 715, 716; siehe ferner BAG 30. 8. 2000 – 4 AZR 563/99, BAGE 95, 277 ff. = NZA 2001, 613 ff. Zusammenfassend BAG 27. 5. 2004 – 6 AZR 129/03, BAGE 111, 8 ff. = NZA 2004, 1399 ff.

¹⁸⁷ Für Letzteres grundlegend Dieterich, FS Schaub, 1998, 117 ff. Für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung dagegen S. Neumann, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 110 ff.; Waltermann, FS 50 Jahre BAG, 2004, 913, 924 ff. Siehe ferner ErfK/Schmidt, Einl. GG Rn. 46 ff.

kung des Tarifvertrags einiges dafür, dass die an die Verfassung gebundenen Gerichte nicht nur auf die strikte Wahrung der Gleichheitssätze zu achten haben, sondern auch darauf, dass nicht in Freiheitsrechte unverhältnismäßig eingegriffen wird. Auch wenn man wegen der rechtsgeschäftlichen Entstehung des Tarifvertrags die unmittelbare Grundrechtsbindung verneint, ist die private Rechtsnormensetzung durch Tarifvertrag nicht mit dem privatautonomen Geben und Nehmen beim Vertragsschluss zwischen Privaten vergleichbar. Der Vertragsschluss zwischen Privaten wirkt typischerweise für und gegen die Vertragsparteien. Der Tarifvertrag richtet sich dagegen, auch wenn ein mitgliedschaftlicher Bezug durch Beitritt zur Koalition besteht, an Dritte, die am Vertragsschluss nicht beteiligt sind, und er kann für diese Dritten belastende Regelungen enthalten. Tarifverträge wirken gemäß §§ 1 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG wie Gesetze. Diese Besonderheiten haben auch für das Maß der Grundrechtsbindung der tarifvertraglichen Rechtsetzung Bedeutung. Der Blick richtet sich nicht in erster Linie auf das privatrechtliche Rechtsverhältnis zwischen den Tarifparteien, sondern auf die Wirkung der Tarifvereinbarung. Den Besonderheiten der Tarifautonomie gegenüber der staatlichen Reglementierung mit Auswirkung auf Freiheit und Gleichheit kann im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung Rechnung getragen werden.¹⁸⁸

Die normative Wirkung des Tarifvertrags bezieht sich gemäß §§ 4 Abs. 1, 3 Abs. 1 TVG auf die Tarifgebundenen. Bei der Frage der Rechtmäßigkeit von Differenzierungsklauseln geht es aber nicht um Wirkungen gegenüber Tarifgebundenen, sondern um die Auswirkung auf Außenseiter und Arbeitgeber. Die nicht oder anders organisierten Arbeitnehmer und die verbandsangehörigen Arbeitgeber sind bei Spannenklauseln zwar nicht Normadressaten. Die Differenzierungsklausel beeinflusst sie aber indirekt. Jedenfalls deshalb ist in meiner Bewertung, unabhängig von der angedeuteten Streitfrage, eine strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung der Differenzierungsklausel angezeigt. Es mag sein, dass die die Praxis bestimmende Rechtsprechung des BAG in Konsequenz ihres seit 1998 eingeschlagenen Wegs der Prüfung tarifvertraglicher Gestaltungen auf die Vereinbarkeit mit Freiheitsrechten auch im hier interessierenden Zusammenhang einen milderen Maßstab anwenden könnte.

c) Eine Reduzierung der Maßstäbe der Grundrechtsprüfung gegenüber einer strikten Verhältnismäßigkeitskontrolle lässt sich im vorliegenden Zusammenhang nicht unter dem Gesichtspunkt rechtfertigen, dass Tarifverträgen eine „Richtigkeitsgewähr“ zukomme. Das BAG und Teile des arbeitsrechtlichen

¹⁸⁸ Näher zum hier vertretenen Standpunkt *Waltermann*, FS 50 Jahre BAG, 2004, 913, 924 ff. m. Nachw.

Schrifttums¹⁸⁹ sprechen von einer „Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrags“, der *Vierte Senat* des BAG zuletzt etwas zurückhaltender von einer „Angemessenheitsvermutung“.¹⁹⁰

Das Postulat von der Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrags müsste man schon im Grundsatz kritisch hinterfragen.¹⁹¹ Richtigkeitsgewähr ist jedenfalls nicht als Rechtsbegriff zu verstehen, aus dem Rechtsfolgen abgeleitet werden könnten. Es handelt sich um einen Gedanken, der durch die Rechtsordnung auszuformen ist und der einer Rechtskontrolle nicht entgegensteht. Tarifverträge sind auf ihre Vereinbarkeit mit Gesetz und Verfassung überprüfbar, und im Zweifel entscheidet über die Richtigkeit einer Gestaltung die Rechtsordnung. Das gilt auch für die Gestaltung von Differenzierungsklauseln. Es kann dem Gedanken der Richtigkeitsgewähr letzten Endes nur darum gehen, den Bereichen der Privatautonomie (für den dieser Gedanke zunächst entwickelt wurde¹⁹²) und der Tarifautonomie die staatlich gewährleistete Gestaltungsfreiheit im Autonomiebereich zu attestieren und zum Ausdruck zu bringen, dass die notwendigen rechtlichen Ausgestaltungen und Begrenzungen des autonomen Handelns durch Gesetzgeber und Rechtsprechung mit Respekt vor der gewährleisteten Autonomie und unter Wahrung der verfassungsrechtlichen Freiheit vorzunehmen sind. Es soll nicht eine Beurteilung der Gerichte an die Stelle der Beurteilung der Koalitionen treten. Im Zusammenhang mit Differenzierungsklauseln ist zu berücksichtigen, dass es um die Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf Außenseiter geht, die nicht Mitglied der Koalition geworden sind.

3. Einfache Differenzierungsklauseln

Einfache Differenzierungsklauseln greifen bereits nicht in die Vertragsfreiheit von Außenseitern und Arbeitgebern ein. Es steht ihnen frei, das im Tarifvertrag Geregelter arbeitsvertraglich zu übernehmen. Die einfache Differenzierungsklausel führt lediglich dazu, dass die bloße Bezugnahme auf den Tarifvertrag oder die Allgemeinverbindlicherklärung nicht zu einer Gleichstellung mit den Organisier-

¹⁸⁹ Siehe stellvertretend BAG 28. 3. 2008 – 1 ABR 58/04, BAGE 117, 308 ff. = NZA 2006, 1112 ff. m. w. Nachw.; Wiedemann/*Thüsing*, TVG, § 1 Rn. 246 ff. Ausführlich zum Thema *Krämer*, Die Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrags.

¹⁹⁰ BAG 20. 2. 2008 – 4 AZR 64/07, BAGE 126, 75 Rn. 44; BAG 22. 4. 2009 – 4 AZR 111/08, BAGE 130, 264 Rn. 28; BAG 21. 5. 2014 – 4 AZR 50/13, NZA 2015, 115 Rn. 29.

¹⁹¹ Zum hier vertretenen (kritischen) Standpunkt näher *Waltermann*, RdA 2014, 86, 88 f. Zusammenfassend *Waltermann*, Arbeitsrecht, Rn. 646a. Grundsätzlich *Krämer*, Die Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrags, 79 ff.

¹⁹² Von *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), 130 ff. Siehe auch *dens.*, FS Raiser, 3 ff.

ten führen, weil die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Gewährung des Vorteils nicht vorliegen.¹⁹³

4. Spannenklauseln

Was Spannenklauseln angeht, ist zu differenzieren.

a) Nicht und anders Organisierte

Nicht organisierte und anders organisierte Arbeitnehmer sind in ihrer Vertragsfreiheit auch durch die Spannenklausel nicht betroffen.¹⁹⁴ Denn sie können mit dem Arbeitgeber arbeitsvertraglich diejenigen Vertragsbedingungen vereinbaren, die der Tarifvertrag den Gewerkschaftsmitgliedern vorbehält. *Einzelne Arbeitnehmer* können jeweils eine entsprechende Vereinbarung mit dem Arbeitgeber treffen, ohne dass dies den Mechanismus der Spannenklausel auslöst. Denn der Mechanismus der Spannenklausel wird nach allgemeiner Ansicht nur ausgelöst, wenn der Arbeitgeber die nach der Spannenklausel den Gewerkschaftsmitgliedern vorbehaltene Leistung durch eine *kollektive Gestaltung* (durch Formulararbeitsvertrag oder durch Gesamtzusage) gewährt.¹⁹⁵

b) Arbeitgeber

Dagegen wird der Arbeitgeber, wenn auch nicht rechtlich, so aber doch tatsächlich daran gehindert, Außenseitern durch eine kollektive Gestaltung (durch Formulararbeitsvertrag oder Gesamtzusage) einen den Gewerkschaftsmitgliedern im Tarifvertrag vorbehaltenen Vorteil zu geben. Denn dies würde den für ihn wirtschaftlich ungünstigen Mechanismus der Spannenklausel auslösen. Darin liegt eine Einschränkung der Vertragsfreiheit, welche als Beschränkung der Be-

¹⁹³ Siehe BAG 18. 3. 2009 – 4 AZR 64/08, BAGE 130, 43 = NZA 2009, 1028, 1034; *Leydecker*, Der Tarifvertrag als exklusives Gut, 206 ff.; *S. Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 197. Siehe auch BAG 15. 4. 2015 – 4 AZR 796/13 BB 2015, 2362 Rn. 48 ff.

¹⁹⁴ *Däubler/Henschel/Heuschmid*, TVG, § 1 Rn. 1004; *S. Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 199; *Leydecker*, Der Tarifvertrag als exklusives Gut, 206 f.; *J. Schubert*, ZTR 2011, 579, 583. Anders *Franzen*, RdA 2006, 1, 5 ff.; *Hartmann/Lobinger*, NZA 2010, 421, 424.

¹⁹⁵ Siehe *Däubler/Heuschmid*, RdA 2013, 1, 6; *Gamillscheg*, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, 74 f.; *A. Hueck*, Tarifausschlussklausel und verwandte Klauseln im Tarifvertragsrecht, 16; *Leydecker*, Der Tarifvertrag als exklusives Gut, 171 ff.; *ders.*, AuR 2006, 11, 15.; *S. Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 199; *Zöllner*, Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln, 17.

rufsausübungsfreiheit im Stufenmodell des Bundesverfassungsgerichts anzusehen ist.¹⁹⁶ Dabei ist davon auszugehen, dass nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch faktische Beeinträchtigungen dem Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG unterfallen, es ist nicht erforderlich, dass sich die Berufsfreiheit schon dem Zweck der Regelung nach als eingeschränkt erweist.¹⁹⁷

c) Rechtfertigung des Eingriffs

Ist die Spannenklausel also mit einem Eingriff in die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers verbunden, kommt es entscheidend darauf an, ob dieser Eingriff gerechtfertigt ist oder nicht. Auf diese Frage geht das BAG in seiner zweiten neueren Entscheidung zu Differenzierungsklauseln vom 23. März 2011 nicht ein.¹⁹⁸ Der *Vierte Senat* stellt lediglich fest, dass Spannenklauseln den Arbeitgebern die Gleichstellung rechtlich-logisch unmöglich machten (was nach der hier vertretenen Auffassung nicht überzeugen vermag, siehe Seite 55 ff.). Auch im Schrifttum wird die Verletzung der Vertragsfreiheit damit begründet, dass die Spannenklausel dazu diene, die Vertragsgestaltung des Arbeitgebers zu beeinflussen,¹⁹⁹ mit der Feststellung eines Eingriffs in die Vertragsfreiheit verbindet sich dann ohne weiteres die Bewertung als rechtlich unzulässig, da es an einer gesetzgeberischen Erlaubnis fehle.²⁰⁰

aa) Ein rechtswidriger Übergriff in die Vertragsfreiheit ist nur dann gegeben, wenn der Eingriff in den Schutzbereich der verfassungsrechtlich gewährleisteten Vertragsfreiheit in der Rechtsordnung keine Rechtfertigung findet. Darauf geht die Entscheidung des *Vierten Senats* vom 23. März 2011²⁰¹ nicht ein. Das war aber erforderlich. Möglicherweise wird das Erfordernis, die Rechtfertigung eines Eingriffs in die Vertragsfreiheit zu prüfen, durch den (nach der hier vertretenen Auffassung zu kritisierenden, siehe Seite 53 ff.) gedanklichen Ausgangspunkt des *Vierten Senats* bei dem Erst-recht-Schluss aus dem Günstigkeitsprinzip gemäß § 4 Abs. 3, 2. Fall TVG verdeckt.

bb) Bei der Untersuchung der Frage, ob die Vorteilsgewährung in Gestalt einer Spannenklausel gerechtfertigt ist, sind die durch die Art. 9 Abs. 3 GG geschützte

¹⁹⁶ Vgl. S. Neumann, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 199.

¹⁹⁷ Siehe nur BVerfG 30. 10. 1961 – 1 BvR 833/59, BVerfGE 13, 181, 185 f., 187; BVerfG 17. 10. 1984 – 1 BvL 18/82 u. a., BVerfGE 68, 155, 170 f.

¹⁹⁸ BAG 23. 3. 2011 – 4 AZR 366/09, BAGE 137, 231 ff. = NZA 2011, 920, 923 ff. Zu Recht kritisch S. Neumann, Anm. AP Nr. 147 zu Art. 9 GG (unter III. 2. c); Leydecker, AuR 2012, 195, 198; J. Schubert, ZTR 2011, 579, 583 f.

¹⁹⁹ Vgl. Franzen, RdA 2006, 1, 6; Hartmann/Lobinger, NZA 2010, 421, 423.

²⁰⁰ Franzen, RdA 2006, 1, 6.

²⁰¹ BAG 23. 3. 2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920 ff.

Bestandsgarantie der Gewerkschaft und die im hier gegebenen Zusammenhang gemäß Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Vertragsfreiheit der Arbeitgeber gegeneinander abzuwägen. Betroffen ist auf der Seite der Arbeitgeber nicht der Wahlaspekt, sondern die Berufsausübungsfreiheit, die nicht den erhöhten Schutz der Wahlfreiheiten genießt, sondern unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips eingeschränkt werden kann.

cc) Legt man den dargelegten Maßstab einer strikten Verhältnismäßigkeitsprüfung an (siehe Seite 69 ff.), gilt insoweit: Die Vorteilsregelung soll einen Anreiz für den Verbleib in der Gewerkschaft und einen Anreiz für nicht Organisierte zum Beitritt in die Gewerkschaft begründen. Darin liegen ohne weiteres legitime Ziele, die auch zu einer Stärkung der von der Rechtsordnung mit einer Gestaltungsprärogative bevorzugten Tarifautonomie führen können. Das in Verfolgung dieser legitimen Ziele eingesetzte Mittel der Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit ist dann rechtmäßig, wenn die Beschränkung nicht übermäßig erscheint. Dann findet ein verhältnismäßiger Ausgleich der Interessen statt.²⁰²

Was das betrifft, ist zu bedenken, dass Spannenklauseln mit ihrem Mechanismus zu einem zielführenden tatsächlichen Druck auf den tarifgebundenen Arbeitgeber führen, den Automatismus durch ein *kollektives* Versprechen derselben Leistung an Außenseiter nicht auszulösen. Andere effektive Mittel neben der Spannenklausel (und der Tarifausschlussklausel), die vergleichbar milde das Ziel der Differenzierung sichern könnten, sind nicht erkennbar. Vertragsfreiheit sichert nicht den Anspruch auf bestimmte Vertragsinhalte,²⁰³ und Exklusivverträge sind an sich nichts Besonderes. Die Absicherung der Differenzierung durch eine Spannenklausel ist auch verhältnismäßig im engeren Sinn. Es wird eine bestimmte Vertragsgestaltung tarifgebundenen Arbeitgebern zielführend so erschwert, dass sie von ihr absehen werden. Das ist, wenn nicht Umstände hinzutreten, welche die Tarifregelung im Einzelfall unverhältnismäßig machen, beim vom Arbeitgeber selbst geschlossenen Firmentarifvertrag und bei Bindung an einen Verbandstarifvertrag angesichts des Gewichts der verfolgten rechtmäßigen und beachtlichen Regelungsziele hinzunehmen. Die deutsche Tarifautonomie strebt in ihrer verfassungsrechtlichen Ausrichtung und in ihrer parlamentsgesetzlichen Ausgestaltung (vgl. §§ 4 Abs. 1, 3 Abs. 1 TVG) nicht nach Gleichbehandlung von Organisierten und Außenseitern, sie ist vielmehr auf Differenzierung angelegt.

²⁰² In diesem Sinn überzeugend *Leydecker*, AuR 2012, 195, 198 ff.; *Kamanabrou*, FS Kreutz, 196, 207 f.; *S. Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 201 f.; *J. Schubert*, ZTR 2011, 579, 584 ff. Siehe auch *Waltermann*, Arbeitsrecht, Rn. 516 a. E.

²⁰³ *Deinert*, RdA 2014, 129, 131; *Gamillscheg*, NZA 2005, 146, 148; *J. Schubert*, ZTR 2011, 579, 584.

Die Rechtsprechung hat das im Zusammenhang mit Spannenklauseln sowohl 1967 als auch 2011 nicht zum Ausdruck gebracht, sondern die gegenläufige Wertung der Gleichheit (siehe Seite 29 ff.) überbetont.

Besteht zeitlich vor der tarifvertraglichen Spannenklausel eine Vertragsklausel, welche nach ihrem (ausgelegten) Inhalt die in der tarifvertraglichen Spannenklausel angelegte Spirale ohne Ende in Gang setzen würde (siehe oben Seite 58), kollidiert die Differenzierungsklausel mit ausgeübter Vertragsfreiheit. Wenn das beabsichtigt sein sollte, ist die Differenzierungsklausel unverhältnismäßig und damit unwirksam. Ansonsten ist die Tarifklausel dahin auszulegen, dass sie, ihrem Schutzziel entsprechend, auf künftige kollektive Vertragsgestaltungen bezogen ist; dies sollte in der Differenzierungsklausel klargestellt werden.

5. Tarifausschlussklauseln

Wie dargelegt (siehe Seite 68), können die Tarifvertragsparteien mit Tarifausschlussklauseln die Außenseiter normativ nicht erreichen, dazu fehlt ihnen die Normensetzungsbefugnis. Eine Klausel in einem Formulararbeitsvertrag, die nicht oder anders Organisierten den nach dem Tarifvertrag den Gewerkschaftsmitgliedern vorbehaltenen Vorteil entgegen dem Verbot gewährt, ist wirksam.²⁰⁴

Nun sind aber Tarifausschlussklauseln gleichwohl *tatsächlich* geeignet, Arbeitgeber von einer mit der Tarifvereinbarung nicht in Einklang stehenden Vertragsgestaltung in Formulararbeitsverträgen abzuhalten. Bei einem Firmentarifvertrag würde der Arbeitgeber gegen die von ihm selbst eingegangene tarifvertragliche Verpflichtung verstoßen. Beim Verbandstarifvertrag besteht die Möglichkeit, dass der Arbeitgeberverband es unternimmt, auf den Arbeitgeber einzuwirken. Es kommt also insoweit auch ein Eingriff in die Vertragsfreiheit von Arbeitgebern durch Tarifausschlussklauseln in Betracht. Wie dargelegt (siehe Seite 73), unterfallen auch faktische Beeinträchtigungen dem Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG; es ist nicht erforderlich, dass sich die Berufsfreiheit schon dem Zweck der Regelung nach als eingeschränkt erweist.

Wie bei der Spannenklausel kann dieser Eingriff jedoch gerechtfertigt sein. Auch bei der Tarifausschlussklausel dient die Beschränkung der Vertragsfreiheit dazu, die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Bestandsgarantie der Gewerkschaft durch

²⁰⁴ Siehe nur *Gamillscheg*, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, 70; *Kamanabrou*, FS Kreutz, 197, 201; *S. Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 197.

Bildung von Anreiz zum Gewerkschaftsbeitritt und zum Verbleib in der Gewerkschaft zu unterstützen.²⁰⁵ Das mit der Tarifausschlussklausel bei tatsächlicher Beeinflussung der Entscheidungsfreiheit des tarifgebundenen Arbeitgebers zu verfolgen, erscheint, auch wenn man eine stringente Verhältnismäßigkeitsprüfung vornimmt, (siehe Seite 69 ff.) angemessen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Tarifausschlussklausel nicht untersagt, dass Arbeitgeber an anderer Stelle allen Arbeitnehmern formulararbeitsvertraglich einen Vorteil gewähren.²⁰⁶

6. Kündigungsschutz bei betriebsbedingter Kündigung

Tarifvertragsklauseln, die Gewerkschaftsmitgliedern besonderen Kündigungsschutz bei betriebsbedingten Kündigungen gewähren, greifen in die durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Freiheit der Arbeitsplatzwahl ein. Die verfassungsrechtlich gewährleistete freie Arbeitsplatzwahl schützt auch, den gewählten Arbeitsplatz zu behalten.²⁰⁷ Die Gewährleistung der freien Wahl des Arbeitsplatzes hat dabei einen mit der Gewährleistung der freien Berufswahl vergleichbaren Stellenwert.²⁰⁸ Es gelten für die Frage der Rechtfertigung eines Eingriffs in die freie Arbeitsplatzwahl dieselben Grundsätze wie für die Einschränkung der freien Berufswahl. Eine Beschränkung der freien Wahl des Arbeitsplatzes ist nach der Stufenlehre nur zu rechtfertigen, wenn sie zum Schutz eines überragenden Gemeinschaftsguts erfolgt. Allerdings ist auch hier zu berücksichtigen, dass das BAG bei Freiheitsrechten im Grundsatz eine gegenüber der strikten Verhältnismäßigkeitsprüfung verdünnte Grundrechtskontrolle vornimmt (siehe Seite 70).

Wie dargelegt, handelt es sich bei Differenzierungsklauseln in der Gestalt von Schutzklauseln für den Fall betriebsbedingter Kündigungen um Gestaltungen, die Außenseiter sehr nachhaltig betreffen (E. III. 1. e). In meiner Bewertung erscheint es, was das gewählte Mittel angeht, nicht verhältnismäßig, wenn bei betriebsbedingten Kündigungen der Kündigungsschutz nicht Organisierter durch eine Bevorzugung von Gewerkschaftsmitgliedern geschwächt würde.²⁰⁹ Unabhängig von der Rechtsfrage wird man fragen, ob durch eine so gestaltete Vorteilsregelung ein richtiges Signal gesetzt wäre.

²⁰⁵ *Kamanabrou*, FS Kreutz, 197, 207 f; *S. Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 201.

²⁰⁶ Vgl. *Gamillscheg*, BB 1967, 45, 51; *Leydecker*, Der Tarifvertrag als exklusives Gut, 232; *S. Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 201.

²⁰⁷ BVerfG 24. 4. 1991 – 1 BvR 1341/90, BVerfGE 84, 133, 146.

²⁰⁸ BVerfG 24. 4. 1991 – 1 BvR 1341/90, BVerfGE 84, 133, 146 ff.; *Jarass/Pieroth/Jarass*, Art. 12 Rn. 37.

²⁰⁹ Vgl. *Franzen*, RdA 2006, 1, 4 f; *Gamillscheg*, NZA 2005, 146, 150; *S. Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 203.

G. Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz?

I. Alle Vorteilsregelungen für Gewerkschaftsmitglieder, auch einfache Differenzierungsklauseln, bezwecken und begünstigen tatsächlich eine ungleiche Behandlung von Organisierten und Außenseitern. Die Tarifparteien behandeln also eine Gruppe anders als eine andere Gruppe. Dem staatlichen Gesetzgeber wäre es gemäß Art. 3 Abs. 1 GG untersagt, eine Gruppe anders zu behandeln als eine andere, wenn beide Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht aufweisen, welche die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen könnten.²¹⁰ Allerdings springt im vorliegenden Zusammenhang schon bei erstem Hinsehen ins Auge, dass derartige Unterschiede in der Rechtsordnung angelegt sind: Art. 9 Abs. 3 GG geht von der Mitgliedschaft in Gewerkschaften aus, und das Tarifrecht ist durch die Unterscheidung von Organisierten und Außenseitern geprägt (vgl. §§ 4 Abs. 1, 3 Abs. 1 TVG).²¹¹

II. Es versteht sich von selbst, dass Differenzierungsklauseln nicht *per se* zu einer Verletzung des Gleichheitsprinzips führen. Die mit Differenzierungsklauseln verbundene tatsächliche Auswirkung auf Außenseiter, die im Rahmen der Zuständigkeit der Koalitionen zur Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Grundrechtsschutz genießt, kann gerechtfertigt sein. Dies wird in der zweiten neueren Entscheidung des BAG zu Differenzierungsklauseln vom 23. März 2011²¹² nicht berücksichtigt, wenn der *Vierte Senat* ausführt, die Möglichkeit, eine Gleichstellung zwischen Außenseiter und Gewerkschaftsmitglied herbeizuführen, habe das Gesetz nicht verboten und dürfe eine Kollektivvereinbarung nicht mit normativer Wirkung verbieten.²¹³

III. Die an die Rechtfertigung einer ungleichen Behandlung anzulegenden Maßstäbe sind nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verschieden, je nachdem, ob es um die ungleiche Behandlung von Personengruppen

²¹⁰ Siehe stellvertretend BVerfGE 28. 1. 2003 – 1 BvR 487/01, BVerfGE 107, 133, 141; BVerfGE 30. 7. 2008 – 1 BvR 3262/07 u. a., BVerfGE 121, 317, 369.

²¹¹ *Gamillscheg*, NZA 2005, 146, 147.

²¹² BAG 23. 3. 2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920, 925. Kritisch dem gegenüber mit Recht *S. Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 204 f.

²¹³ BAG, a. a. O., Rn. 48.

pen oder um eine an Verhalten anknüpfende Differenzierung geht. Im erstgenannten Fall prüft das Bundesverfassungsgericht die sachliche Rechtfertigung nach Maßgabe des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, im letztgenannten Fall beschränkt es sich auf eine Willkürkontrolle (sog. neue Formel).²¹⁴

Auch wenn man an Differenzierungsklauseln die strengeren Maßstäbe des Verhältnismäßigkeitsprinzips anlegt,²¹⁵ sind Differenzierungsklauseln gerechtfertigt. Im Ausgangspunkt ist zu bedenken, dass Differenzierungsklauseln einer verständlichen Bestrebung der Arbeitgeber entgegenwirken sollen, durch Bezugnahme auf den Tarifvertrag den Anreiz für einen Gewerkschaftsbeitritt zu verringern. Die Bezugnahmeklauseln bewirken darüber hinaus, dass es für Arbeitnehmer, die Mitglied in der Gewerkschaft sind, keinen ökonomischen Nachteil mit sich bringt, wenn sie aus der Gewerkschaft austreten. Es geht also darum, dem Bestreben der Arbeitgeber, durch kollektiv angelegte Vertragsgestaltung Gleichheit herzustellen, auf der Tarifebene in Einklang mit der im Grundgesetz angelegten und im TVG eindeutig ausgestalteten Unterscheidung nach Organisierten und Außenseitern etwas entgegenzusetzen.²¹⁶ Die zur Verfolgung eines legitimen Ziels geeignete Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit ist, wenn dieses Mittel nicht ein unangemessenes Ausmaß erreicht, eine in den tarifautonomen Einschätzungsspielraum der Koalitionen fallende Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, die zur Stützung der Tarifautonomie beitragen kann. Die Differenzierung ist erst dann unverhältnismäßig, wenn ein Beitrittsdruck erzeugt wird, welcher zugleich die negative Koalitionsfreiheit verletzt (oben Seite 43 ff.) oder wenn ein nicht gerechtfertigter Eingriff in die Vertragsfreiheit erfolgt (oben Seite 62 ff.).

²¹⁴ Siehe stellvertretend BVerfG 20. 4. 2004 – 1 BvR 1748/99, BVerfGE 110, 274, 291 m. w. Nachw.). Zur Rechtsprechung des BAG vgl. BAG 15. 4. 2015 – 4 AZR 796/13, BB 2015, 2362 Rn. 30.

²¹⁵ Siehe näher S. Neumann, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 207 f. m. w. Nachw.

²¹⁶ Überzeugend S. Neumann, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 210.

H. Gesetzliche Grenzen

Die Gestaltung von Differenzierungsklauseln darf nicht gegen staatliche Gesetze verstoßen.²¹⁷ Von den im rechtswissenschaftlichen Schrifttum diskutierten Gesetzesbestimmungen²¹⁸ ist die Frage einer Begrenzung durch das Günstigkeitsprinzip (§ 4 Abs. 3, 2. Fall TVG) bereits abgehandelt (siehe Seite 53 ff.). Darüber hinaus ist im Folgenden noch zu der Frage Stellung zu beziehen, ob der Gestaltung von Differenzierungsklauseln entgegensteht, dass sie einer Allgemeinverbindlicherklärung nach Maßgabe von § 5 TVG im Weg stehen könnten.²¹⁹

Im arbeitsrechtlichen Schrifttum geht man zum Teil davon aus, dass die Tarifvertragsparteien keine Gestaltung vereinbaren können, die sich auf Außenseiter nicht anwenden lässt.²²⁰ Auch das BAG hat in einer Entscheidung vom 23. März 2005²²¹ angenommen, die Tarifparteien könnten keine Regelung treffen, die im Ergebnis die Erstreckung der Geltung von Tarifverträgen auf nicht tarifgebundene Arbeitnehmer durch die Allgemeinverbindlicherklärung ausschließen würde. Allerdings war in dem Fall der persönliche Geltungsbereich zur Gänze auf die Gewerkschaftsmitglieder beschränkt. Das BAG ist von den dazu angelegten Überlegungen in der ersten neueren Entscheidung zu Differenzierungsklauseln vom 18. März 2009 abgerückt.²²² § 5 TVG zwingt die Tarifparteien nicht, nur solche Regelungen zu treffen, die geeignet sind, alle Arbeitsverhältnisse in ihrem Geltungsbereich auszugestalten. Dem ist zuzustimmen. In der Tat ist ein Tarifvertrag, der neben anderen Regelungen auch eine Differenzierungsklausel

²¹⁷ Überblick zu den zugrundeliegenden Rechtsquellenfragen im Spannungsfeld von staatlichem Recht und autonomem Recht *Waltermann*, Arbeitsrecht, Rn. 118 ff. m. w. Nachw.

²¹⁸ Instruktiv abgehandelt bei *S. Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 214–231.

²¹⁹ Ausführlich abgehandelt bei *S. Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 222 ff.

²²⁰ Siehe *Böttcher*, Die gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, 111 ff., 117; *A. Hueck*, Tarifausschlussklausel und verwandte Klauseln im Tarifvertragsrecht, 35 ff.; *Mayer-Maly*, BB 1965, 829, 831 f. In neuerer Zeit *Thüsing/von Hoff*, ZfA 2008, 77, 101.

²²¹ BAG 23. 3. 2005 – 4 AZR 203/04, BAGE 114, 186 = NZA 2005, 1003.

²²² BAG 18. 3. 2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028, 1035 f. m. w. Nachw.

enthält, nicht ungeeignet, für allgemeinverbindlich erklärt zu werden.²²³ In diesem Fall bleibt die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit im allgemeinverbindlichen Zustand des Tarifvertrags genauso relevant wie zuvor ohne Allgemeinverbindlichkeit. Es steht den Tarifparteien im Übrigen frei, auf eine Einschränkung der Allgemeinverbindlicherklärung hinzuwirken.²²⁴

²²³ Siehe näher BAG 18. 3. 2009 – 4 AZR 64/08, BAGE 130, 43 = NZA 2009, 1028,1036, Rn. 65. Ebenso z. B. *Däubler/Heuschmid*, RdA 2013, 1, 5.

²²⁴ Vgl. *ErfK/Franzen*, § 5 TVG Rn. 8; *Däubler/Hensche/Heuschmid*, TVG, § 1 Rn. 1061.

I. Differenzierungsklauseln im Wettbewerb von Gewerkschaften

I. Ausgangspunkt

Wettbewerb zwischen den Gewerkschaften spielt eine inzwischen beträchtliche Rolle. Berufsgewerkschaften konkurrieren mit großen DGB-Gewerkschaften. Im Zusammenhang mit Differenzierungsklauseln stellt sich die Frage, ob durch Vorteilsregelungen in Rechte anders Organisierter und in Rechte anderer Koalitionen eingegriffen wird und wenn ja, ob und unter welchen Voraussetzungen das gerechtfertigt sein kann. Vorteilsregelungen lassen sich auch als Mittel des Wettbewerbs zwischen Gewerkschaften einsetzen.²²⁵ Der Frage ist in Bezug auf einfache Differenzierungsklauseln und qualifizierte Differenzierungsklauseln, insbesondere Spannenklauseln, nachzugehen. Sie steht in einer engen Verbindung mit Fragen des Geltungsbereichs von Tarifverträgen. Deshalb ist danach zu unterscheiden, ob Tarifeinheit oder Tarifpluralität besteht.

II. Situation bei Auflösung nach dem Prinzip der Tarifeinheit

Wird der Betrieb oder ein Teil des Betriebs des Arbeitgebers vom Geltungsbereich zweier (oder mehrerer) Tarifverträge erfasst und ist der Arbeitgeber an beide Tarifverträge gebunden, während für die Arbeitnehmer nur einer der Tarifverträge kraft Tarifbindung gilt, spricht man von Tarifpluralität. Tarifpluralität entsteht in letzter Zeit häufiger durch Tarifabschlüsse von Berufsgruppen- und Spezialgewerkschaften (man spricht auch von Sparten-gewerkschaften) wie dem Ärzteverband *Marburger Bund*, der *Gewerkschaft Deutscher Lokomotivführer* (GDL) oder der *Gewerkschaft der Fluglotsen* (GdF).

Das BAG löste über lange Jahre Tarifpluralität nach denselben Grundsätzen auf wie Tarifkonkurrenz, die vorliegt, wenn ein Arbeitsverhältnis unter den Geltungsbereich mehrerer Tarifverträge fällt, an die sowohl Arbeitgeber als auch Ar-

²²⁵ Eingehend untersucht zuletzt von S. Neumann, *Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder*, 172 ff. Siehe auch D. Ullber/Strauß, DB 2008, 1970, 1971 ff.

beitnehmer gebunden sind und die Gestaltungen dieser Tarifverträge sich überschneiden.²²⁶ Die Auflösung erfolgte nach den Grundsätzen der Tarifeinheit. Zu Recht stimmte die vorherrschende Lehre dem nicht zu.²²⁷ Begründete verfassungsrechtliche Bedenken führten dazu, dass das BAG im Jahr 2010 seine umstrittene Rechtsprechung zur Tarifeinheit im Fall der Tarifpluralität aufgegeben hat.²²⁸ Die Rechtsprechung des BAG zur Tarifeinheit bei Tarifpluralität führte u.a. zu der bedenklichen Konsequenz, dass Arbeitnehmer trotz beiderseitiger Tarifbindung keinem Tarifvertrag unterfielen, wenn der Tarifvertrag ihrer Gewerkschaft verdrängt wurde, denn auch der vorrangige Tarifvertrag findet mangels Tarifbindung bei Tarifeinheit auf diese Arbeitnehmer keine Anwendung. Der Grundsatz der Tarifeinheit setzte sich bei dieser Lösung entgegen Art. 9 Abs. 3 GG gegenüber der gemäß § 3 Abs. 1 TVG gesetzlich angeordneten Tarifbindung durch. Verletzt war sowohl die individuelle Koalitionsfreiheit der Mitglieder als auch die Koalitionsfreiheit der Tarifparteien.

Nun hat der Gesetzgeber durch das am 22. Mai 2015 beschlossene Tarifeinheitsgesetz²²⁹ die auf der Basis richterlicher Rechtsfortbildung vor der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 7. Juli 2010 geltende Rechtslage im Grundsätzlichen wiederhergestellt. Nach Maßgabe von § 4a TVG werden Tarifkollisionen im Betrieb vermieden. Soweit sich die Geltungsbereiche nicht inhaltsgleicher Tarifverträge verschiedener Gewerkschaften überschneiden, sind im Betrieb nur die Rechtsnormen des Tarifvertrags derjenigen Gewerkschaft anwendbar, die zum Zeitpunkt des Abschlusses des zuletzt abgeschlossenen kollidierenden Tarifvertrags im Betrieb die meisten in einem Arbeitsverhältnis stehenden Mitglieder hat (§ 4a Abs. 2 Satz 2 TVG).

Aus dem Dargelegten folgt, dass Differenzierungsklauseln auch in Zukunft bei der Auflösung von Tarifpluralität nach dem Prinzip der Tarifeinheit eine Rolle spielen werden. Es ist zu unterscheiden:

²²⁶ Siehe nur BAG 15. 11. 2006 – 10 AZR 665/05, BAGE 120, 182 ff. = NZA 2007, 448 ff.

²²⁷ Siehe stellvertretend *Greiner*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskämpfpluralität, 337 ff.; *Jacobs*, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, 334 ff., insbesondere 411 ff.; *Franzen*, RdA 2001, 1, 8; *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, 2004, § 4 Rn. 132 ff.; *Däubler/Zwanziger*, TVG, § 4 TVG Rn. 943 ff.; *Wiedemann/Wank*, TVG, § 4 Rn. 278 ff.

²²⁸ BAG 7. 7. 2010 – 4 AZR 549/08, BAGE 135, 80 ff. = NZA 2010, 1069 ff.; kurze Zusammenfassung bei *Waltermann*, Arbeitsrecht, Rn. 631.

²²⁹ Gesetz vom 3. 7. 2015, BGBl. I 2015, S. 1130 ff.

1. Einfache Differenzierungsklauseln

a) Ist eine Vorteilsregelung als einfache Differenzierungsklausel gestaltet, ergeben sich bei Tarifeinheit keine Besonderheiten. Die in einer anderen Gewerkschaft mit Tarifabschluss Organisierten stehen genauso da wie die nicht Organisierten. Durch die angeordnete Tarifeinheit kommt der von ihrer Gewerkschaft geschlossene Tarifvertrag nicht zur Anwendung.

b) Ein Unterschied zwischen den nicht Organisierten und den in der Gewerkschaft Organisierten, deren Tarifvertrag nicht zur Anwendung kommt, liegt allerdings darin, dass die in der anderen Gewerkschaft Organisierten an diese einen Mitgliedsbeitrag entrichten. Diese Aufwendung erweist sich als nutzlos.²³⁰ Das liegt jedoch nicht an der einfachen Differenzierungsklausel, deren entscheidendes Tatbestandsmerkmal die anders Organisierten, genauso wie die nicht Organisierten, nicht erfüllen, sondern daran, dass unter den Voraussetzungen des § 4a TVG Tarifeinheit angeordnet ist. Der Gesichtspunkt der Nutzlosigkeit der Aufwendung ist bei der Frage zu berücksichtigen, ob die vom Gesetzgeber mit dem Tarifeinheitengesetz geschaffene Rechtslage verfassungskonform ist – was man bezweifeln muss.

c) § 4a Abs. 4 TVG begründet im Fall der Kollision von Tarifverträgen im Sinne von § 4a Abs. 2 TVG einen Anspruch der „unterlegenen“ Gewerkschaft gegen den Arbeitgeber bzw. den Arbeitgeberverband auf Nachzeichnung der Rechtsnormen desjenigen Tarifvertrags, der sich nach dem Mehrheitsprinzip durchgesetzt hat. Durch das Nachzeichnungsrecht ergibt sich keine Besonderheit. Diejenigen Arbeitnehmer, deren (rechtswirksamer) Tarifvertrag gemäß § 4a Abs. 2 TVG nach dem Mehrheitsprinzip unanwendbar bleibt, erhalten die tarifvertraglichen Rechte aus dem gemäß § 4a Abs. 2 TVG anwendbaren Tarifvertrag, soweit sich Geltungsbereiche und inhaltliche Gestaltung überschneiden. Die tatbestandlichen Voraussetzungen der Vorteilsregelung erfüllen sie nicht. Es liegt genauso wie beim Anschlussarbeitsvertrag.²³¹ Wenn die Minderheitsgewerkschaft nicht die Chance hat, durch einen eigenen Tarifvertrag gleichzuziehen, liegt das an der gesetzlichen Auflösung der Tarifpluralität, nicht an der Differenzierungsklausel.

²³⁰ Siehe *Däubler*, BB 2002, 1643, 1647; *Hanau*, FS Hromadka, 115, 128; *S. Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 179; *Thüsing/v. Hoff*, ZfA 2008, 77, 98.

²³¹ Dazu *Däubler/Heuschmid*, RdA 2013, 1, 6; *S. Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 181 f.

2. Spannenklausel und Tarifausschlussklausel

Die Beurteilung von Differenzierungsklauseln in der Gestalt der Spannenklausel und der Tarifausschlussklausel folgt ebenfalls den dargelegten Grundsätzen. Die in der anderen Gewerkschaft Organisierten stehen bei Tarifeinheit genauso da wie nicht Organisierte.

III. Situation bei Tarifpluralität

Soweit, im Rahmen der durch § 4a TVG belassenden Dispositionsmöglichkeiten,²³² aber auch für den Fall der Verfassungswidrigkeit des Tarifeinheitgesetzes, in Anwendung der allgemeinen arbeitsrechtlichen Regeln Tarifpluralität besteht, geht es nicht nur um die Wirkung von Differenzierungsklauseln auf die anders Organisierten, sondern auch um die Auswirkung von Differenzierungsklauseln auf die andere Gewerkschaft bzw. die anderen Koalitionen.

1. Die andere Gewerkschaft bzw. die anderen Koalitionen

In dem letzteren Fall geht um das Verhältnis der kollektiven Koalitionsfreiheit der konkurrierenden Gewerkschaften bzw. Koalitionen, die sich jeweils auf Art. 9 Abs. 3 GG berufen können.

a) Im konkreten Fall ist zunächst durch *Auslegung* zu klären, ob eine Differenzierungsklausel den Vorteil anders Organisierten auch dann nicht gewähren soll, wenn sie die betreffende Leistung aufgrund eines für sie gemäß §§ 4 Abs. 1, 3 Abs. 1 TVG normativ geltenden Tarifvertrags erhalten, den ihre Gewerkschaft geschlossen hat. Das ist bei einfachen Differenzierungsklauseln zu verneinen. Einfache Differenzierungsklauseln führen lediglich dazu, dass die üblichen formulararbeitsvertraglichen Bezugnahme Klauseln nicht zu dem geregelten Vorteil führen, weil die tatbestandliche Voraussetzung der Mitgliedschaft in der betreffenden Gewerkschaft nicht vorliegt (siehe Seite 71 f.). Derartige Differenzierungsklauseln hindern jedoch nicht andere Gewerkschaften daran, einen Anspruch zu gestalten. So lag es auch in dem vom *Großen Senat* 1967 entschiedenen Fall, in dem die Tarifparteien sich dahin verständigt hatten, dass die betreffende Klausel keinen gleichlautenden oder ähnlichen Vereinbarungen entgegenstehen sollte, die der Arbeitgeber mit anderen Gewerkschaften schließen würde.²³³

²³² Greiner, NZA 2015, 769 ff.

²³³ Siehe dazu mit Bezug auf *Gamillscheg*, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, 68, Fn. 106, S. Neumann, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 181.

b) Ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG in seinem Gewährleistungsaspekt der kollektiven Koalitionsfreiheit kommt nur dann in Betracht, wenn anderen Gewerkschaften bzw. Koalitionen ein Gleichziehen oder ein Überbieten durch ihren Tarifvertrag verwehrt wird; nur in diesem Fall ist ein Eingriff in den Schutzbereich gegeben, der dann auf die Frage seiner Rechtfertigung hin zu überprüfen wäre.²³⁴ Geschützt ist durch Art. 9 Abs. 3 GG dabei die Freiheit, durch einen eigenständigen Tarifvertrag zu gestalten, soweit diese Freiheit nicht durch den nach Maßgabe von § 4a TVG gesetzlich wiederbelebten Grundsatz der Tarifeinheit genommen werden kann. Deshalb fehlt es an einem Eingriff in die kollektive Koalitionsfreiheit, wenn ein *Anschlussstarifvertrag* den Vorteil des zum Vorbild gewordenen Tarifvertrags nicht vermittelt, weil so die fehlende Tatbestandsvoraussetzung nicht vermittelt werden kann.²³⁵

Nur wenn eine Differenzierungsklausel dahin auszulegen ist, dass sie die entsprechende Gestaltung durch einen anderen Tarifvertrag verhindern soll, ist also ein Eingriff in die durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG geschützte kollektive Koalitionsfreiheit der anderen Gewerkschaft gegeben. In Betracht kommt dies auch bei Differenzierungsklauseln in der Gestalt von Spannenklauseln. Sie können, was durch Auslegung zu klären ist, dahin zu verstehen sein, dass der Arbeitgeber den Vorteil auch dann nicht gewähren darf, wenn er ihn in Anwendung eines anderen Tarifvertrags gewähren müsste. Die Spannenklausel soll sich, wie dargelegt wurde (siehe oben Seite 72) auf kollektive Gestaltungen beziehen. Das sind nicht nur kollektive Gestaltungen des Arbeitgebers durch den Formulararbeitsvertrag, dies können auch kollektive Gestaltungen durch einen anderen Tarifvertrag sein.²³⁶

c) Soll eine Spannenklausel, wie ihre Auslegung ergibt, den Abstand auch dann erhalten, wenn der Arbeitgeber zur Gewährung des Vorteils aufgrund eines anderen Tarifvertrags verpflichtet ist, verstößt sie gegen Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG.²³⁷ Denn durch eine entsprechende Spannenklausel (oder durch eine Tarifausschlussklausel) würde die von der anderen Gewerkschaft im Gewährleistungsbereich des Art. 9 Abs. 3 GG erreichte Vorteilsregelung ins Leere laufen. Das kann keine Rechtfertigung finden. Ob sogar die Gefahr einer Existenzvernichtung der

²³⁴ S. Neumann, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 181.

²³⁵ S. Neumann, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 181 f.

²³⁶ S. Neumann, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 182.

²³⁷ Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG findet keine Anwendung, da es um die Konkurrenz zwischen Koalitionen durch tarifautonomes Gestalten geht, vgl. S. Neumann, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 184 ff.

unterliegenden Gewerkschaft besteht,²³⁸ ist nicht entscheidend. Verstößt eine solche Klausel gegen die durch Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG gewährleisteten Rechte anderer Koalitionen, ist sie unwirksam. Die Praxis sollte derartige Kollisionen vermeiden. Das ist durch Absprache zwischen Gewerkschaften möglich.²³⁹

2. Die anders Organisierten

Die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte (positive) individuelle Koalitionsfreiheit der anders Organisierten umfasst auch das Recht, sich nicht zum Wechsel der Gewerkschaft gezwungen zu sehen.²⁴⁰

Es kommt in Betracht, dass Differenzierungsklauseln auch bei anders Organisierten den bezweckten Anreiz zum Beitritt in diejenige Gewerkschaft bilden, die die Differenzierungsklausel einsetzt. Damit wäre ein rechtswidriger Eingriff in die (positive) individuelle Koalitionsfreiheit verbunden, wenn, wie bei der negativen Koalitionsfreiheit der nicht organisierte Arbeitnehmer (siehe Seite 45 ff.), ein rechtlich relevanter Beitrittsdruck bei den anders Organisierten entstünde.²⁴¹

Das ist bei *einfachen Differenzierungsklauseln* nicht der Fall. Es liegt genauso wie bei der negativen Koalitionsfreiheit der nicht Organisierten. Die in der anderen Gewerkschaft Organisierten sind durch die Vorteilsregelung nicht gehindert, mit ihrer Gewerkschaft bei bestehender Tarifpluralität denselben Vorteil zu erreichen wie ihn die Bonusregelung formuliert. Die Wirkung eines von der Gewerkschaft der anders Organisierten abgeschlossenen Tarifvertrags ist durch die Differenzierungsklausel nicht tangiert. Gleiches gilt bei qualifizierten Differenzierungsklauseln in der Gestalt der *Spannenklausel* und in Gestalt der *Tarifausschlussklausel*. Auch hier ist der anders Organisierte nicht darin beschränkt, mit seiner Gewerkschaft bei bestehender Tarifpluralität einen entsprechenden Vorteil zu erreichen, es sei denn, die Klausel ist so zu verstehen, dass sie die Anwendung einer entsprechenden Vorteilsregelung der anderen Gewerkschaft durch den Arbeitgeber ausschließen soll (siehe I. III. 1. c).

Ein unverhältnismäßiger Beitrittsdruck kann also bei den anders Organisierten nicht entstehen. Es ist noch anzumerken, dass die durch § 4a TVG gesetzlich hergestellte Tarifeinheit einen fühlbareren Einfluss auf die Koalitionsfreiheit der bei

²³⁸ Darauf wird im Schrifttum abgestellt, siehe nur *S. Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 186.

²³⁹ *Däubler/Hensche/Heuschmid*, TVG, § 1 Rn. 1001.

²⁴⁰ Siehe nur *Sachs/Höfling*, GG, Art. 9 Rn. 132, m. w. Nachw.

²⁴¹ Vgl. *Leydecker*, Der Tarifvertrag als exklusives Gut, 193 ff.; *S. Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 192 f.

derjenigen Gewerkschaft Organisierten ausübt, deren Tarifvertrag zurückzustehen hat, als eine Differenzierungsklausel. Und bei Differenzierungsklauseln wird die Anreizwirkung zu einem Übertritt in die andere Gewerkschaft noch abgemildert, wenn man davon ausgeht, dass im Fall eines Übertritts zu einer anderen Gewerkschaft der alte Tarifvertrag gemäß § 3 Abs. 3 TVG auch bei Arbeitnehmern nachbindet;²⁴² für die Zeit der Nachbindung entsteht dann kein Entscheidungsdruck zugunsten der Gewerkschaft, die die Vorteilsregelung erreicht hat.

IV. Fazit

Ist Tarifpluralität gegeben, richtet sich bei der Beurteilung von Differenzierungsklauseln der Blick von den Arbeitnehmern auf die konkurrierende Gewerkschaft bzw. die tarifschließenden Koalitionen. Es ist nicht zulässig, dass ein Tarifvertrag seine Vorteilsregelung so absichert, dass andere Koalitionen nicht auch eine entsprechende Gestaltung tarifautonom verhandeln und vereinbaren könnten. Ist dagegen Tarifeinheit hergestellt, ist die kollektive Koalitionsfreiheit schon durch deren Anordnung zurückgedrängt. Im Zusammenhang mit Differenzierungsklauseln geht es dann nur um die Frage einer Verletzung der individuellen Rechtspositionen der Arbeitnehmer, wie sie seit Jahrzehnten diskutiert wird.

²⁴² Ausführlich dazu mit Nachw. S. Neumann, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 188 ff.

J. Differenzierung mithilfe Gemeinsamer Einrichtungen

Gemeinsame Einrichtungen, aber auch sonstige Einrichtungen (wie Vereine, Stiftungen) sind für die Gestaltung von Differenzierungen nach der Gewerkschaftszugehörigkeit besonders geeignet.²⁴³

I. Gemeinsame Einrichtungen

Gemäß § 4 Abs. 2 TVG kann der Tarifvertrag Gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien vorsehen und regeln. Das Gesetz nennt Lohnausgleichskassen und Urlaubskassen als Regelbeispiele. Sind in einem Tarifvertrag Gemeinsame Einrichtungen vorgesehen und geregelt, so ist die unmittelbare und zwingende Geltung dieser Regelungen auch für die Satzung der Gemeinsamen Einrichtung und für das Verhältnis der Einrichtung zu den tarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern in § 4 Abs. 2 TVG gesetzlich angeordnet. Der Begriff der Gemeinsamen Einrichtung ist nicht gesetzlich bestimmt. In Bezug auf die Mindestanforderungen, die an eine Gemeinsame Einrichtung im Sinne von § 4 Abs. 2 TVG zu stellen sind, besteht kein Einvernehmen. Fraglich ist etwa, ob die Gemeinsame Einrichtung eine rechtsfähige, organisatorisch verselbstständigte Einheit erfordert²⁴⁴ oder nicht²⁴⁵. Derartige Fragen sind hier nicht zu verfolgen.²⁴⁶ Einvernehmen besteht darin, dass die Einrichtung von den Tarifvertragsparteien abhängig sein muss;²⁴⁷ die Tarifvertragsparteien müssen die Gemeinsame Einrichtung maßgeblich beeinflussen können, und es darf nicht

²⁴³ Siehe auch *Däubler/Heuschmid*, RdA 2013, 1, 8 f.; *Franzen*, RdA 2006, 1, 7; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. 1., 356 f.; *Kocher*, NZA 2009, 120 ff.

²⁴⁴ So stellvertretend *ErfK/Franzen*, § 4 TVG Rn. 24; *Däubler/Hensche/Heuschmid*, TVG, § 1 Rn. 1049; *Wiedemann/Oetker*, TVG, § 1 Rn. 785, jeweils m. Nachw.

²⁴⁵ So stellvertretend *Böttcher*, Die gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, 124 ff; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. I, 1997, 621.

²⁴⁶ Siehe demnächst *Strippelmann*, Rechtsfragen der gemeinsamen Einrichtungen, Diss. Bonn 2015, 2. Teil.

²⁴⁷ Vgl. BVerfG 15. 7. 1980 – 1 BvR 24/74 u. 1 BvR 439/79, BVerfGE 55, 7 ff. = NJW 1981, 215 ff.; *Däubler/Hensche/Heuschmid*, TVG, § 1 Rn. 1052; *Wiedemann/Oetker*, TVG, § 1 Rn. 787.

möglich sein, dass Dritten ein bestimmender Einfluss auf die Gemeinsame Einrichtung zukommt.

II. Gestaltung von Vorteilsregelungen

1. „Gesetzliche Differenzierungsklauseln“

Der Gemeinsamen Einrichtung gemäß § 4 Abs. 2 TVG ist die Ausrichtung auf die tarifgebundenen Arbeitnehmer gewissermaßen immanent. Nur die gemäß § 3 Abs. 1 TVG Tarifgebundenen sind gemäß § 4 Abs. 2 TVG anspruchsberechtigt. Es heißt in § 4 Abs. 2 TVG: „Sind im Tarifvertrag gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien vorgesehen und geregelt (Lohnausgleichskassen, Urlaubskassen, usw.), so gelten diese Regelungen auch unmittelbar und zwingend für die Satzung dieser Einrichtung und das Verhältnis der Einrichtung zu den tarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern“. Darin liegt gewissermaßen eine „gesetzliche Differenzierungsklausel“. Zugleich wird die Gestaltung von Differenzierungen nach der Gewerkschaftszugehörigkeit über den Weg Gemeinsamer Einrichtungen dadurch begünstigt, dass die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf den einer Gemeinsamen Einrichtung zu Grunde liegenden Tarifvertrag unwirksam ist. Es handelt sich bei ihr um eine unzulässige Vereinbarung zu Lasten Dritter.²⁴⁸ Folge der Bezugnahme auf den Tarifvertrag, der eine Gemeinsame Einrichtung gestaltet, wäre nämlich, dass die nicht organisierten Arbeitnehmer Ansprüche auf Leistungen der Gemeinsamen Einrichtungen bekämen.

Eine einfache Differenzierungsklausel ist im Zusammenhang mit einer Gestaltung über den Weg einer Gemeinsamen Einrichtung also aus Rechtsgründen nicht notwendig,²⁴⁹ aber natürlich möglich. Es besteht eine kohärente rechtliche Beurteilung, wenn nach der 2009 geänderten Rechtsprechung des BAG sowohl einfache Differenzierungsklauseln als auch Leistungsansprüche von Gewerkschaftsmitgliedern an Gemeinsame Einrichtungen als grundsätzlich zulässig angesehen werden. An die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Gestaltung im Einzelfall sind dieselben Maßstäbe anzulegen. Sowohl bei dem Weg über einfache Differenzierungsklauseln als auch bei dem Weg über Gemeinsame Einrichtungen findet die Gestaltungsfreiheit der Tarifvertragsparteien dann eine inhaltliche

²⁴⁸ Siehe nur ErfK/Franzen, § 4 TVG Rn. 25; Däubler/Hensche/Heuschmid, TVG, § 1 Rn. 1015; Jacobs/Krause/Oetker/Schubert/Krause, Tarifvertragsrecht, § 4 Rn. 111; Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, 2013, § 3 Rn. 537; Thüsing/von Hoff, ZfA 2008, 77, 99.

²⁴⁹ Vgl. Strippelmann, Rechtsfragen der gemeinsamen Einrichtungen, Diss. Bonn 2015, 4. Teil II.3.b.

Grenze, wenn durch die Gestaltung nicht lediglich ein Anreiz zum Beitritt oder zum Verbleib in der Gewerkschaft gesetzt wird, sondern eine entscheidungsrelevanter, fühlbarer Druck entsteht, sich zum Koalitionsbeitritt zu entschließen (siehe oben Seite 45 ff.).

Zwischen den Wegen der Differenzierung über eine Gemeinsame Einrichtung auf der einen und Differenzierungsklauseln in dem untersuchten Sinn auf der anderen Seite bestehen unter dem Strich keine rechtlich wesentlichen Unterschiede, die auf die rechtliche Bewertung durchschlagen.²⁵⁰ Soweit also die mit der Differenzierung über den Weg der Gemeinsamen Einrichtung verbundene Vorteilsregelung namentlich durch eine Spannenklausel abgesichert wird, gelten die für Spannenklauseln dargelegten Gesichtspunkte (siehe insb. E. II. und F. III.–V.).²⁵¹

2. BAG vom 21. Mai 2014

Eine Anschauung zu dem Gestaltungsweg einer Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit durch Einschaltung von Einrichtungen der Tarifvertragsparteien gibt ein vom Bundesarbeitsgericht mit Urteil vom 21. Mai 2014 entschiedener Fall.²⁵² In dem Fall begründeten die Tarifvertragsparteien nicht selbst eine Gemeinsame Einrichtung im Sinne von § 4 Abs. 2 TVG. Die Arbeitgeberin trat im Zusammenhang mit einer tarifvertraglichen Sanierungsvereinbarung, in der auch tarifvertragliche Ansprüche eingeschränkt wurden, einem bereits bestehenden Verein zur Förderung von Gesundheit und Erholung e.V. bei und entrichtete einen pauschalen Mitgliedsbeitrag von rund acht Millionen Euro. Der Verein gewährt nur gewerkschaftlich organisierten Beschäftigten satzungsgemäß Erholungsbeihilfen, die der nicht organisierte Kläger auf der Grundlage des Arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes auch für sich beanspruchte. Der *Vierte Senat* hat einen Anspruch des Klägers verneint. Der Arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz begrenze die Gestaltungsfreiheit des Arbeitgebers, nicht jedoch die Gestaltungsfreiheit der Tarifvertragsparteien. Die Tarifautonomie sei gerade darauf angelegt, die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer beim Abschluss von Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen und auf diese Weise ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Vergütungen und Arbeitsbedingungen zu ermöglichen. Nicht nur gemäß § 4 Abs. 1 TVG unmittelbar und zwingend geltende Tarifverträge, sondern auch

²⁵⁰ Vgl. S. Neumann, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 96.

²⁵¹ Für Unzulässigkeit von Spannenklauseln in diesem Zusammenhang *Bauer/Arnold*, NZA 2011, 945, 949.

²⁵² BAG 21. 5. 2014 – 4 AZR 50/13, NZA 2015, 115 ff.

schuldrechtliche Vereinbarungen zwischen tariffähigen Vertragsparteien unterliegen danach nicht dem Arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Dass der Arbeitgeber und die Gewerkschaft mit ihrer tarifvertraglichen Vereinbarung Ansprüche (nur) zugunsten der Gewerkschaftsmitglieder begründeten, hat das BAG nicht beanstandet.

In dem Urteil setzt sich die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit gegenüber der gegenläufigen Wertung der Gleichheit (siehe oben Seite 30 ff.) schnörkellos durch. Dahinter steht in meiner Bewertung eine gegenüber der Entscheidung des *Großen Senats* von 1967 andere Einschätzung der Unterschiede und Gemeinsamkeiten von organisierten Arbeitnehmern und Außenseitern. Wie dargelegt (siehe oben Seite 30 ff.), bringt die Entscheidung des *Großen Senats* von 1967 den Gesichtspunkt der Gleichheit von Organisierten und Außenseitern zur Geltung. Die Entscheidungsgründe lassen sich auf die Einschätzung reduzieren, die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit verletze das Gleichheitsgebot und damit das Gerechtigkeitsempfinden. Die Rechtsordnung gestatte die kostenlose Ausnutzung der Gewerkschaftsarbeit, und die Tarifautonomie reiche nicht so weit, dass sie einen solchen Ausgleich im Weg tariflicher Regelungen einführen könnte, dazu fehle die Tarifmacht. Bei dieser Sichtweise erscheint die Differenzierung als eine Beitragserhebung. Demgegenüber gehen die erste neuere Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zu einfachen Differenzierungsklauseln vom 18. März 2009²⁵³ und das Urteil vom 21. Mai 2014²⁵⁴ sowie ein Urteil vom 15. April 2015²⁵⁵ von der in Art. 9 Abs. 3 GG und im Tarifvertragsgesetz angelegten Ausrichtung der Tarifautonomie auf die Mitglieder aus.²⁵⁶ In der Tat ist in §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG eine Ungleichbehandlung der tarifgebundenen Arbeitnehmer und der Außenseiter angelegt.

3. Gegengründe

Der Gestaltung über den Weg Gemeinsamer Einrichtungen und sonstiger Einrichtungen steht nicht entgegen, dass Differenzierungsklauseln in Tarifverträgen der Allgemeinverbindlicherklärung nach Maßgabe von § 5 TVG entgegenstünden.²⁵⁷ Wie dargelegt (siehe oben Seite 79 f.) besteht keine Verpflichtung der Tarifparteien, Tarifverträge so zu gestalten, dass sie für allgemeinverbindlich erklärt

²⁵³ BAG 18. 3. 2009 – 4 AZR 64/08, BAGE 130, 43 ff. = NZA 2009, 1028 ff.

²⁵⁴ BAG 21. 5. 2014 – 4 AZR 50/13, NZA 2015, 115 ff.

²⁵⁵ BAG 15. 4. 2015 – 4 AZR 796/13, BB 2015, 2062 Rn. 46 f.

²⁵⁶ BAG 18. 3. 2009 – 4 AZR 64/08, BAGE 130, 43 = NZA 2009, 1028 Rn. 49 f.; BAG 21. 5. 2014 – 4 AZR 50/13, NZA 2015, 115 Rn. 29 ff.

²⁵⁷ So aber *Bötticher*, Die gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, 102 ff.; *Thüsing/von Hoff*, ZfA 2008, 77, 101 f.

werden können. Auch das Merkmal der Gemeinsamkeit gemäß § 4 Abs. 2 TVG steht dem Weg einer Differenzierung über Gemeinsame Einrichtungen nicht entgegen.²⁵⁸

Es bezieht sich auf das Verhältnis der Tarifvertragsparteien bei der Organisation und Gestaltung der Einrichtung, nicht auf den Kreis der Leistungsberechtigten.

²⁵⁸ Vgl. S. *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 95 f.

K. Erstreikbarkeit von tarifvertraglichen Vorteilsregelungen

I. Ausgangspunkte

1. Die Tarifautonomie setzt den Arbeitskampf als Hilfsmittel und Funktionsbedingung voraus. Es muss den Tarifparteien ein Weg zur Verfügung stehen, auf dem sie ihre Verhandlungsforderung durchsetzen können, wenn eine Einigung nicht gelingt. Ohne den Arbeitskampf als letztes Mittel nach ergebnislosen Verhandlungen wäre die Tarifautonomie ohne Sinn; der Fordernde müsste sich immer mit dem begnügen, was ihm die Gegenseite freiwillig zugesteht.

An sich obliegt die Ausgestaltung der durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Koalitionsfreiheit gerade auch im Hinblick auf den Arbeitskampf dem Gesetzgeber und nicht in erster Linie der Rechtsprechung. Der Ausgleich zwischen den Koalitionen als Repräsentanten gegenläufiger Interessen erfordert koordinierende Regelungen gerade dort, wo es um die Interessenverfolgung mit Kampfmitteln geht. Die Zurückhaltung des Gesetzgebers, die politisch verständlich erscheint, entspricht nicht dem verfassungsrechtlichen *Vorbehalt des Gesetzes*. Der gesetzlich nicht geregelte Zustand des Arbeitskampfrechts wird jedoch auf absehbare Zeit erhalten bleiben. Das betrifft auch die Frage der Erstreikbarkeit von tarifvertraglichen Vorteilsregelungen, die nicht an gesetzlichen Bestimmungen gemessen werden kann.

2. Nach allgemeiner Überzeugung kann nur die Vereinbarung rechtmäßiger Tarifgestaltungen durch einen Arbeitskampf unterstützt werden. Ist die Kampfforderung rechtswidrig, ist es auch der Arbeitskampf.²⁵⁹ Führt also eine rechtswidrige Kampfforderung zur Rechtswidrigkeit des Arbeitskampfs, können tarifvertragliche Vorteilsregelungen nicht erkämpft werden, soweit man sie mit Rechtsprechung und arbeitsrechtlicher Lehre als rechtswidrig ansieht. Weil das BAG in Einklang mit einem großen Teil der Lehre Differenzierungsklauseln bis

²⁵⁹ Siehe nur BAG 10. 12. 2002 – 1 AZR 96/02, BAGE 104, 155, 169 ff. = NZA 2003, 734, 740 f.; *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 607; *ErfK/Linsenmaier*, Art. 9 GG Rn. 115; *Waltermann*, Arbeitsrecht, Rn. 677.

2009 für unzulässig hielt, wurden bisher die arbeitskampfrechtlichen Rahmenbedingungen von Differenzierungsklauseln seltener ausgeleuchtet.²⁶⁰

II. Außenseiter im Arbeitskampf um Differenzierungsklauseln

1. Hintergrund

Die Normen des Tarifvertrags gelten gemäß §§ 4 Abs. 1, 3 Abs. 1 TVG nur für Verbandsmitglieder und tarifschließende Arbeitgeber beim Firmentarifvertrag. Im Arbeitskampf dürfen nach allgemeiner Auffassung Außenseiter gleichwohl beteiligt sein, sie dürfen streiken und ausgesperrt werden. Dafür wird angeführt, dass die Tarifverträge praktisch weitgehend auch für Außenseiter gelten.²⁶¹ Im Hintergrund dieser Einschätzung steht auch der Grundsatz der Tarifeinheit. In einem Tarifwesen mit rechtlich erlaubter und praktisch verbreiteter Tarifpluralität würden sich in diesen Hinsichten neue Fragen stellen. Für die derzeitige Beurteilung kann indessen festgehalten werden, dass Tarifbindung und Arbeitskampfrechte nicht deckungsgleich sind.

2. Wesentliche Gesichtspunkte

Was Differenzierungsklauseln angeht, können sich zahlreiche arbeitskampfrechtliche Fragen stellen, denen hier nicht nachzugehen ist. Die zu beurteilende Situation ist dadurch geprägt, dass Außenseiter sich an Arbeitskampfmaßnahmen kaum beteiligen werden, wenn es dabei wesentlich um die Durchsetzung von Vorteilen zugunsten von Gewerkschaftsmitgliedern geht. Das gilt auch, wenn es um einen Tarifvertrag geht, der die Einrichtung einer Gemeinsamen Einrichtung gestalten soll, welche Leistungen an Gewerkschaftsmitglieder vorsieht. Bedeutsam für die Praxis ist die Frage, ob Arbeitgeber in derartigen Fällen ihre Arbeitskampfmaßnahmen auch auf Außenseiter beziehen dürfen.

²⁶⁰ Siehe aber ausführlich *Leydecker*, Der Tarifvertrag als exklusives Gut, 299 ff.; *S. Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 237 ff.

²⁶¹ Siehe nur BAG 21. 4. 1971 – GS 1/68, BAGE 23, 292, 310; *Kissel*, Arbeitskampfrecht, § 38 Rn. 12; *Otto*, Arbeitskampfrecht, § 6 Rn. 11; *MünchArbR/Ricken*, Bd. 2, § 200 Rn. 22. Anders *Thüsing*, Der Außenseiter im Arbeitskampf, 50 f.

Vor dem Hintergrund, dass erkämpft werden darf, was im Tarifvertrag vereinbart werden kann, ist zu unterscheiden:²⁶² Ist die rechtmäßig gestaltete Differenzierungsklausel Teil eines Tarifvertrags, der weitere Fragen gestaltet, kommen auf der Grundlage der vorherrschenden arbeitskampfrechtlichen Einschätzungen auch Streik und Aussperrung nicht oder anders Organisierter in Betracht. Denn auch sie können von dem Tarifvertrag profitieren. Die Bezugnahme auf den Tarifvertrag in den Arbeitsverträgen der Außenseiter vermittelt ein Tarifwerk, auch wenn darin in einzelnen Hinsichten tatbestandlich nach der Gewerkschaftszugehörigkeit differenziert wird. Bei der Spannenklausel ist das Tarifwerk geeignet für eine individualvertragliche (nicht kollektiv ausgerichtete) Gleichstellung. Sollte es in einem Arbeitskampf dagegen gerade um eine den Gewerkschaftsmitgliedern zuge dachte Vorteilsregelung gehen, etwa um die Errichtung einer Gemeinsamen Einrichtung zur Gestaltung einer Bonusregelung, kann die Einbeziehung von Außenseitern, namentlich durch Aussperrung, rechtswidrig sein, da die angestrebte Tarifregelung den Außenseitern nichts nützen könnte.

²⁶² Siehe näher S. Neumann, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 241 ff.

L. Ergebnisse und Thesen

I. Auch wenn die Koalitionen Mitgliederorganisationen sind, wirkt gleichwohl ihr tarifautonomes Regeln von jeher gesamtgesellschaftlich, die Tarifautonomie hat eine Ordnungsfunktion (F. III. 2.). Bei erstem Hinsehen scheint die deutsche Tarifautonomie auf Differenzierung, nicht auf Gleichbehandlung von Organisierten und nicht Organisierten angelegt. Art. 9 Abs. 3 GG bildet den Ausgangspunkt der Tarifautonomie als der wichtigsten Betätigungsform der Koalitionsfreiheit bei der Mitgliedschaft in Koalitionen. Das Tarifvertragsgesetz gestaltet die Tarifautonomie vor diesem Hintergrund folgerichtig aus. Der hauptsächliche Akzent des TVG ist mit den §§ 4 Abs. 1, 3 Abs. 1 TVG in der Differenzierung zwischen den tarifgebundenen Mitgliedern und Außenseitern gesetzt. Gesichtspunkte der Gleichheit von Organisierten und nicht Organisierten sind im TVG nicht angesprochen. Die Erweiterung der Bindung über die Organisierten hinaus ist als Ausnahmefall nach Maßgabe von § 5 TVG an ein besonderes Verfahren gebunden (A. III.).

II. Wenn die deutsche Tarifautonomie an die Mitgliedschaft anknüpft, entscheidet der Organisationsgrad über den Grad der Wirkmacht der Tarifautonomie. Dies legt nahe, dass die Rechtsordnung Anreiz zum Beitritt zu Koalitionen eher fördert als begrenzt. Im Zusammenhang mit dem vom Deutschen Juristentag 2014 verhandelten Thema „Stärkung der Tarifautonomie – Welche Änderungen des Tarifvertragsrechts empfehlen sich“ hat auch die Frage Bedeutung, ob hinreichende Anreize zum Beitritt zu Koalitionen bestehen (A. II., IV., V.).

III. Zu möglichen Anreizen zählt auch die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit (A. VI.).

IV. Die Entscheidung des *Großen Senats* des Bundesarbeitsgerichts von 1967, deren Begründungen zu Recht ganz überwiegend kritisiert wurden und werden, hat die in der Rechtsordnung angelegten Verhältnisse umgekehrt. Sie gibt der Wertung der Gleichheit den Vorzug und stellt an die Rechtfertigung einer Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit allgemein gehaltene, auf ungeklärten Begriffen beruhende und am Ende schwer zu überwindende Anforderungen – obwohl die auf Mitgliedschaft aufbauende deutsche Tarifautonomie auf Exklusivität und Differenzierung angelegt zu sein scheint. Auch die Urteile des *Vierten Senats* von 2009 und 2011 enthalten Begründungselemente, die gedanklich

auf die Vorstellung von Gleichheit zwischen Organisierten und Außenseitern zurückgehen (C. I.).

V. Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln sind an Gesetz und Recht zu messen. Im Wesentlichen geht es um durch Wertungen des Grundgesetzes gesetzte Schranken. Diese liegen vor allem in der negativen Koalitionsfreiheit der nicht oder anders Organisierten (E., I.), in der Koalitionsfreiheit anderer Gewerkschaften (I. III. 1.) und in der Vertragsfreiheit der Arbeitgeber und der nicht oder anders Organisierten (F.).

VI. Zu Recht bejaht die die Praxis bestimmende Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts die rechtliche Zulässigkeit einfacher Differenzierungsklauseln (D. III. 1.). Diese verletzen insbesondere nicht die negative Koalitionsfreiheit.

VII. In Bezug auf die negative Koalitionsfreiheit ist festzuhalten (E. III): Ein Eingriff liegt erst vor, wenn ein entscheidungserheblicher Beitrittsdruck entsteht, der im Streitfall festzustellen ist. Ist entscheidungserheblicher Beitrittsdruck festgestellt, kann der Eingriff nach der Rechtsordnung gerechtfertigt sein. Es gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Das mit geeignetem Mittel verfolgte Ziel, Mitglieder durch Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit zu werben, ist Ausdruck der durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Tarifautonomie. Frühestens jenseits des doppelten Gewerkschaftsbeitrags kann die Angemessenheit in Frage stehen. Die Außenseiter müssen sich genötigt fühlen, sich zu beugen und unfreiwillig Mitglied einer Koalition zu werden. Es kommt insoweit auf den Einzelfall an.

VIII. Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts von 2011 zur Frage der rechtlichen Zulässigkeit von Spannenklauseln vermag in Ergebnis und Begründung nicht zu überzeugen (F. I.). In meiner Bewertung liegt ein wesentlicher Grund dafür in dem gewählten Prüfungsprogramm (F. I., II. 1.).

IX. Eine konsequente Abschichtung der Vorgaben der Rechtsordnung für eine rechtmäßige Gestaltung von Rechtsverhältnissen, die auch für die Gestaltung in den Autonomiebereichen des Kollektiven Arbeitsrechts geeignet ist, muss die folgenden Gesichtspunkte prüfen: Ob – hier sogleich bezogen auf den Gegenstand der Differenzierungsklauseln – die Tarifparteien (erstens) im Rahmen ihrer *Regelungszuständigkeit* handeln; ob die Tarifparteien (wenn sie im Rahmen ihrer Zuständigkeit gestalten) den Gegenstand (zweitens) durch Tarifvertrag normativ regeln dürfen, also die *Normensetzungsbefugnis* besitzen; ob schließlich (drittens) die Tarifvertragsparteien (wenn sie zuständig sind und den Gegenstand normativ regeln dürfen) mit der konkreten Gestaltung eine inhaltlich rechtmäßige Regelung getroffen haben (F. II. 1.).

X. In diesem Sinn sind die Tarifvertragsparteien für die Gestaltung von Differenzierungsklauseln, namentlich in der Gestalt der Spannenklausel, unproblematisch sachlich zuständig (F. III. 1.). Die Gestaltung von Differenzierungsklauseln, auch in der Form von Spannenklauseln, hält sich auch im Bereich der personellen Reichweite der Tarifautonomie (F. III. 2.). Differenzierungsklauseln, namentlich in der Gestalt der Spannenklausel, können ferner durch tarifvertragliche Rechtsnormen gemäß § 1 Abs. 1 TVG gestaltet werden (F. IV.). Für die Gestaltung von Tarifausschlussklauseln, Organisationsklauseln und Absperrklauseln fehlt den Tarifvertragsparteien die Normensetzungsbefugnis (F. IV. 4.).

XI. Die Zulässigkeit von Spannenklauseln hängt entscheidend davon ab, ob diese Gestaltung gegen die Vertragsfreiheit der nicht oder anders organisierten Arbeitnehmer oder der Arbeitgeber verstößt.

XII. Nicht organisierte und anders organisierte Arbeitnehmer sind in ihrer Vertragsfreiheit durch die Spannenklausel nicht betroffen. Sie können mit dem Arbeitgeber arbeitsvertraglich diejenigen Vertragsbedingungen vereinbaren, die der Tarifvertrag den Gewerkschaftsmitgliedern vorbehält. Einzelne Arbeitnehmer können eine entsprechende Vereinbarung mit dem Arbeitgeber treffen, ohne dass dies den Mechanismus der Spannenklausel auslöst. Der Mechanismus wird nach allgemeiner Ansicht nur ausgelöst, wenn der Arbeitgeber die vorbehaltene Leistung durch eine *kollektive Gestaltung* gewährt (F. V. 4. a). Damit wird der Arbeitgeber, wenn auch nicht rechtlich, so doch tatsächlich daran gehindert, Außenseitern durch eine kollektive Gestaltung einen den Gewerkschaftsmitgliedern im Tarifvertrag vorbehaltenen Vorteil zu geben (F. V. 4. b). Dass die Spannenklausel mit einem Eingriff in die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers verbunden ist, führt jedoch nicht schon zu ihrer Rechtswidrigkeit. Es kommt entscheidend darauf an, ob der Eingriff gerechtfertigt ist oder nicht (F. V. 4. c).

XIII. Die Absicherung der Differenzierung durch eine Spannenklausel ist im Grundsatz verhältnismäßig; der mit Spannenklauseln verbundene Eingriff in die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers ist gerechtfertigt (F. V. 4. c cc).

XIV. Im Verhältnis zwischen Gewerkschaften gelten, wenn Tarifeinheit hergestellt ist, keine Besonderheiten. Besteht Tarifpluralität, geht es nicht nur um die Wirkung von Differenzierungsklauseln auf die anders Organisierten, sondern auch um die Auswirkung auf die andere Gewerkschaft bzw. die anderen Koalitionen. Eine Differenzierungsklausel, namentlich Spannenklausel, darf nicht so abgefasst sein, dass anderen Koalitionen ein Gleichziehen oder Überbieten durch Tarifvertrag in rechtswidriger Weise verwehrt wird (I.). Die Praxis sollte derartige Kollisionen vermeiden.

XV. Gemeinsame Einrichtungen und sonstige Einrichtungen sind für die Gestaltung von Differenzierungen nach der Gewerkschaftszugehörigkeit besonders geeignet (J.).

M. Schlussbemerkung

Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit ist in der auf Mitgliedschaft aufbauenden deutschen Tarifautonomie nicht prinzipiell problematisch. Sie darf in ihrer Ausgestaltung nur die Grenzen der Rechtsordnung nicht überschreiten. Auch bei Differenzierungsklauseln sollte die Rechtskontrolle bestrebt bleiben, der verfassungsrechtlich gewährleisteten Gestaltungsfreiheit der Tarifvertragsparteien im Bereich ihrer Tarifautonomie mit großem Respekt vor der gewährleisteten Autonomie zu begegnen. Was die Frage der rechtlichen Zulässigkeit von Spannenklauseln angeht, ist der Praxis der Weg zum Bundesverfassungsgericht zu empfehlen.

Literaturverzeichnis

- Adomeit, Klaus*, Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, München 1969.
- Bauer, Jobst-Hubertus/Arnold, Christian*, NZA 2005, Tarifliche Differenzierungsklauseln – Gewerkschaften auf Abwegen!, 1209–1213.
- Bauer, Jobst-Hubertus/Arnold, Christian*, NZA 2009, Differenzierungsklauseln – Entscheidung des Großen Senats auf der Kippe?, 1169–1174.
- Bauer, Jobst-Hubertus/Arnold, Christian*, NZA 2011, Rote Karte für qualifizierte Differenzierungsklauseln, 945–949.
- Becker, Dorina/Lelley, Jan Tibor*, BB 2015, Gewerkschafter-Boni, 1397–1401.
- Belling, Detlev W.*, Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht, Berlin 1984.
- Bepler, Klaus*, Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages 2014, Band I: Gutachten/Teil B: Stärkung der Tarifautonomie: Welche Änderungen des Tarifvertragsrechts empfehlen sich?, München 2014.
- Bepler, Klaus*, AuR 2010, Probleme um den Sanierungstarifvertrag, 234–242.
- Berger, Gabriel*, NZA 2015, Zulässigkeit eines gewerkschaftlichen Zustimmungsvorbehalts zu Kündigungen, 208–213.
- Biedenkopf, Kurt H.*, Grenzen der Tarifautonomie, Karlsruhe 1964.
- Bötticher, Eduard*, Die gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, Heidelberg 1966.
- Däubler, Wolfgang*, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 1993.
- Däubler, Wolfgang*, BB 2002, Tarifliche Leistungen nur für Gewerkschaftsmitglieder?, 1643–1648.
- Däubler, Wolfgang* (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 3. Aufl., Baden-Baden 2012 (zit.: Däubler/Bearbeiter, TVG, § Rn.).
- Däubler, Wolfgang/Heuschmid, Johannes*, RdA 2013, Tarifverträge nur für Gewerkschaftsmitglieder?, 1–9.
- Däubler, Wolfgang/Klebe, Thomas*, NZA 2015, Crowdwork: Die neue Form der Arbeit – Arbeitgeber auf der Flucht?, 1032–1041.
- Deinert, Olaf*, RdA 2014, Negative Koalitionsfreiheit – Überlegungen am Beispiel der Differenzierungsklausel, 129–135.
- Dieterich, Thomas*, Die Grundrechtsbindung von Tarifverträgen, in: Ascheid/Friedrich/Schlachter (Hrsg.), Tarifautonomie für ein neues Jahrhundert – Festschrift für Günter Schaub zum 65. Geburtstag, München 1998.
- Dieterich, Thomas*, NZA-Beilage 2011, Zukunft einer funktionsfähigen Tarifautonomie, 84–88.
- Dorsemont, Filip/Walser, Manfred*, SR 2015, Die Tarifbindung der Arbeitgeber – Ausgewählte juristische Faktoren mit fördernder oder schwächender Wirkung auf die Tarifbindung, 41–59.

- Franzen, Martin*, Gesetzesbindung im Tarifvertragsrecht, in: Lobinger/Richardi/Wilhelm (Hrsg.) Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag, Tübingen 2010, 929–952.
- Franzen, Martin*, RdA 2006, Vorteilsregelungen für Gewerkschaftsmitglieder, 1–12.
- Gamillscheg, Franz*, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, Berlin 1966.
- Gamillscheg, Franz*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. 1, München 1997.
- Gamillscheg, Franz*, NZA 2005, Ihr naht euch wieder, schwankende Gestalten – „Tarifbonus“ für Gewerkschaftsmitglieder, 146–150.
- Giesen, Richard*, NZA 2004, Tarifbonus für Gewerkschaftsmitglieder?, 1317–1320.
- Greiner, Stefan*, DB 2009, Differenzierungsklauseln im Kontext von Koalitionsmittelefreiheit und Gewerkschaftspluralismus, 398–402.
- Greiner, Stefan*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfpluralität, München 2010.
- Greiner, Stefan*, NZA 2015, Das Tarifeinheitsgesetz – Dogmatik und Praxis der gesetzlichen Tarifeinheit, 769–778.
- Hanau, Peter*, Ungleichstellungsklauseln, in: Maschmann (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Hromadka, München 2008, 115–130.
- Hanau, Peter*, SR 2011, Neues Tarifvertragsrecht im Werden, 3–20.
- Hanau, Peter*, Das Gesetz zur Verhinderung von Mindestarbeitsbedingungen – und danach, in: Schubert (Hrsg.), Anforderungen an ein modernes kollektives Arbeitsrecht – Festschrift für Otto Ernst Kempfen, Baden-Baden 2013, 235–251.
- Hartmann, Felix*, SAE 2011, Die Unwirksamkeit tarifvertraglicher Spannungsicherungsklauseln, 225–231.
- Hartmann, Felix*, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, Tübingen 2014.
- Hartmann, Felix/Lobinger, Thomas*, NZA 2010, Die Arbeits- und Wettbewerbsfreiheit als Grenze tarifvertraglicher Vorteilsregelungen, 421–427.
- Herdegen, Matthias/Herzog, Roman/Scholz, Rupert, u.a.* (Hrsg.), Maunz/Dürig – Grundgesetz, München 2015, Loseblatt, Stand 73. Erg. Lfg. 2015 (zit.: Maunz-Dürig/Bearbeiter, Art. Rn.).
- Hueck, Alfred*, Tarifausschlussklausel und verwandte Klauseln im Tarifvertragsrecht, München 1966.
- Hueck, Alfred/Nipperdey, Hans Carl*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 2. Bd./1. Halbbd., 7. Aufl., München 1967.
- Jacobs, Matthias*, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, Berlin 1999.
- Jacobs, Matthias*, Die tarifliche Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, in: Baeck/Hauck/Preis/Rieble/Röder/Schunder (Hrsg.), Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer, München 2010, 479–494.
- Jacobs, Matthias/Krause, Rüdiger/Oetker, Hartmut/Schubert, Claudia* (Hrsg.), Tarifvertragsrecht, 2. Aufl., München 2013 (zit.: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert/Bearbeiter, Tarifvertragsrecht, § Rn.).
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 13. Aufl., München 2014 (zit.: Jarass/Pieroth/Bearbeiter, Art. Rn.).
- Junker, Abbo*, Grundkurs Arbeitsrecht, 14. Aufl., München 2015.

- Kamanabrou, Sudabeh*, Darf's ein bisschen mehr sein? – Zur Wirksamkeit von Tarifausschlussklauseln in: Hönn/Oetker/Raab (Hrsg.), Festschrift für Peter Kreuz zum 70. Geburtstag, München 2010, 197–209.
- Kamanabrou, Sudabeh*, AP Nr. 41 zu § 3 TVG, Zulässigkeit einer einfachen Differenzierungsklausel – Zahlung einer tariflich festgelegten Ersatzleistung ausschließlich an Mitglieder einer bestimmten Gewerkschaft.
- Kirchhof, Ferdinand*, Private Rechtsetzung, Berlin 1987.
- Kocher, Eva*, NZA 2009, Differenzierungsklauseln: Neue Orientierungen, 119–124.
- Krämer, Daniel*, Die Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrags, Berlin 2015.
- Leydecker, Philipp*, Der Tarifvertrag als exklusives Gut, Berlin 2005.
- Leydecker, Philipp*, AuR 2009, Differenzierungsklauseln – Eine Zwischenbilanz, 338–344.
- Leydecker, Philipp*, AuR 2012, Differenzierungsklauseln – Ein Schlusspunkt?, 195–201.
- Lobinger, Thomas/Hartmann, Felix*, RdA 2010, Einfache Differenzierungsklauseln als Prüfstein interessengerechter Vertragsauslegung und konsistenter Systembildung – Zugleich eine Besprechung des Urteils BAG v. 18. 3. 2009 – 4 AZR 64/08, 235–241.
- Löwisch, Manfred/Rieble, Volker*, Tarifvertragsgesetz, 2. Aufl., München 2004.
- Löwisch, Manfred/Rieble, Volker*, Tarifvertragsgesetz, 3. Aufl., München 2012.
- Mayer-Maly, Theo*, BB 1965, Gemeinsame Einrichtungen im Spannungsfeld von Tarifmacht und Organisationspolitik, 829–834.
- Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid* (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, München 2014 (zit.: ErfK/Bearbeiter, § Rn.).
- Neumann, Sebastian*, AP Nr. 14 zu Art. 9, Unwirksamkeit einer Differenzierungsklausel in der Form einer Spannenklausel.
- Neumann, Sebastian*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, Berlin 2012.
- Oetker, Hartmut/Säcker, Franz Jürgen*, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie, München 1992.
- Oetker, Hartmut/Richardi, Reinhard/Wißmann, Hellmut* (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2, 3. Aufl., München 2009 (zit.: MünchArbR/Bearbeiter, § Rn.).
- Olson, Mancur*, Die Logik des kollektiven Handelns, 5. Aufl.; Tübingen 2004.
- Ott, Claus/Schäfer, Hans Bernd*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl., Berlin 2012.
- Otto, Hansjörg*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, München 2006.
- Preis, Ulrich/Ulber, Daniel*, Funktion und Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie, in: Schubert (Hrsg.), Anforderungen an ein modernes kollektives Arbeitsrecht – Festschrift für Otto Ernst Kempfen, Baden-Baden 2013, 15–37.
- Richardi, Reinhard*, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, München 1968.
- Richardi, Reinhard*, NZA 2010, Gewerkschaftszugehörigkeit als Maßstab für die Verteilungsgerechtigkeit im Betrieb, 417–421.
- Richardi, Reinhard*, NZA 2013, Verbandsmitgliedschaft und Tarifgeltung als Grundprinzip der Tarifautonomie, 408–412.
- Rieble, Volker*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, Berlin 1996.

- Sachs, Michael/ Ehlers, Dirk/ Degenhart, Christoph* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl., München 2014 (zit.: Sachs/Bearbeiter, GG, Art. Rn.).
- Schlachter, Monika*, Das Verbot der Altersdiskriminierung und der Gestaltungsspielraum der Tarifvertragsparteien, Frankfurt 2014.
- Schmidt-Rimpler, AcP* 147 (1941), Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, 130–197.
- Schmidt-Rimpler*, Zum Vertragsproblem, in: Baur/Esser/Kübler/Steindorff (Hrsg.), Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, 3–26.
- Schnorr, Gerhard*, JR 1966, Inhalt und Grenzen der Tarifautonomie, 327–334.
- Schubert, Jens*, ZTR 2011, Richterliche Grenzen für die Vereinbarung von Differenzierungsklauseln, 579–586.
- Seiwerth, Stephan*, EuZA 2014, Stärkung der Tarifautonomie – Anregungen aus Europa?, 450–467.
- Seiwerth, Stephan*, RdA 2014, Schwäche und Stärkung der Tarifautonomie aus rechtsökonomischem Blickwinkel: Vitale Mitgliedschaft und Anreize oder Perspektive Staat vor Privat?, 358–365.
- Söllner, Alfred*, AuR 1966, Zu Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, 257–264.
- Söllner, Alfred*, RdA 1989, Der verfassungsrechtliche Rahmen für Privatautonomie im Arbeitsrecht, 144–150.
- Söllner, Alfred*, Grundriß des Arbeitsrechts, 12. Aufl., München 1998.
- Statistisches Bundesamt* (Hrsg.), Niedriglohn und Beschäftigung 2010 – Begleitmaterialien zur Pressekonferenz am 10. September 2012 in Berlin, Wiesbaden 2012.
- Statistisches Bundesamt* (Hrsg.); Verdienste und Arbeitskosten – Verdienststrukturen, Fachserie 16 – 2010, Wiesbaden 2013.
- Strippelmann, Hagen*, Rechtsfragen der gemeinsamen Einrichtungen, Diss., Bonn 2015.
- Thüsing, Gregor*, Der Außenseiter im Arbeitskampf: Zur Rechtsstellung des nicht und des anders organisierten Arbeitnehmers und des Arbeitgebers bei Streik und Aussperrung, Berlin 1996.
- Thüsing, Gregor/von Hoff, Konrad*, ZfA 2008, Leistungsbeziehungen und Differenzierungen nach der Gewerkschaftszugehörigkeit bei Gemeinsamen Einrichtungen, 77–108.
- Ulber, Daniel/Strauß, Sandy*, DB 2008, Differenzierungsklauseln im Licht der neuen Rechtsprechung zur Koalitionsfreiheit, 1970–1974.
- Waltermann, Raimund*, Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie, Tübingen 1996.
- Waltermann, Raimund*, ZfA 2000, Zu den Grundlagen der Tarifautonomie, 53–86.
- Waltermann, Raimund*, Zur Grundrechtsbindung der tarifvertraglichen Regelungen, in: Oetker/Preis/Rieble (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, München 2004, 913–927.
- Waltermann, Raimund*, NZA 2013, Gesetzliche und tarifvertragliche Gestaltung im Niedriglohnssektor, 1041–1048.

- Waltermann, Raimund*, NZA 2014, Stärkung der Tarifautonomie – Welche Wege könnte man gehen?, 874–879.
- Waltermann, Raimund*, Arbeitsrecht, 17. Aufl., München 2014.
- Waltermann, Raimund*, RdA 2014, Entwicklungslinien der Tarifautonomie, 86–93.
- Waltermann, Raimund*, Tarifautonomie und „Richtigkeitsgewähr“ des Tarifvertrags in der Leiharbeit?, in: Creutzfeldt/Thüsing/Hanau/Wißmann (Hrsg.), Arbeitsgerichtsbarkeit und Wissenschaft – Festschrift für Klaus Bepler zum 65. Geburtstag, München 2012, 569–584.
- Wiedemann, Herbert*, SAE 1969, Zum Differenzierungsverbot zwischen organisierten und nichtorganisierten Arbeitnehmern im Tarifvertrag, 265–268.
- Wiedemann, Herbert*, RdA 1969, Die deutschen Gewerkschaften – Mitgliederverband oder Berufsorgan? – Gedanken zur Stellung der Gewerkschaften gegenüber der nichtorganisierten Arbeitnehmerschaft, 321–336.
- Wiedemann, Herbert*, RdA 1997, Die Gestaltungsaufgabe der Tarifvertragsparteien, 297–304.
- Wiedemann, Herbert* (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 7. Aufl., München 2007 (zit.: *Wiedemann/Bearbeiter*, TVG, § Rn.).
- Wiedemann, Herbert*, RdA 2007, Der nicht organisierte Arbeitnehmer im kollektiven Arbeitsrecht, 65–70.
- Wiedemann, Herbert*, BB 2013, Tarifautonomie heute, 1397–1402.
- Zöllner, Wolfgang*, Die Rechtsnatur der Tarifnormen nach deutschem Recht, Wien 1966.
- Zöllner, Wolfgang*, Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln, Düsseldorf 1967.
- Zöllner, Wolfgang*, DB 1989, Die Zulässigkeit einzelvertraglicher Verlängerung der tariflichen Wochenarbeitszeit, 2121–2126.

Schriftenreihe des Hugo Sinzheimer Instituts für Arbeitsrecht

- Band 14** Olaf Deinert
Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer in Inlandsbetrieben
ISBN 978-3-7663-6468-5
- Band 13** Florian Rödl/Raphaël Callsen
Kollektive soziale Rechte unter dem Druck der Währungsunion
ISBN 978-3-7663-6467-8
- Band 12** Ulrich Preis / Daniel Ulber
**Ausschlussfristen und Mindestlohngesetz – Der Mindestlohn
als unabdingbarer Sockelanspruch**
ISBN 978-3-7663-6413-5
- Band 11** Ulrike Wendeling-Schröder (Hrsg)
Die Arbeitsbedingungen des Betriebsrats
ISBN 978-3-7663-6329-9
- Band 10** Monika Schlachter
**Das Verbot der Altersdiskriminierung
und der Gestaltungsspielraum der Tarifvertragsparteien**
ISBN 978-3-7663-6389-3
- Band 9** Ingrid Maas / Karl Schmitz / Peter Wedde
**Datenschutz 2014
Probleme und Lösungsmöglichkeiten**
ISBN 978-3-7663-6386-2
- Band 8** Thorsten Kingreen
Soziales Fortschrittsprotokoll – Potenzial und Alternativen
ISBN 978-3-7663-6326-8
- Band 7** Ulrike Wendeling-Schröder
**Kritik der Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag unter besonderer
Berücksichtigung der Tarifverträge tarifunfähiger Gewerkschaften
in der Leiharbeit**
ISBN 978-3-7663-6282-7
- Band 6** Jens Schubert
**Der Vorschlag der EU-Kommission für eine Monti-II-Verordnung –
eine kritische Analyse unter Einbeziehung der Überlegungen
zu der Enforcement-Richtlinie**
ISBN 978-3-86194-115-6

- Band 5** Wolfgang Däubler
Die Unternehmerfreiheit im Arbeitsrecht – eine unantastbare Größe?
ISBN 978-3-86194-110-1
- Band 4** Bernd Waas
Betriebsrat und Arbeitszeit – Pauschale Abgeltung und Freistellungen über das Gesetz hinaus
ISBN 978-3-86194-092-0
- Band 3** Bernd Waas
Geschlechterquoten für die Besetzung der Leitungsgremien von Unternehmen – Bewertung der aktuellen Entwürfe aus unionsrechtlicher und rechtsvergleichender Sicht
ISBN 978-3-86194-080-7
- Band 2** Rüdiger Krause
Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit und zur Durchsetzung von Equal Pay
ISBN 978-3-86194-071-5
- Band 1** Britta Rehder / Olaf Deinert / Raphaël Callsen
Arbeitskampfmittelfreiheit und atypische Arbeitskampfformen – Rechtliche Bewertung atypischer Arbeitskampfformen und Grenzen der Rechtsfortbildung
ISBN 978-3-86194-056-2