

Deinert, Olaf

Book

Die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung

HSI-Schriftenreihe, No. 53

Provided in Cooperation with:

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

Suggested Citation: Deinert, Olaf (2024) : Die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung, HSI-Schriftenreihe, No. 53, ISBN 978-3-7663-7399-1, Bund-Verlag, Frankfurt a. M.

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/303129>

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.

HSI

Hugo Sinzheimer Institut
für Arbeits- und Sozialrecht

Das HSI ist ein Institut
der Hans-Böckler-Stiftung

Band 53

HSI-SCHRIFTENREIHE

Die konditionierte Allgemeinverbindlich- erklärung

Olaf Deinert

Olaf Deinert

Die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung

HSI

Hugo Sinzheimer Institut
für Arbeits- und Sozialrecht

Das HSI ist ein Institut
der Hans-Böckler-Stiftung

Band 53
HSI-Schriftenreihe

Die konditionierte Allgemeinverbindlich- erklärung

Olaf Deinert

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.

© Bund-Verlag GmbH, Emil-von-Behring-Straße 14, 60439 Frankfurt am Main, 2024

Umschlaggestaltung: A&B one Kommunikationsagentur GmbH, Berlin

Satz: Reemers Publishing Services GmbH, Krefeld

Druck: CPI books GmbH, Birkstraße 10, 25917 Leck

ISBN 978-3-7663-7399-1

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Speicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

www.bund-verlag.de

Vorwort

Seit Jahren sinkt die Zahl der tarifgebundenen Arbeitgeber kontinuierlich, immer weniger Beschäftigte profitieren von der Geltung eines Tarifvertrags. Die 2022 verabschiedete Mindestlohnrichtlinie der Europäischen Union, die bis November 2024 auch in der Bundesrepublik umzusetzen ist, sieht für Mitgliedstaaten mit einer tariflichen Abdeckung von weniger als 80 Prozent die Verpflichtung vor, Maßnahmen zu deren Erhöhung zu ergreifen. Die amtierende Bundesregierung hat sich im Koalitionsvertrag vorgenommen, „die Tarifautonomie, die Tarifpartner und die Tarifbindung [zu] stärken“. Die Förderung von Tarifverhandlungen ist dabei kein Selbstzweck, sondern soll der Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen lohnabhängiger Menschen dienen und zur gerechten Lohnfindung beitragen.

Als eine mögliche Maßnahme zur Stärkung der Tarifbindung ist die Reform der Allgemeinverbindlicherklärung wieder vermehrt im Fokus der tarifrechtlichen und verfassungsrechtlichen Diskussion. Die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen nach § 5 TVG ist ein wichtiges Instrument, um die Tarifwirkung auch auf solche Arbeitgeber zu erstrecken, die keinem Arbeitgeberverband angehören oder durch einen Haustarifvertrag tarifgebunden sind.

Zugleich sind exklusive Leistungen für Gewerkschaftsmitglieder und Differenzierungsklauseln wirksame Instrumente, um auf Arbeitnehmerseite die Gewerkschaftsmitgliedschaft attraktiv auszugestalten. Wenn kollektiv ausgehandelte, solidarisch durchgesetzte Tarifverträge gewerkschaftlich nichtorganisierten Beschäftigten nicht per se in demselben Umfang zukommen wie denjenigen, die die Mitgliederbasis der Gewerkschaft und damit die tarifpolitische Handlungsfähigkeit der Arbeitnehmerseite stärken, kann das einen Beitrag zur Stabilisierung des Tarifsystems leisten.

Lassen sich also mit dem Ziel, sowohl die Geltung von Tarifverträgen auszuweiten als auch die tarifautonome Betätigung zu stärken, beide Instrumente miteinander verbinden?

Prof. Dr. Olaf Deinert, Georg-August-Universität Göttingen, bejaht diese Frage und erörtert die Möglichkeit einer Konditionierung der Allgemeinverbindlicherklärung zur Stützung des Tarifsystems. Der Tarifvertrag bleibt demnach für alle Arbeitgeber innerhalb seines Geltungsbereichs unabhängig von der Verbandsmitgliedschaft bindend, allerdings in Hinblick auf die konditionierten tarifvertraglichen Leistungen nur im Verhältnis zu den kraft Mitgliedschaft tarifgebundenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern. So wären Arbeitge-

ber weiterhin vor „Schmutzkonzurrenz“ geschützt, auf Arbeitnehmerseite bliebe aber ein Anreiz für die Mitgliedschaft in den Gewerkschaften.

Im vorliegenden Gutachten erörtert Prof. Dr. Olaf Deinert verschiedene Möglichkeiten zur Umsetzung einer solchen konditionierten Allgemeinverbindlicherklärung unter ausführlicher Prüfung des rechtlichen Rahmens. Sie reichen von einer Gesetzesänderung des § 5 Abs. 4 TVG bis hin zu verschiedenen Möglichkeiten, bereits auf der Grundlage des bestehenden Rechts vorzugehen: durch die Beschränkung der Allgemeinverbindlicherklärung als solcher oder durch verschiedene Möglichkeiten der Gestaltung des Tarifvertrags selbst. Die Untersuchung bereichert die Diskussion um die Wiederbelebung und Reform der Allgemeinverbindlicherklärung und die Stärkung des Tarifvertragssystems somit um konkrete tarif- und rechtspolitische Instrumente.

Wir wünschen eine anregende Lektüre!



Prof. Dr. Johanna Wenckebach

Wissenschaftliche Direktorin des Hugo Sinzheimer Instituts

Inhaltsübersicht

Vorwort	5
I. Konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung zur Stützung des Tarifsystems	13
II. Mögliche Konstruktionen	18
III. Rechtliche Zulässigkeit der konditionierten Allgemeinverbindlicherklärung	32
IV. Entsenderechtliche Konsequenzen der konditionierten Allgemeinverbindlicherklärung	79
V. Ergebnisse	81
Literaturverzeichnis	83

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
I. Konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung zur Stützung des Tarifsystems	13
II. Mögliche Konstruktionen	18
1. Gesetzesänderung	19
2. Beschränkung des persönlichen Geltungsbereichs	20
3. Einfache Differenzierungsklausel	22
a) Konzeption	22
b) Rechtmäßigkeit einfacher Differenzierungsklauseln	24
c) Reichweite der Bindungswirkung der abweichenden Entscheidung des Großen Senats	25
d) Nötigung zur Offenlegung der Gewerkschaftszugehörigkeit	26
4. Einbindung Dritter	27
5. Spannenklauseln	28
a) Konzeption	28
b) Rechtmäßigkeit von Spannenklauseln	29
c) Reichweite der Bindungswirkung der Entscheidung des Großen Senats	31
III. Rechtliche Zulässigkeit der konditionierten Allgemeinverbindlicherklärung	32
1. Tarifvertragsrechtliche Zulässigkeit	32
a) Tarifvertrag	32
(1) Grundsatz	32
(2) Tarifvertrag mit Geltungsbereichsbeschränkung	33
(3) Tarifvertrag mit Differenzierungsklausel	33
(4) Tarifvertrag mit Spannenklausel	35
(5) Einbindung Dritter in die Abwicklung	35
b) Öffentliches Interesse	35
(1) Überwiegende Bedeutung des Tarifvertrages in seinem Geltungsbereich	36

(2)	Erforderlichkeit zur Absicherung der Wirksamkeit der tarifvertraglichen Normsetzung	37
(3)	Keine entgegenstehenden besonderen Umstände oder gewichtigen Interessen	39
(4)	Öffentliches Interesse zur Sicherung der Funktionsfähigkeit einer gemeinsamen Einrichtung	40
(5)	Sonstiges öffentliches Interesse: Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie	41
c)	Weitere Voraussetzungen	43
(1)	Insbesondere: gemeinsamer Antrag	43
(2)	Insbesondere: Ausübung normativen Ermessens	44
d)	Vereinbarkeit mit dem Wesen der Allgemeinverbindlicherklärung	45
e)	Blick auf die Konsequenzen für Außenseiter-Arbeitgeber	47
f)	Zwischenfazit	49
2.	Verfassungs- und völkerrechtliche Zulässigkeit	50
a)	Zum Prüfungsmaßstab: Kontrolle eines staatlichen Erstreckungsaktes, nicht eines Tarifvertrages an sich	50
b)	Exkurs: Sonderproblem Art. 80 GG	51
c)	Negative Tarifvertragsfreiheit der Außenseiter?	52
(1)	Negative Koalitionsfreiheit	52
(2)	Gewährleistungsort	53
(3)	Gewährleistungsinhalt	54
d)	Fernbleiberecht	56
(1)	Prüfungsmaßstab	56
(2)	Eingriff durch konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung	58
(3)	Rechtfertigung	61
(4)	Grenzen	63
e)	Vertragsfreiheit der Außenseiter	64
f)	Gegnerunabhängigkeit	66
g)	Staatsneutralität	68

h)	Positive Koalitionsfreiheit anders organisierter Arbeitnehmer	69
i)	Gleichheitssatz	71
j)	Zusammenfassung	72
3.	Unionsrechtliche Zulässigkeit	72
a)	Entsenderichtlinie	73
b)	Primärrecht	74
	(1) Dienstleistungsfreiheit	74
	(2) Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit	76
	(3) Kartellverbot	77
c)	Mindestlohnrichtlinie	77
IV.	Entsenderechtliche Konsequenzen der konditionierten Allgemeinverbindlicherklärung	79
V.	Ergebnisse	81
	Literaturverzeichnis	83

I. Konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung zur Stützung des Tarifsystems

Die Idee der konditionierten Allgemeinverbindlicherklärung ist aus der Überlegung heraus entwickelt, das Tarifvertragssystem durch eine Verbindung von exklusiven Regelungen für Gewerkschaftsmitglieder und Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen zu stützen, indem die Mitgliedschaft im Tarifträgerverband gestärkt wird. Die Allgemeinverbindlicherklärung ist dann eine konditionierte, weil sie Anreiz für die Mitgliedschaft setzt.

Die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen nach § 5 TVG ist ein wichtiges Instrument zur Stützung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie.¹ Sie erfolgt durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales, wenn sie im öffentlichen Interesse geboten erscheint. Mit ihr erfassen die Rechtsnormen des Tarifvertrages gemäß § 5 Abs. 4 TVG auch die bisher nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Geltungsbereich des Tarifvertrages. Das Bundesverfassungsgericht sieht daher die verfassungsrechtliche Fundierung nicht von ungefähr in Art. 9 Abs. 3 GG.²

Die Allgemeinverbindlicherklärung hat eine besondere Funktion im deutschen Tarifvertragsrecht. Im Hinblick darauf, dass den Tarifvertragsparteien durch die Verfassung nicht etwa ein beliebiges Normsetzungsrecht gewährt wird, sondern die Normsetzung erst durch die Mitgliedschaft der jeweiligen Verbandsmitglieder legitimiert wird, beschränkt sich die Normsetzungsmacht im Allgemeinen, jedenfalls für Inhalts-, Abschluss- und Beendigungsnormen, auf die Rechtsetzung für die Mitglieder der Verbände.³ Das entspricht nach den Worten des Bundesverfassungsgerichts auch einem historisch gewachsenen Verständnis der Verfassung und dem Selbstverständnis der Koalitionen.⁴ Zu Recht wurde freilich darauf hingewiesen, dass die Tarifautonomie nicht auf die Normsetzung für Mitglieder insgesamt beschränkt ist, sondern auch auf Normsetzung für Dritte (mit)angelegt ist.⁵ Die Tarifbindung für Dritte ist

1 Walser, Einfluss der Rechtsordnung, S. 301 ff.

2 BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322; BVerfG 15.7.1980 – 1 BvR 24/74 und 439/79, BVerfGE 55, 7.

3 BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 347 f.; BAG 23.3.2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920, Rn. 42; BAG 15.4.2015 – 4 AZR 796/13, NZA 2015, 1388, Rn. 47; vgl. auch Kingreen, Exklusive Tariföffnungsklauseln, S. 9 f.; Höpfner, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, S. 308 ff.; Deinert, SR Sonderausgabe 2017, 24, 25 f.

4 BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 347 f.

5 Waltermann, SR 2021, 177, 179 f.; Rödl, SR 2022, 217 ff.; ders., WSI-Mitt. 2023, 168 ff.

etwa vorgesehen für Tarifnormen über Betriebs- und betriebsverfassungsrechtliche Fragen in § 3 Abs. 2 TVG, ferner für Ausgetretene in § 3 Abs. 3 TVG, für die Ablösung durch Erwerbstarifbindung nach Betriebsübergang gemäß § 613a Abs. 1 Satz 2 ff. BGB, für die Erstreckung über Rechtsverordnungen nach §§ 7, 7a AEntG oder für die Allgemeinverbindlicherklärung. Eine Erstreckung auf Außenseiter bedarf aber immer einer Legitimation, die i.d.R. demokratisch erfolgt durch einen hinzutretenden staatlichen Akt,⁶ vorab durch Gesetz oder nachträglich durch Erstreckung im Wege der Allgemeinverbindlicherklärung oder durch Rechtsverordnung. Wenn im Folgenden von Tarifmacht die Rede ist, soll damit explizit die hier erörterte Befugnis angesprochen sein, Rechtsnormen für Dritte (Arbeitnehmer und Arbeitgeber) zu setzen.⁷

Diese Wirkung für und gegen jeden innerhalb des Geltungsbereichs des Tarifvertrags trägt eine gewisse Ambivalenz in sich.⁸ Einerseits werden die Tarifgebundenen vor Unterbietungskonkurrenz durch Außenseiter geschützt.⁹ Die Allgemeinverbindlicherklärung stützt insoweit die Tarifautonomie.¹⁰ Denn die Vereinbarung untertariflicher Arbeitsbedingungen ist Arbeitgebern wie Arbeitnehmern, ob organisiert oder nicht, wegen der zwingenden Wirkung des Tarifvertrages nach § 4 Abs. 1 TVG nicht möglich. Ein Verbandsaustritt verliert zudem insoweit seinen Reiz, als dadurch der Tarifbindung nicht zu entkommen ist.¹¹ Andererseits erscheint für die bislang noch nicht organisierten Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein Beitritt zu den Verbänden im Interesse der autonomen Regulierung der Arbeitsbedingungen nicht geboten, weil sie auch ohne Beitritt an der Nominierung teilhaben. Auf Arbeitgeberseite dürfte dies weniger ein Problem sein. Denn nur im Wege der Ausübung von Mitgliedschaftsrechten lässt sich durch Mitgestaltung der Tarifpolitik aus Arbeitgeberricht „Schlimmeres“ (teurere Arbeitsbedingungen) verhindern. Das schafft für Arbeitgeber einen Anreiz zum Beitritt.¹² Anders sieht es auf Arbeitnehmerseite aus: Der Vorteil der garantierten Arbeitsbedingungen ist im Falle der Allgemeinverbindlicherklärung auch den Außenseitern gewiss, sodass ein Beitritt um des Vorteils dieser Arbeitsbedingungen willen nicht geboten erscheint. Auch wenn die Empirie nicht bestätigt, dass die Allgemeinverbindlichkeit eine

6 *Breschendorf*, Zweiteilung der Belegschaft, S. 34 ff.

7 Krit. zum Begriff im Hinblick auf sehr unterschiedliche mögliche Inhalte *Ulber*, AuR 2023, 6 ff.

8 Vgl. auch BVerfG 10.1.2020 – 1 BvR 4/17, NZA 2020, 253, Rn. 20; *Waltermann*, SR 2021, 177, 178 f.

9 *Höpfner*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, S. 466 ff.; *Waltermann*, RdA 2018, 137, 138 ff.

10 *Preis/Povedano Peramato*, Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 16 f.; *Greiner*, FS v. Hoyningen-Huene, 2014, S. 103, 109. Vgl. auch zum Schutz der Effektivität tarifvertraglicher Normsetzung vor Unterlaufen allgemeinverbindlicher Tarifverträge durch Leiharbeit BVerfG 6.10.1987 – 1 BvR 1086, 1468 und 1623/82, BVerfGE 77, 84, 114 f.

11 *Deinert/Walser*, Tarifvertragliche Bindung, S. 155 f.

12 *Traxler*, Das deutsche Tarifsystem, S. 3 f.; *Deinert/Walser*, Tarifvertragliche Bindung, S. 155.

Gefährdung der Mitgliederbasis der Gewerkschaften zur Folge hat,¹³ liegt doch die Ambivalenz auf der Hand, weil jedenfalls der Schutz vor Unterbietungskonkurrenz auf Arbeitnehmerseite einen wichtigen Vorteil der Verbandsmitgliedschaft infrage stellt.¹⁴

Unter dem Brennglas der Allgemeinverbindlicherklärung wird damit ein Dilemma sichtbar, das – zumindest beim tarifgebundenen Arbeitgeber – auch ohne diese zum Problem für die auf Mitgliedschaft basierende Tarifautonomie wird. Der tarifgebundene Arbeitgeber hat kein Interesse daran, im eigenen Betrieb nach der Gewerkschaftsmitgliedschaft zu differenzieren – im Allgemeinen schon nicht, um den Betriebsfrieden nicht zu gefährden (berechtigt oder nicht), im Besonderen nicht, um die Außenseiter nicht zu veranlassen, in die Gewerkschaft einzutreten, damit sie nun doch die vorenthaltene Leistung beanspruchen können, nur nunmehr als Gewerkschaftsmitglieder. Verbreitet ist daher die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf den Tarifvertrag. Über sie wird über den Kreis der nach § 3 Abs. 1 TVG Tarifgebundenen hinaus auf Arbeitnehmerseite eine Quasi-erga-omnes-Wirkung erzeugt. *Waltermann* fasst dies zusammen als „Killer der Tarifbindung“ und „Belohnung des Trittbrettfahrens“.¹⁵ Für die Allgemeinverbindlicherklärung bedeutet das, dass sie, obwohl zur Stärkung der aktualisierten Tarifautonomie gewünscht, sich umso mehr als Killer der Tarifautonomie als Institution erweisen kann. Darauf ist noch zurückzukommen.

Vor diesem Hintergrund sind Überlegungen zur sog. konditionierten Allgemeinverbindlicherklärung zu sehen. Die Allgemeinverbindlicherklärung bietet Schutz vor allem vor Unterbietungswettbewerb auf Arbeitgeberseite.¹⁶ Der Arbeitgeber, der tarifgebunden ist, soll dadurch im Wettbewerb keine Nachteile erleiden. Schon im „*Lemgoer Entwurf*“ zum TVG aus März 1948 hieß es, es sei nicht hinnehmbar, „daß undisziplinierte Außenseiter die Möglichkeit haben, das demokratische Gesetzgebungswerk der überwiegenden Mehrheit der Beteiligten zu durchkreuzen“.¹⁷ Pointierter ausgedrückt: Die Beschäftigung von Gewerkschaftsmitgliedern wird damit als Wettbewerbsfaktor neutralisiert. Andererseits soll „Trittbrettfahren“ auf Arbeitnehmerseite zumindest nicht erzwungen werden: Wer nicht organisiert ist, soll nicht schon allein wegen der Allgemeinverbindlicherklärung Anspruch auf die von der Gewerkschaft ausgehandelten Arbeitsbedingungen haben.

13 *Behrens/Schulten*, WSI-Mitt. 2023, 159, 164.

14 Vgl. *Waltermann*, RdA 2018, 137, 138

15 *Waltermann*, ZfA 2020, 211, 213.

16 BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 342, *Wiedemann-Wank*, § 5 Rn. 8; *Walser*, Einfluss der Rechtsordnung, S. 303 f.; *Waltermann*, SR 2021, 177, 183; *Deinert*, SR Sonderausgabe 2017, 24, 27.

17 *Materialien zur Entstehung des Tarifvertragsgesetzes*, ZfA 1973, 129, 135.

Die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung soll den Vorteil der Außenseiterbindung auf Arbeitgeberseite verbinden mit der Schaffung von Anreiz zum Gewerkschaftsbeitritt und damit zur Stabilisierung des Tarifträgerverbandes. Der Gedanke einer Stärkung der Mitgliederbasis der Gewerkschaften als Tarifträgerverbände muss nicht als Stärkungs- und Machtstreben von Gewerkschaften begriffen werden. Vielmehr ist zu erkennen, dass es durchaus weiße Flecken auf der Karte der Tariflandschaft gibt und diese je nach Branche und Mitgliederzahlen zunehmen können. Die Folge wäre ein – vermutlich – unwiederbringlicher Verlust der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie. Stützung der tariflichen Normierung durch Allgemeinverbindlicherklärung einerseits und Exklusivvorteile für Organisierte auf Arbeitnehmerseite andererseits sind daher keineswegs ein Widerspruch in sich, sondern können sich bei geschicktem Einsatz wechselseitig ergänzen. Dass die Motivation zum Gewerkschaftsbeitritt verschiedene Gründe haben kann und andererseits eine Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit nicht zwingend eine solche Motivation befördern muss,¹⁸ stellt die grundsätzliche Eignung als Anreiz zum Beitritt nicht infrage.

Diese Konzeption ließe sich erreichen durch eine auf die Arbeitgeberseite beschränkte Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen. Anders als zumindest dem gedanklichen Modell des § 5 Abs. 4 TVG entsprechend wäre das Ziel, dass ein Tarifvertrag für alle Arbeitgeber innerhalb seines Geltungsbereichs unabhängig von der Verbandsmitgliedschaft bindend ist, allerdings nur im Verhältnis zu den kraft Mitgliedschaft tarifgebundenen Arbeitnehmern. Das würde immerhin auf das System der Mitgliederbezogenheit des Tarifvertragssystems – jedenfalls – auf Arbeitnehmerseite – aufsatteln.¹⁹ So bestünde auf Arbeitgeberseite Schutz vor „Schmutzkonkurrenz“²⁰, während auf Arbeitnehmerseite ein Anreiz zum Beitritt bliebe, wenn nur auf diesem Wege der Vorteil tarifvertraglicher Regelungen zu bekommen wäre.

Die nachfolgende Darstellung erörtert zunächst die möglichen Konstruktionen einer solchen konditionierten Allgemeinverbindlicherklärung (sogleich II). Sodann wird deren rechtliche Zulässigkeit untersucht. Dabei soll die Zulässigkeit von Differenzierungsklauseln in Tarifverträgen nicht im Ganzen erneut diskutiert werden.²¹ Vielmehr gilt es, an den diesbezüglichen Diskussionsstand (s.u. II 3 und II 5) zu knüpfen und speziell mit Blick auf die Frage der

18 Vgl. *Behrens/Schulten*, WSI-Mitt. 2023, 159, 162, 165.

19 Zu diesem Gedanken allg. für Differenzierungsklauseln *Waltermann*, Differenzierungsklauseln, S. 25.

20 Der Begriff wird bereits verwendet bei BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 323; BAG 20.9.2017 – 10 ABR 42/16, NZA 2018, 186, Rn. 31.

21 Dazu aus jüngerer Zeit vor allem ausführlich *Leydecker*, Der Tarifvertrag als exklusives Gut; *Neumann*, Tarifboni; *Waltermann*, Differenzierungsklauseln.

konditionierten Allgemeinverbindlicherklärung von Differenzierungsklauseln die wesentlichen rechtlichen Bedenken zu erörtern, aber mit besonderem Fokus auf die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung (s.u. III). Abschließend ist dann kurz auf die entsenderechtlichen Konsequenzen einer möglichen konditionierten Allgemeinverbindlicherklärung einzugehen (s.u. IV). Dass es dabei nur um eines von mehreren Elementen einer Stärkung der Tarifautonomie geht, liegt auf der Hand. Weitere Instrumente waren bereits Gegenstand verschiedener Untersuchungen.²² In diesem Kontext ist auch die europäische Mindestlohnrichtlinie (s.u. III 3 c) zu sehen.

Nicht eingegangen wird in dieser Untersuchung auf Möglichkeiten einer konditionierten Allgemeinverbindlicherklärung, die auf eine Erweiterung der Tarifbindung auf Arbeitgeberseite verzichtet.²³ Das würde etwa Sinn machen, wenn bei dispositivem Gesetzesrecht die vom Gesetz abweichende Regelung im Tarifvertrag tatbestandlich auf die Mitglieder des Arbeitgeberverbandes eingeführt wird.²⁴

22 *Beppler*, Gutachten B zum 70. Deutschen Juristentag; *Walser*, Einfluss der Rechtsordnung; *Deinert/Walser*, Tarifvertragliche Bindung; *Deinert*, SR Sonderausgabe 2017, 24 ff.; *Waltermann*, ZFA 2020, 211 ff.; partiell auch *Höpfner*, ZFA 2020, 178, 188 ff.

23 Vgl., auch zum Folgenden, *Waltermann*, ZFA 2020, 211, 220 ff.; *ders.*, SR 2021, 177, 182 f.

24 Zum Beitrittsanreiz auf Arbeitgeberseite im Falle tarifdispositiver Gesetze vgl. *Deinert/Walser*, Tarifvertragliche Bindung, S. 85 ff.; vgl. dazu auch *Kingreen*, Exklusive Tariföffnungsklauseln.

II. Mögliche Konstruktionen

An dieser Stelle ist zu erörtern, auf welchem Wege eine konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung herbeigeführt werden kann. Die Frage lautet, welche rechtlichen Konstruktionen denkbar sind, um zu erreichen, dass exklusive Mitgliedervorteile auf Arbeitnehmerseite in Aussicht gestellt werden und die Tarifnorm zugleich auf Arbeitgeberseite unabhängig von der Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband zur Anwendung kommt.

Insoweit käme zunächst in Betracht, die gesetzliche Regelung des § 5 Abs. 4 TVG dahingehend zu ergänzen, dass die Allgemeinverbindlicherklärung auch in der Weise erfolgen kann, dass nur auf Arbeitgeberseite der Kreis der Tarifgebundenen erweitert wird, während dies auf Arbeitnehmerseite ausbleibt. Das wäre auf rechtssichere Weise nur *de lege ferenda* möglich, da zweifelhaft ist, ob die derzeit gesetzlich vorgesehene Allgemeinverbindlicherklärung mit der Konsequenz der Erstreckung auf bisher nicht tarifgebundene Arbeitgeber *und* Arbeitnehmer auch die Möglichkeit einschließt, nur auf Arbeitgeberseite die Erweiterung der Tarifgebundenheit herbeizuführen (sogleich unten 1).

Derselbe Effekt ließe sich rechtstechnisch auch erreichen, indem der persönliche Geltungsbereich eines Tarifvertrages auf die Mitglieder der tarifvertragschließenden Gewerkschaft beschränkt wird. Der Tarifvertrag könnte dann auf dem herkömmlichen Wege für allgemeinverbindlich erklärt werden, wobei die Erstreckung auf Arbeitnehmerseite ins Leere ginge, weil Außenseiter zwar eigentlich tarifgebunden wären, der Tarifvertrag aber nicht auf sie anwendbar wäre, insoweit der Anwendungsbereich nicht eröffnet wäre (unten 2).

Einen ähnlichen Effekt hätte eine einfache Differenzierungsklausel. Der Tarifvertrag wäre kraft Allgemeinverbindlicherklärung auch für Außenseiter auf Arbeitnehmerseite maßgeblich, jedoch insoweit nicht, als Außenseiter nicht die tatbestandliche Voraussetzung der Gewerkschaftsmitgliedschaft für bestimmte Ansprüche erfüllen (unten 3).

Auf konstruktiv anderen Wegen würden die Einbindung Dritter (unten 4) und Spannenklauseln (unten 5) wirken. Der Tarifvertrag wäre auf die Außenseiter anwendbar, sie würden aber im Hinblick auf spezifische Exklusivvorteile im Tarifvertrag nicht von allen tariflichen Regelungen profitieren.

Die vorgestellten konstruktiven Wege sind im Folgenden näher zu untersuchen. Dabei hätten die zu 2-4 vorgeschlagenen Konstruktionen den Vorteil, dass eine Änderung des TVG nicht notwendig wäre. Die Fragen der rechtlichen Zulässigkeit einer konditionierten Allgemeinverbindlicherklärung im

nächsten Abschnitt (unten III) werden auf die Frage einer möglichen Gesetzesänderung daher nur noch insoweit eingehen, als sich dabei Besonderheiten ergeben. Da es um eine potenzielle Gesetzesänderung geht, stehen insoweit vor allem Fragen der Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht im Raum (s.u. III 2).

1. Gesetzesänderung

Die Zielsetzung der Allgemeinverbindlichkeit nur auf Arbeitgeberseite ließe sich prinzipiell durch eine Änderung des TVG erreichen. Dazu müsste § 5 Abs. 4 TVG in dem Sinne entsprechend ergänzt werden, dass die Allgemeinverbindlicherklärung sich auch auf eine Ausweitung der Tarifbindung nur auf Arbeitgeberseite beschränken könnte. Der Tenor könnte etwa lauten „Der Tarifvertrag (...) wird für die in seinen Geltungsbereich fallenden Arbeitgeber für allgemeinverbindlich erklärt.“ Ob Entsprechendes ohne eine vorherige Gesetzesänderung möglich wäre, erscheint zweifelhaft.²⁵

Allgemein wird schon in Zweifel gezogen, dass eine Einschränkung – welcher Art auch immer – der Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrages möglich sei. Denn dadurch wird letztlich eine inhaltliche Gestaltung vorgenommen, die der tarifautonomen Bestimmung durch die Tarifvertragsparteien vorbehalten ist und durch § 5 TVG nicht auf das Ministerium übertragen ist.²⁶ Zwar wird angenommen, dass eine Einschränkung hinsichtlich des Geltungsbereichs anders zu bewerten sei,²⁷ weil dies das öffentliche Interesse und nicht etwa das Normativemessen des Ministeriums betreffe.²⁸ Anerkannt ist insoweit eine Einschränkungsklausel zur Vermeidung von Tariffkollisionen (vgl. u. III 1 b) (3)). Die Einschränkung wird zwar grundsätzlich auch für den persönlichen Geltungsbereich angenommen.²⁹ Freilich liefe eine Reduzierung der Allgemeinverbindlicherklärung in Richtung auf eine Erstreckung nur auf bislang nicht tarifgebundene Arbeitgeber nicht mehr nur auf eine Einschränkung des Geltungsbereichs, sondern zumindest der Sache nach auf eine inhaltliche Umgestaltung hinaus. Vorgeschlagen³⁰, aber auch kritisiert (freilich mit Blick

25 So wohl auch Wiedemann-Wank, § 5 Rn. 187, wonach bei der Allgemeinverbindlicherklärung nicht nach der Gewerkschaftszugehörigkeit differenziert werden darf.

26 Vgl. Däubler-Lakies/Rödl, § 5 Rn. 223; Wiedemann-Wank, § 5 Rn. 97; Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 1271; HWK-Hensler, § 5 TVG Rn. 8; a.A. ErfK-Franzen, § 5 TVG Rn. 7; MünchArbR-Klumpp, § 248 Rn. 125; Löwisch/Rieble, § 5 Rn. 117; NK-GA/Forst, § 5 TVG Rn. 100; Sittard, Voraussetzungen und Wirkungen der Tarifnormerstreckung, S. 135 ff.

27 Löwisch/Rieble, § 5 Rn. 108 ff.; Jacobs/Krause/Oetker/Schubert-Oetker, § 6 Rn. 95.

28 Däubler-Lakies/Rödl, § 5 Rn. 223, 226.

29 HWK-Hensler, § 5 TVG Rn. 9; Däubler-Lakies/Rödl, § 5 Rn. 226; Wiedemann-Wank, § 5 Rn. 100.

30 Wiedemann/Arnold, Anm. zu BAG 14.6.1989 – 4 AZR 200/89, AP Nr. 16 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz.

auf die Offenlegung der Gewerkschaftszugehörigkeit, nicht mit Blick auf das System der Allgemeinverbindlicherklärung)³¹, wurde allerdings – zur Vermeidung von Tarifkonkurrenzen – eine Einschränkung auf Nichtorganisierte – also im diametralen Gegensatz zum hier vorgestellten Regelungsanliegen.

Die gesetzliche Rechtsfolge ist jedenfalls unbedingt formuliert und lässt nicht erkennen, dass die Allgemeinverbindlicherklärung mit der Folge einer Erweiterung des Kreises der Tarifgebundenen nur auf Arbeitgeberseite ebenfalls möglich wäre. Zudem wäre unklar, wer darüber entscheidet, dass es zur Allgemeinverbindlichkeit nur auf Arbeitgeberseite kommen soll. Denkbar wäre, dass eine solche Entscheidung bereits im gemeinsamen Antrag der Tarifvertragsparteien nach § 5 Abs. 1 TVG enthalten wäre, sodass das Bundesministerium für Arbeit und Soziales nur noch darüber entscheiden könnte, ob auch diese Form von Allgemeinverbindlicherklärung im öffentlichen Interesse geboten ist. Denkbar wäre aber auch, dass das Bundesministerium für Arbeit und Soziales darüber zu entscheiden hätte, ob die eine oder andere Form der Allgemeinverbindlichkeit die Rechtsfolge sein soll.

Insgesamt ist jedenfalls nicht eindeutig, dass die Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrages nur für Arbeitgeber bei gleichzeitiger Abhängigkeit der Tarifgebundenheit der Arbeitnehmer von der Verbandsmitgliedschaft ohne gesetzliche Änderung möglich wäre. De lege ferenda wäre eine solche gesetzliche konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung denkbar (unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht (näher dazu III)). Da sie mit einer inhaltlichen Änderung eines Tarifvertrages, der keine Differenzierungsklausel enthält, verbunden wäre, sollte diese Möglichkeit an einen gemeinsamen Antrag der Tarifvertragsparteien geknüpft werden.

2. Beschränkung des persönlichen Geltungsbereichs

Möglicherweise ließe sich derselbe Effekt konstruktiv aber auch bereits im Rahmen der geltenden Regelung durch geschickte Tarifpolitik erreichen. Die Allgemeinverbindlicherklärung ist nach ihrem Mechanismus darauf angelegt, den Tarifvertrag, so, wie er ist, auf Außenseiter zu erstrecken, indem die fehlende Tarifgebundenheit (§ 3 TVG) überbrückt wird. Wenn der Tarifvertrag mithin aus sich heraus nur für organisierte Arbeitnehmer zur Anwendung kommt,

31 *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 892.

ändert die Allgemeinverbindlicherklärung daran nichts,³² das Ministerium könnte eine Erstreckung nicht einmal erzwingen. Denn das Ministerium bleibt darauf beschränkt, die Allgemeinverbindlichkeit zu erklären oder davon Abstand zu nehmen. Auch soweit die Möglichkeit einer Einschränkung des Geltungsbereichs anerkannt wird (s.o. 1), ist dessen Erweiterung durch Allgemeinverbindlicherklärung nicht möglich.^{33,34} Das Ministerium könnte also einen Tarifvertrag mit Beschränkung des Geltungsbereichs auf Organisierte nicht durch Allgemeinverbindlicherklärung erweitern auf Außenseiter.

Insofern lässt sich die konditionierte Allgemeinverbindlichkeit bereits durch eine Beschränkung des Geltungsbereichs auf die Mitglieder der tarifvertragsschließenden Gewerkschaft erreichen. Die Allgemeinverbindlichkeit hätte dann zwar zur Folge, dass auch nicht organisierte Arbeitgeber verpflichtet wären, ihren organisierten Arbeitnehmern die tariflichen Leistungen zu gewähren, nicht aber den nicht organisierten, also den Außenseitern auf Arbeitnehmerseite.

Dass der Geltungsbereich eines Tarifvertrags im Allgemeinen auf die Mitglieder der vertragsschließenden Verbände beschränkt werden kann, ist anerkannt.³⁵ So hat das BAG eine Beschränkung des Geltungsbereichs auf Mitglieder des Arbeitgeberverbandes als möglich angesehen.³⁶ Ebenfalls wurde ein Tarifvertrag, dessen persönlicher Geltungsbereich auf Arbeitnehmer beschränkt war, die zu einem bestimmten Stichtag Mitglied der tarifvertragsschließenden Gewerkschaft waren, in der sog. Nokia-Entscheidung für zulässig gehalten.³⁷ Obwohl eine solche Regelung notwendig zur Folge hat, dass auch Außenseiter davon nicht schon etwa im Falle einer Bezugnahmeklausel profitieren würden,³⁸ hatte das Gericht dagegen keine Bedenken, vor allem deshalb, weil Tarifverträge ohnehin in erster Linie Regelungen für Organisierte schaffen. Soweit sich damit ein Effekt ergäbe, der einer so genannten einfachen Differenzierungsklausel entspreche,³⁹ sei dies rechtlich unproblematisch (zur rechtlichen Bewertung sog. einfacher Differenzierungsklauseln s. sogleich unten 3, die fragliche Klausel wird auch als Binnendifferenzierungsklausel bezeich-

32 *Gamillscheg*, Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, S. 89 f.; *Leydecker*, Der Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 236 f.

33 BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 327; *ErfK-Franzen*, § 5 TVG Rn. 5.

34 *Däubler-Lakies/Rödl*, § 5 Rn. 221; *MünchArbR-Klumpp*, § 248 Rn. 125; *Löwisch/Rieble*, § 5 Rn. 105; *Wiedemann-Wank*, § 5 Rn. 98; *Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Deinert*, § 11 Rn. 285.

35 Vgl. *Däubler-Deinert/Wenckebach*, § 4 Rn. 252 und 460, je m.w.N.

36 BAG 22.3.2005 – 1 ABR 64/03, AP Nr. 26 zu § 4 TVG Geltungsbereich; BAG 16.11.2016 – 4 AZR 697/14, AP Nr. 31 zu § 3 TVG.

37 BAG 15.4.2015 – 4 AZR 796/13, NZA 2015, 1388; ebenso *Höpfner*, RdA 2019, 146, 153 f.; krit. *HWK-Hensler*, § 1 TVG Rn. 110; a.A. *Lunk/Leder/Seidler*, RdA 2015, 399, 404.

38 So die Kritik bei *Greiner*, NZA 2016, 10 ff.

39 Vgl. auch *Greiner*, NZA 2016, 10, 11; *Höpfner*, RdA 2019, 146, 153.

net⁴⁰). Diese Entscheidung wurde der Sache nach verfassungsrechtlich gebilligt. Gegen eine in einem Parallelverfahren ergangene Entscheidung, die ihrerseits auf die hier zitierte Rechtsprechung nur knapp verwies, wurde eine Verfassungsbeschwerde erhoben, die allerdings nicht zur Entscheidung angenommen wurde.⁴¹

Konstruktiv ist eine konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung durch die Beschränkung des persönlichen Geltungsbereichs des Tarifvertrages auf Gewerkschaftsmitglieder somit denkbar.

3. Einfache Differenzierungsklausel

a) Konzeption

Die vorstehend erwähnte Form der konditionierten Allgemeinverbindlichkeit ist für eine Gewerkschaft allerdings tarifpolitisch problematisch. Denn mit ihr besteht die Gefahr, dass Arbeitgeber interessiert bleiben, ihren Betrieb „sauber“ zu halten, also möglichst gewerkschaftsfrei. Denn diese hätten im Wettbewerb mit Arbeitgebern, die in nennenswertem Umfang organisierte Arbeitnehmer beschäftigen, wiederum einen Preisvorteil. Aus gewerkschaftlicher Sicht besteht daher durchaus ein Interesse, dass ein systematischer und radikaler Nachteil für Außenseiter als Kehrseite des Wettbewerbsvorteils ihrer Arbeitgeber nicht entsteht.

Damit geht es um eine Frage der „Dosierung“. Auch Außenseiter sollen nicht systematisch unter Tarif beschäftigt werden können, ein Anreiz zum Gewerkschaftsbeitritt soll auf der anderen Seite bleiben. Damit ist das Feld der Differenzierungsklauseln angesprochen. Wenn beispielsweise eine Gratifikation oder Zulage nur unter der tatbestandlichen Voraussetzung der Gewerkschaftsmitgliedschaft beansprucht werden kann, während zugleich die tarifvertraglichen Bedingungen im Übrigen allgemeinverbindlich sind, bleibt der Wettbewerbsvorteil durch untertarifliche Bedingungen für Arbeitnehmer-Außenseiter auf Arbeitgeberseite moderat, während zugleich ein Beitrittsanreiz entsteht, wenn der Arbeitgeber nicht freiwillig an den Außenseiter leistet.

Genau genommen hat man es hier mit einer spezifischen Geltungsbereichsbeschreibung für eine bestimmte tarifliche Leistung zu tun, wie das auch bei-

40 Däubler-Heuschmid/Klug, § 1 Rn. 1059; Berg/Kocher/Schumann-Dierßen, § 3 Rn. 195a.

41 BVerfG 14.11.2018 – 1 BvR 1278/16, NZA 2019, 112; dazu Creutzfeldt, AuR 2019, 354 ff.

spielsweise bei Vergütungsgruppen der Fall ist: Jede Vergütungsgruppe ist letztlich durch einen verfeinerten Geltungsbereich gegenüber dem allgemeinen persönlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages gekennzeichnet.⁴² Die Austauschbarkeit von Regelungen zu einem eingeschränkten persönlichen Geltungsbereich mit tatbestandlichen Voraussetzungen einzelner Leistungen nach persönlichen Eigenschaften wird in der Entscheidung zur stichtagsbezogenen Geltungsbereichsbestimmung⁴³ deutlich. In dieser gab es zwei Tarifverträge, wobei der zweite Tarifvertrag eine ergänzende Leistung mit eingeschränkter Geltungsbereichsbestimmung enthielt. Wäre beides in einem Tarifvertrag zusammengefasst worden, liefe das – wenn von dem Umstand der Stichtagsregelung einmal abgesehen wird – auf eine einfache Differenzierungsklausel hinaus.

Das ist der Mechanismus der einfachen Differenzierungsklausel: Die Allgemeinverbindlicherklärung erfasst auch den Außenseiter, aber nur soweit Ansprüche nicht tatbestandlich die Gewerkschaftsmitgliedschaft voraussetzen^{44, 45}

Der Gedanke ihrer Verknüpfung mit einer Allgemeinverbindlicherklärung ist tarifpolitisch aufgekomen, nachdem durch Neufassung der Entsenderichtlinie im Wege der Richtlinie (EU) 2018/957⁴⁶ Entlohnung insgesamt und nicht mehr nur eine Mindestentlohnung über das Entsenderecht erstreckt werden konnte. Der Befürchtung der Bauarbeitgeber, angesichts der bußgeldbewehrten Erstreckung entstehe die Gefahr, sich Ordnungswidrigkeitenverfahren im Hinblick auf komplizierte Systeme der Erschwerniszulage auszusetzen, wollte die Gewerkschaft mit einer allgemeinverbindlichen Regelung eines Bestandslohns für die bereits bisher Tarifgebundenen, also die Organisierten, begegnen. Der „charmante“ Effekt wäre gewesen, dass organisierte Arbeitnehmer unabhängig von der Tarifgebundenheit des Arbeitgebers weiterhin in den Genuss der Zulage kommen, während diese für Außenseiter nicht erzwungen wäre. Von daher ergäbe sich für beide Seiten ein Interesse einerseits an der Differenzierungsklausel, andererseits aber auch an der Allgemeinverbindlichkeit.

42 Vgl. Däubler-Deinert/Wenckebach, § 4 Rn. 340; Wiedemann-Wank, § 4 Rn. 184; Jacobs/Krause/Oetker/Schubert-Jacobs, § 5 Rn. 70; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/1, S. 520.

43 S.o. Fn. 37.

44 Vgl. zu dieser Qualifizierung der einfachen Differenzierungsklausel BAG 18.3.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028; Benecke/Böhm/Cremer u.a., AuR 2021, 310, 312; Neumann, Tarifboni, S. 234 ff.; Berg/Kocher/Schumann-Kocher, § 5 Rn. 35; Kocher, NZA 2009, 119, 120; zur Kritik mit Blick auf die Auslegung einer Bezugnahme Klausel, worum es vorliegend allerdings nicht geht, vgl. Greiner/Subre, NJW 2010, 131, 132.

45 Leydecker, Der Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 239 ff.; Waltermann, SR 2021, 177, 184.

46 Richtlinie (EU) 2018/957 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 28.6.2018 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. L 173/16.

Dabei darf aber nicht verkannt werden, dass kein Arbeitgeber genötigt ist, auf der Grundlage einer solchen Differenzierungsklausel Außenseiter schlechter zu behandeln. Niemand kann ihm verwehren, auch dem Außenseiter die gleichen Bedingungen zu gewähren. Er ist dazu nur nicht verpflichtet.

b) Rechtmäßigkeit einfacher Differenzierungsklauseln

Die Differenzierungsklausel ist von der Tarifmacht der Tarifvertragsparteien erfasst.⁴⁷ Sie regelt allein die rechtlichen Ansprüche der Tarifgebundenen, was übrigens – mangels Allgemeinverbindlicherklärung – Auswirkungen insbesondere für die Organisierten hat, die zwar die tatbestandlichen Ansprüche der Tarifnorm erfüllen, aber nur solange sie organisiert bleiben (was im Falle der Nachbindung nach § 3 Abs. 3 TVG ansonsten auch über den Austritt hinaus der Fall wäre). Für Außenseiter hat die Differenzierungsklausel jedenfalls nur Reflexwirkungen, weil sie nicht schon durch Bezugnahme an den Vorteilen des Tarifvertrages partizipieren können.⁴⁸

Eine einfache Differenzierungsklausel ist zumindest nach der (neueren) Rechtsprechung des BAG, jedenfalls bei moderaten⁴⁹ Vorteilen für Organisierte, auch sonst rechtlich zulässig.⁵⁰ Sie regelt lediglich eine spezifische Anspruchsvoraussetzung für eine bestimmte tarifvertragliche Leistung.⁵¹ Sie hindert Außenseiter nicht, eine eben solche Leistung zu vereinbaren.⁵² Von daher schreibt die einfache Differenzierungsklausel nicht mehr vor, als an sich ohnehin schon aus dem Gesetz folgt, dass nämlich Außenseiter sich nicht auf tarifvertragliche Rechte berufen können.⁵³ Die negative Koalitionsfreiheit der Außenseiter wird dadurch nicht berührt. Dabei hat das Gericht aber auch darauf abgestellt, dass es sich um eine moderate Leistung von nicht maßgeblicher Bedeutung für den laufenden Lebensunterhalt handelte, die keinen einem Beitrittszwang gleichkommenden Druck auf Außenseiter ausübe (zu diesem Gesichtspunkt vgl. u. III 2 c) und zu-

47 *Benecke/Böhm/Cremer u.a.*, AuR 2021, 310, 312; *Höpfner*, RdA 2019, 146, 149.

48 *Leydecker*, AuR 2009, 338, 340; *Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Deinert*, § 11 Rn. 145; *Waltermann*, *Differenzierungsklauseln*, S. 67; a.A. *Greiner*, DB 2009, 398, 399 ff.; *Greiner/Subre*, NJW 2010, 131, 132 f.

49 In der maßgeblichen Entscheidung hat das BAG die fragliche Klausel als „in ihrer konkreten Ausgestaltung nicht rechtswidrig“ bezeichnet (Rn. 46) und im amtlichen Leitsatz ausgeführt: „Eine einfache Differenzierungsklausel, durch die in einem Tarifvertrag die Mitgliedschaft in der tarifschließenden Gewerkschaft zum Tatbestandsmerkmal eines Anspruchs auf eine jährliche Sonderzahlung von 535 Euro gemacht wird, begegnet keinen grundsätzlichen tarifrechtlichen oder verfassungsrechtlichen Bedenken“ (BAG 18.3.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 102)8. Bei der Differenzierung zwischen Gewerkschaftsmitgliedern hat das BAG in der Nokia-Entscheidung (15.4.2015 – 4 AZR 796/13, NZA 2015, 1388) auch bei deutlich höheren Größenordnungen keine Bedenken geäußert.

50 BAG 18.3.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028.

51 BAG 18.3.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028, Rn. 25; *Wiedemann-Jacobs*, Einl. Rn. 449.

52 *Däubler-Heuschmid/Klug*, § 1 Rn. 1051; *MünchArbR-Klump*, § 237 Rn. 23; *Wiedemann-Wank*, § 4 Rn. 606e.

53 BAG 18.3.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028, Rn. 54.

mal eine Gegenleistung für das Entgegenkommen der Gewerkschaft bei einem Sanierungstarifvertrag darstellte. Die neuere Rechtsprechung betont zudem stärker, dass die Tarifvertragsparteien ohnehin nur Regelungen für die Tarifunterworfenen schaffen können.⁵⁴ Insoweit dürfte die vorerwähnte Einschränkung seit der Anerkennung der Binnendifferenzierungsklausel in der Nokia-Entscheidung der Sache nach ohnedies erledigt sein.

Allerdings hat das BAG in der Entscheidung zur einfachen Differenzierungsklausel vom 18.3.2009 obiter dictum ausgeführt, dass es Anhaltspunkte dafür gäbe, dass der Gesetzgeber von einer Aufgabe der Tarifvertragsparteien zur Normierung von Arbeitsbedingungen nicht nur für die eigenen Mitglieder ausgehe, und dabei die Frage aufgeworfen, ob konkurrierende Rechte der Außenseiter bei der Tarifvertragsgestaltung zu berücksichtigen seien.⁵⁵ Im konkreten Fall hatte das Gericht allerdings insoweit keine Bedenken. Die Erwägung, dass die Tarifvertragsparteien eine Regelungsaufgabe auch für Dritte verfolgten, hat das Gericht aber später – zu Recht⁵⁶ – mit seiner Entscheidung zur Aufgabe der Tarifeinheitslehre (ebenfalls) aufgegeben.⁵⁷ Dass Tarifvertragsparteien auch Regeln für Außenseiter treffen können, steht auf einem anderen Blatt; um Außenseiter binden zu können, bedarf es aber einer besonderen staatlichen Anordnung (vgl. oben I).

c) Reichweite der Bindungswirkung der abweichenden Entscheidung des Großen Senats

Demgegenüber hatte der Große Senat des BAG noch ganz apodiktisch erklärt: „In Tarifverträgen darf zwischen den bei der vertragschließenden Gewerkschaft organisierten und anders oder nicht organisierten Arbeitnehmern nicht differenziert werden“.⁵⁸ Anders als in der Konstellation einer einfachen Differenzierungsklausel ging es dabei allerdings um eine Differenzierung hinsichtlich eines Urlaubsgeldes, das über einen Treuhänder auszuzahlen war. Die Allgemeinverbindlicherklärung einer solchen einfachen Differenzierungsklausel, in der die Gewerkschaftsmitgliedschaft lediglich Tatbestandsmerkmal eines Anspruchs ist, hat damit zur Folge, dass nur die organisierten Arbeitnehmer, die bisher bei einem Außenseiterarbeitgeber beschäftigt waren, von dieser pro-

54 BAG 18.3.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028, Rn. 51; BAG 23.3.2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920, Rn. 21; BAG 15.4.2015 – 4 AZR 796/13, NZA 2015, 1388, Rn. 47; vgl. auch BVerfG 14.11.2018 – 1 BvR 1278/16, NZA 2019, 112, Rn. 10.

55 BAG 18.3.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028, Rn. 60 ff.

56 Vgl. *Däubler/Heuschmid*, RdA 2013, 1, 5; *Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Deinert*, § 11 Rn. 3; a.A. *Greiner*, NZA 2016, 10, 12, 13 ff.

57 BAG 7.7.2010 – 4 AZR 549/08, NZA 2010, 1068, Rn. 63 ff.; bestätigt durch BAG 15.4.2015 – 4 AZR 796/13, NZA 2015, 1388, Rn. 50 ff.

58 BAG 29.11.1967 – GS 1/67, BAGE 20, 175, Leitsatz 6 zu I.

fitieren würden.⁵⁹ Auch eine Bezugnahme auf den Tarifvertrag im Arbeitsvertrag eines Außenseiters auf Arbeitnehmerseite ginge ins Leere.⁶⁰ Anders wäre dies nur, wenn ausdrücklich auch arbeitsvertragliche Ansprüche auf die den Gewerkschaftsmitgliedern vorbehaltenen Leistungen begründet werden sollten.⁶¹ In seiner Entscheidung vom 18.3.2009 hat der 4. Senat des BAG aber jedenfalls klargestellt, dass die Entscheidung des Großen Senats sich im Einzelnen nur mit Spannenklauseln befasst habe bzw. die tragenden Erwägungen unverzichtbar an Spannenklauseln gebunden seien, sodass eine Bindung nach § 45 Abs. 2 und 3 ArbGG ausscheide. Er hat zwar auch in einer Alternativbegründung die Wirksamkeit der fraglichen Klausel auf die – alte – Rechtsprechung des Großen Senats gestützt. Nachdem der zuständige Senat eine Bindungswirkung verneint hat, soll diese Sicht aber auch für die nachfolgenden Ausführungen eingenommen werden. Denn damit ist immerhin von dem insoweit zuständigen Senat die Frage der Vorlagepflicht geklärt.⁶²

d) Nötigung zur Offenlegung der Gewerkschaftszugehörigkeit

Kehrseite einer solchen einfachen Differenzierungsklausel, die für allgemeinverbindlich erklärt wird, ist aber, dass der Arbeitgeber zumindest in Anwendung der Differenzierungsklausel den Organisationsgrad in seinem Betrieb ermitteln kann. Denn er kann grundsätzlich jedem Arbeitnehmer gegenüber die Anspruchsvoraussetzungen der Gewerkschaftsmitgliedschaft in Zweifel ziehen und nur an diejenigen die durch Differenzierungsklausel vorgesehene Leistung gewähren, die ihm gegenüber die Anspruchsvoraussetzungen nachweisen. So erhält er auch ohne diesbezügliches Fragerecht eine ungefähre Vorstellung vom Organisationsgrad in seinem Betrieb – ungefähr insofern, als er verlässliche Kenntnis nur von denjenigen hat, die bereit sind, um die Leistung zu erhalten ihre Mitgliedschaft auch offenzulegen.⁶³

Dass die Kenntnis des Arbeitgebers vom Organisationsgrad im Betrieb an sich zu vermeiden ist,⁶⁴ ist zwar richtig, liegt im vorliegenden Fall allerdings in der Hand der betroffenen Gewerkschaft selber und sollte bei der Frage des Einsatzes einer Differenzierungsklausel generell im Auge behalten werden. Insoweit ist es eine andere Lage, als wenn eine staatliche Regelung die Offenlegung von Mehrheitsverhältnissen im Betrieb verlangt.

59 BAG 29.11.1967 – GS 1/67, BAGE 20, 175, 188.

60 BAG 29.11.1967 – GS 1/67, BAGE 20, 175, 188 f.

61 Däubler-Heuschmid/Klug, § 1 Rn. 1064; a.A. Löwisch/Rieble, § 1 Rn. 2131.

62 A.A. mit Anwürfen, die in Richtung Rechtsbeugung deuten, indes Löwisch/Rieble, § 1 Rn. 2129.

63 Zur notwendigen Offenlegung vgl. BAG 7.7.2010 – 4 AZR 549/08, NZA 2010, 1086, Rn. 46; Waltermann, ZFA 2020, 211, 220.

64 BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 u.a., NZA 2017, 915, Rn. 198.

4. Einbindung Dritter

Das vorerwähnte Problem ließe sich aber vermeiden, indem die Auszahlung des Sondervorteils aus einer Differenzierungsklausel über Dritte erfolgt, sodass der Arbeitgeber nicht erfahren muss, wie viele und welche Belegschaftsangehörigen Mitglieder der Gewerkschaft sind. Das wäre etwa denkbar in Form einer treuhänderischen Abwicklung durch Dritte. Eine solche ist grundsätzlich möglich.⁶⁵ Das BAG hat in seiner Entscheidung vom 21.5.2014 zum Saarverein klargestellt, dass der Arbeitgeber einen Beitrag etwa an einen Verein leisten kann, der daraus Vorteile exklusiv für organisierte Arbeitnehmer des Arbeitgebers auskehrt.⁶⁶ Außenseiter können sich in diesem Fall nicht auf den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz stützen, um vergleichbare Leistungen zu fordern, weil der Gleichbehandlungsgrundsatz mangels struktureller Ungleichgewichtslage im Falle der Anwendung einer tarifvertraglichen Verpflichtung nicht eingreift.⁶⁷ Umgekehrt ist der Arbeitgeber aber auch nicht gehindert, Außenseitern vergleichbare Leistungen zu erbringen.⁶⁸

Das ist aber wohl nicht ohne Pferdefüße. Zumindest auf die Zahl der Organisierten wäre rückzuschließen, wenn die Höhe der vom Arbeitgeber zu leistenden Zahlungen an den Treuhänder von der Zahl der Organisierten abhängt. Umgekehrt wäre eine Lösung über einen Festbetrag, der unter den Organisierten aufgeteilt wird, mit dem organisationspolitischen Nachteil behaftet, dass die organisierten Arbeitnehmer jedenfalls vordergründig kein Interesse an weiteren Organisierten haben können, weil, je größer die Zahl wird, ihr Anteil am zu verteilenden „Kuchen“ sinkt.

Ähnliche Probleme ergäben sich, wenn die Abwicklung über eine – ggf. bereits bestehende – gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien (§ 4 Abs. 2 TVG) erfolgen würde.⁶⁹ Auch hier wäre mit der Problematik zu kämpfen, dass entweder an die Zahl der organisierten Arbeitnehmer des Betriebes geknüpft wird oder aber eine „Umverteilung“ erfolgt. Auch hier ist der Arbeitgeber nicht gehindert, Außenseiter auf Arbeitnehmerseite entsprechend zu behandeln. Dies kann geschehen, indem er entweder Leistungen in vergleichba-

65 Vgl. *Wiedemann*, RdA 2007, 65, 67; *Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Deinert*, § 11 Rn. 147; *Däubler/Heuschmid*, RdA 2013, 1, 8; a.A. *Bauer/Arnold*, NZA 2011, 945, 949.

66 BAG 21.5.2014 – 4 AZR 50/13, NZA 2015, 115.

67 Bestätigt durch BAG 15.4.2015 – 4 AZR 796/13, NZA 2015, 1388, Rn. 52 ff.

68 Insoweit richtig *Lunk/Leder/Seidler*, RdA 2015, 399, 405.

69 Zu dieser Möglichkeit *Böttcher*, Die Gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, S. 105 ff.; *Gamillscheg*, Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, S. 100 ff.; *Däubler/Heuschmid*, RdA 2013, 1, 8 f.; *Waltermann*, Differenzierungsklauseln, S. 88 ff.

rem Umfang, wie sie sonst die gemeinsame Einrichtung erbringt, verspricht,⁷⁰ oder aber indem er eine vergleichbare Einrichtung gründet und finanziert.⁷¹

Eine solche Konstellation lag der Entscheidung des Großen Senats des BAG zur Unzulässigkeit von Differenzierungsklauseln zu Grunde. Dabei ging es gleichsam um eine Mischform, denn es sollte sich zwar um eine Urlaubskasse handeln, die Verwaltung aber durch einen von einer Tarifvertragspartei bestellten Treuhänder erfolgen, während der andere lediglich Kontrollrechte haben sollte.⁷²

5. Spannenklauseln

a) Konzeption

Würde über die oben beschriebenen einfachen Differenzierungsklauseln hinaus angestrebt, einen exklusiven Vorteil für organisierte Arbeitnehmer zu erreichen, der für Außenseiter in rechtlich garantierter Weise ausgeschlossen ist, ginge das nur durch Tarifausschlussklauseln. Da es sich bei solchen nach überwiegender Ansicht um einen Übergriff in die Vertragsgestaltungsfreiheit zwischen Arbeitgeber und Außenseiter-Arbeitnehmer handelt, sodass eine solche Klausel von der Tariftmacht nicht gedeckt wäre,⁷³ wäre eine Allgemeinverbindlicherklärung ausgeschlossen (vgl. näher u. III 1 a). Teils werden Tarifausschlussklauseln von vornherein, offenbar wegen der fehlenden Tariftmacht, nur als schuldrechtliche Verpflichtungen diskutiert.⁷⁴ Der schuldrechtliche Teil eines Tarifvertrages kann aber nicht für allgemeinverbindlich erklärt werden.⁷⁵ Eine konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung ist über eine Tarifausschlussklausel also nicht zu erhalten.

Das vermeidet eine Spannenklausel. Sie zielt nicht darauf ab, den Inhalt des Arbeitsvertrages von Außenseitern zu regeln, sondern interessiert sich für die

70 Insoweit richtig *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 2138

71 *Däubler-Heuschmid/Klug*, § 1 Rn. 1076.

72 BAG 29.11.1967 – GS 1/67, BAGE 20, 175.

73 *Benecke/Böhm/Cremer u.a.*, AuR 2021, 310, 312; *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht II/1, S. 169; *MünchArbR-Klumpp*, § 237 Rn. 25; *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 2147; *Waltermann*, Differenzierungsklauseln, S. 68; *Höpfner*, RdA 2019, 146, 149; *Kocher*, NZA 2009, 119, 123.

74 *Däubler-Heuschmid/Klug*, § 1 Rn. 1053; *Berg/Kocher/Schumann-Diersen*, § 3 Rn. 194; *Jacobs/Krause/Oetker/Schubert-Krause*, § 1 Rn. 81; *Däubler/Heuschmid*, RdA 2013, 1, 8; *Lunk/Leder/Seidler*, RdA 2015, 399, 403.

75 *NK-GA/Forst*, § 5 TVG Rn. 73; *HWK-Hensler*, § 5 TVG Rn. 36; *Löwisch/Rieble*, § 5 Rn. 85; *MünchArbR-Klumpp*, § 248 Rn. 122; *Berg/Kocher/Schumann-Kocher*, § 5 Rn. 18; *Kempfen/Zachert-Seifert*, § 5 Rn. 81; *Wiedemann-Wank*, § 5 Rn. 193.

sen nur mittelbar, indem sie einen exklusiven Vorteil für organisierte Arbeitnehmer sichert. Die Vereinbarung mit dem Außenseiter wird lediglich zum Anknüpfungspunkt der Tarifnorm für Organisierte gemacht.⁷⁶

b) Rechtmäßigkeit von Spannenklauseln

Dieser Vorteil als Spannungsicherung im Arbeitsverhältnis der Organisierten ist Gegenstand der tarifvertraglichen Regelung und mithin von der Tarifmacht der Tarifvertragsparteien gedeckt.⁷⁷ Das BAG⁷⁸ sieht das zwar mit einem Teil der Literatur⁷⁹ anders, kann dafür aber keine überzeugenden Argumente bieten.⁸⁰ Nach Ansicht des BAG fehlt es den Tarifvertragsparteien an der Tarifmacht, weil sie in die Vertragsgestaltung der Arbeitsvertragsparteien übergriffen, insoweit es diesen „rechtlich-logisch“ unmöglich gemacht werde, mit Organisierten gleichzuziehen. Das Gericht verkennt, dass den Vertragsparteien eine jede Vertragsgestaltung möglich ist, die gewünscht wird.⁸¹ Freilich können die Arbeitsvertragsparteien nur den Inhalt ihres eigenen Arbeitsvertrages gestalten und nicht den Inhalt des Vertrages mit dem Organisierten. Sie können ebenso wenig vertraglich absichern, dass andere nicht mehr bekommen, wie diese anderen das Gegenteil absichern könnten.⁸² Insofern unterliegt die Rechtsprechung eben jenem Fehlverständnis, das sie der Gegenansicht zu Unrecht vorwirft.⁸³ Soweit das BAG sich im Übrigen auf das Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 TVG beruft, verkennt es, dass diese Kollisionsregel im Verhältnis zum Außenseiter gar nicht zur Anwendung kommt.⁸⁴ Denn insoweit fehlt es schon an der vorausgesetzten zwingenden Wirkung des Tarifvertrages (§ 4 Abs. 1 TVG) gegenüber dem Außenseiter. Der – explizit oder latent erhobene – Vorwurf schließlich, die Spannungsicherungsklausel wolle dem nicht Organi-

76 Benecke/Böhm/Cremer u.a., AuR 2021, 310, 312; Waltermann, Differenzierungsklauseln, S. 67 f.

77 Benecke/Böhm/Cremer u.a., AuR 2021, 310, 311 ff.; Berg/Kocher/Schumann-Diefßen, § 3 Rn. 206b; Strauß, Anm. zu BAG 23.3.2011 – 4 AZR 366/09, EzA GG Art. 9 Nr. 104; Schubert, ZTR 20211, 579, 583 f.; Jacobs/Malorny, SR 2022, 1, 5 ff.; Jacobs/Krause/Oetker/Schubert-Krause, § 1 Rn. 77; vgl. auch Neumann, Tarifboni, S. 158 f., 199; ähnl. Leydecker, AuR 2012, 195, 198.

78 BAG 23.3.2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920.

79 Wiedemann-Jacobs, Einl. Rn. 454 f.; Löwisch/Rieble, § 1 Rn. 2155; NK-GA/Frieling, § 1 TVG Rn. 178, 181; ErfK-Franzen, § 1 TVG Rn. 62; MünchArbR-Klumpp, § 237 Rn. 25; Franzen, RdA 2006, 1, 6; Greiner, DB 2009, 398 ff.; Lunk/Leder/Seidler, RdA 2015, 399, 402 f.; Hartmann/Lobinger, NZA 2010, 421; Greiner, NZA 2016, 10.

80 Zur Kritik an der Rspr. ausf. Deinert/Walser, Tarifvertragliche Bindung, S. 80 ff.

81 Von daher überzeugt der Einwand einer Beeinträchtigung der Vertragsgestaltungschancen nicht, so aber Franzen, RdA 2006, 1, 6

82 Vgl. Deinert, RdA 2014, 129, 131 f.; zust. Waltermann, Differenzierungsklauseln, S. 74; ders., SR 2021, 177, 182; a.A. unter Berufung auf Art. 3 Abs. 1 GG (sic!) Breschendorf, Zweiteilung der Belegschaft, S. 99 f.

83 Nach Kempen, FS Bepler, 2012, S. 255, 262 ff., läge darin sogar ein Angriff auf die positive Koalitionsfreiheit.

84 Jacobs/Krause/Oetker/Schubert-Krause, § 1 Rn. 77; Kempen/Zachert-Kempen, Grundl. Rn. 224; vgl. auch Waltermann, Differenzierungsklauseln, S. 55.

sierten etwas vorenthalten,⁸⁵ liegt neben dem Kern der Sache, denn es geht darum, einen Vorteil zu sichern, nicht anderen einen Nachteil zu verschaffen. Die Organisierten würden von einem solchen Nachteil nichts haben, sondern im Gegenteil besonders profitieren, wenn Außenseiter weitere Leistungen erhalten – ein „Abwürgen“ solcher Zusatzleistungen ist keineswegs angestrebt, sondern nur Begleiteffekt. Diese (positive) Zielsetzung ist aber durch die Koalitionsfreiheit geschützt.⁸⁶ Von daher konnte auch schon die Annahme des Großen Senats nicht überzeugen, dass mit einer Differenzierungsklausel den Außenseitern ein Ausgleich für die Vorteile aus dem Tarifvertrag abverlangt werde.⁸⁷

In dem anderen Zusammenhang einer Differenzierung zwischen Gewerkschaftsmitgliedern nach Stichtag hat das BAG dies sehr viel klarer erkannt. In Bezug auf die Vertragsfreiheit von Arbeitgeber und Außenseiter auf Arbeitnehmerseite hat es ausgeführt: „Ihnen bleibt es unbenommen, ihre vertraglichen Beziehungen frei zu gestalten und durchzuführen. Soweit eine Tarifnorm sich auf das Arbeitsverhältnis von Außenseitern (...) auswirkt, beruht dies vorliegend nicht auf der normativen Wirkung des Tarifvertrages, sondern auf der privatautonom gestalteten Arbeitsvertragsbeziehung der Arbeitsvertragsparteien.“⁸⁸

Es trifft zwar zu, dass eine Spannenklausel eine (Er-)Drosselungswirkung erzeugt, weil der Arbeitgeber aus wirtschaftlichen Gründen irgendwann aufgeben wird, den Außenseitern weitergehende Leistungen zu versprechen. Davor, dass ein potenzieller Vertragspartner nur eingeschränkt leistungsfähig ist, weil er seine ökonomischen Möglichkeiten durch Vertragsbindungen mit Dritten reduziert hat, bietet die Verfassung allerdings keinen Schutz.⁸⁹ Letztlich sind die Grenzen der vertraglichen Gestaltungsfreiheit für die Arbeitsverträge von Außenseitern nicht rechtlich durch die Spannenklausel bestimmt, sondern wirtschaftlich durch die Leistungsfähigkeit des Arbeitgebers.⁹⁰

Dass eine Spannenklausel aus sonstigen Gründen nicht rechtswidrig ist, hat das BAG unter verschiedenen Gesichtspunkten bereits geprüft und festgestellt, etwa hinsichtlich der Bestimmtheit der Tarifklausel⁹¹ oder hinsichtlich der

85 *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 2113; *Greiner*, DB 2009, 398, 400; *Lunk/Leder/Seidler*, RdA 2015, 399,402; ebenso *Höpfner*, RdA 2019, 146, 150; zu pauschal insoweit auch *Creutzfeldt*, AuR 2019, 354.

86 Vgl. *Strauß*, Anm. zu BAG 23.3.2011 – 4 AZR 366/09, EzA Art. 9 GG Nr. 104.

87 BAG 29.11.1967 – GS 1/67, BAGE 20, 175, 219.

88 BAG 15.4.2015 – 4 AZR 796/13, NZA 2015, 1388, Rn. 48.

89 Vgl. *Schubert*, ZTR 2011, 579, 584; *Berg/Kocher/Schumann-Dierßen*, § 3 Rn. 206b; *Gamillscheg*, NZA 2005, 146, 148; *Waltermann*, SR 2021, 177, 182; *Deinert*, RdA 2014, 129, 131.

90 *Benecke/Böhm/Cremer u.a.*, AuR 2021, 310, 313; zust. *Jacobs/Malorny*, SR 2022, 1, 6 f.

91 *A.A. Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 2156.

Schriftformgebots.⁹² Auf diese Fragen muss an dieser Stelle daher nicht weiter eingegangen werden.

Nach allem ist eine Spannenklausel nicht rechtswidrig. Es wurde auch bereits vorgeführt, dass und wie eine entsprechende gesetzliche Klarstellung möglich wäre.⁹³ Eine Allgemeinverbindlicherklärung einer Spannungsicherungsklausel wäre daher aus diesem Grunde jedenfalls nicht unzulässig. Ob es ein öffentliches Interesse an der Allgemeinverbindlicherklärung einer Spannungsicherungsklausel gibt und das politische Ermessen hinsichtlich der Allgemeinverbindlicherklärung im bejahenden Sinne ausgeübt wird, kann an dieser Stelle aber jedenfalls offengelassen werden.

c) Reichweite der Bindungswirkung der Entscheidung des Großen Senats

Zu betonen ist allerdings, dass die Bindungswirkung der Entscheidung des Großen Senats von 1967 (vgl. o. 3) nach § 45 Abs. 2 ArbGG fortbesteht und bislang nicht durch eine abweichende Entscheidung des Großen Senats beseitigt worden ist. Auch auf dem Boden der vorliegenden Erkenntnis, dass die bisherige Rechtsprechung nicht zu überzeugen vermochte, wäre eine Neuausrichtung der Rechtsprechung nur nach Anrufung des Großen Senats nach § 45 Abs. 2 und 3 ArbGG möglich.

92 BAG 23.3.2011 – 4 AZR 366/09; NZA 2011, 920, Rn. 24 ff., 35 ff.

93 *Benecke/Böhm/Cremer u.a.*, AuR 2021, 310 ff.; dazu zust. *Jacobs/Malorny*, SR 2022, 1 ff.

III. Rechtliche Zulässigkeit der konditionierten Allgemeinverbindlicherklärung

Nachdem die rechtstechnischen Möglichkeiten einer konditionierten Allgemeinverbindlicherklärung ausgelotet wurden, geht es im Folgenden um die Frage, ob diese Wege auch in rechtlich zulässiger Weise beschritten werden können. Die Erwägungen unten zu 2 und 3 können auch eine Rolle für eine Gesetzesänderung im Sinne einer Erstreckung des Tarifvertrags nur auf Arbeitgeberseite (s.o. II 1) spielen. Der Fokus wird aber vor allem auf die Konstruktionen mittels einfacher Differenzierungsklauseln, Spannenklauseln und Einbindung Dritter in die Abwicklung tarifvertraglicher Leistungen (s.o. II 3–5) gerichtet, da dies die praktisch wichtigsten Wege sein dürften. Insoweit scheint auch eine Einschränkung des persönlichen Geltungsbereichs des Tarifvertrags auf organisierte Arbeitnehmer (s.o. II 2) eine eher theoretische Möglichkeit.

Damit eine konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung möglich ist, müssen die tarifvertragsrechtlichen Voraussetzungen für eine Allgemeinverbindlicherklärung gemäß § 5 TVG erfüllt sein (unten 1). Darüber hinaus dürfte die Allgemeinverbindlicherklärung weder gegen Verfassungs- und unmittelbar anwendbares Völkerrecht (EMRK) verstoßen (unten 2), noch gegen unmittelbar anwendbares Europäisches Unionsrecht (unten 3).

1. Tarifvertragsrechtliche Zulässigkeit

a) Tarifvertrag

(1) Grundsatz

Die Allgemeinverbindlicherklärung setzt einen wirksamen Tarifvertrag voraus.⁹⁴ Gäbe es keinen Tarifvertrag, wäre nichts für allgemeinverbindlich zu erklären. Würde gleichwohl eine Allgemeinverbindlicherklärung erfolgen, ginge sie ins Leere.⁹⁵ Denn mangels Tarifvertrages können auch keine tarifvertraglichen Bindungen im Sinne des § 5 Abs. 4 TVG erstreckt werden. Von daher wird zu Recht betont, dass eine Allgemeinverbindlicherklärung die Unwirk-

94 *Sittard*, Voraussetzungen und Wirkungen der Tarifnormerweiterung, S. 132 f.; *MünchArbR-Klump*, § 248 Rn. 45.

95 *NK-GA/Forst*, § 5 TVG Rn. 71.

samkeit einer Tarifnorm nicht heilen kann.⁹⁶ Demgegenüber wird teils davon ausgegangen, dass die inhaltliche Rechtmäßigkeitsüberprüfung von Tarifnormen der Gerichtsbarkeit vorbehalten sei, dem Ministerium fehle ein materielles Prüfungsrecht.⁹⁷ Das überzeugt nicht. Das Ministerium ist als Spitze der Exekutive an Recht und Gesetz gemäß Art. 20 Abs. 3 GG gebunden (Gesetzmäßigkeit der Verwaltung). Der Verzicht auf die (erweiternde) Exekution eines nichtigen Tarifvertrages ist nicht Tarifizensur,⁹⁸ sondern in rechtsstaatlicher Hinsicht geboten.⁹⁹ Unabhängig davon bestünde kein öffentliches Interesse (sogl. u. b) an der Allgemeinverbindlicherklärung eines unwirksamen Tarifvertrages. Anders kann es sein, wenn es um eine Tarifnorm geht, deren Rechtswidrigkeit keineswegs zweifelsfrei ist, insbesondere wenn es an höchstrichterlicher Rechtsprechung fehlt. Dann aber kann gleichwohl das öffentliche Interesse an der Allgemeinverbindlicherklärung einer rechtlich fragwürdigen Tarifnorm verneint werden.

(2) Tarifvertrag mit Geltungsbereichsbeschränkung

Auch ein Tarifvertrag, der seinen Geltungsbereich auf die Mitglieder eines oder beider tarifvertragschließender Verbände beschränkt, ist nach Vorstehendem ein wirksamer Tarifvertrag und daher grundsätzlich einer Allgemeinverbindlicherklärung zugänglich. Ebenso hat das BAG für einen Tarifvertrag entschieden, der zwischen Gewerkschaftsmitgliedern differenziert, die vor oder nach einem bestimmten Stichtag Mitglied waren bzw. wurden, dass die Geltungsbereichsbeschränkung zulässig ist. Soweit der Stichtag nicht willkürlich gewählt wird, sondern ein sachlicher Grund für diese Wahl besteht, wird die staatliche Schutzpflichtfunktion der Grundrechte im Hinblick auf den Gleichheitssatz nicht aktiviert, sodass der Tarifvertrag wirksam ist, auch wenn Außenseiter reflexhaft von diesem nicht profitieren können, weil sie erst recht nicht zum Stichtag Gewerkschaftsmitglieder waren.¹⁰⁰

(3) Tarifvertrag mit Differenzierungsklausel

Ähnliches gilt für spezifische Vorteilsregelungen in einem Tarifvertrag, die nur einzelne Leistungen betreffen und nicht hinsichtlich der Tarifgeltung insgesamt differenzieren, wie dies bei einfachen Differenzierungsklauseln und Spannenklauseln der Fall ist. Selbst wenn eine solche Klausel unwirksam ist, stellt das die Existenz eines Tarifvertrages als Ganzes nicht infrage. Denn für Tarif-

96 Däubler-Lakies/Rödl, § 5 Rn. 62; HWK-Henssler, § 5 TVG Rn. 7; Jacobs/Krause/Oetker/Schubert-Oetker, § 6 Rn. 92; vgl. ferner für den vorliegenden Zusammenhang auch Bötticher, Die Gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, S. 118 ff., 123.

97 Däubler-Lakies/Rödl, § 5 Rn. 62; a.A. Löwisch/Rieble, § 5 Rn. 156.

98 So aber Däubler-Lakies/Rödl, § 5 Rn. 62.

99 Ebenso Kempfen/Zachert-Seifert, § 5 Rn. 43.

100 BAG 15.4.2015 – 4 AZR 796/13, NZA 2015, 1388, Rn. 28 ff.

verträge gilt der Grundsatz, dass die Unwirksamkeit einzelner Teile nicht die Gesamtunwirksamkeit des Tarifvertrages zur Folge hat.¹⁰¹ Im Übrigen wäre auch eine Allgemeinverbindlicherklärung als solche davon nicht betroffen.¹⁰²

Für einfache Differenzierungsklauseln ist ohnehin zu konstatieren, dass sie nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung zulässige Tarifvertragsinhalte darstellen und mithin unter diesem Gesichtspunkt in jeder Hinsicht unproblematisch sind. Das BAG hat zudem betont, dass sie auch in einem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag enthalten sein können.¹⁰³ Der Sache nach bewirke eine Allgemeinverbindlicherklärung auch nicht mehr als eine vertragliche Bezugnahme, der Unterschied bestehe lediglich in der normativen Wirkung der Erstreckung. Letztlich verweist des BAG auf das Ermessen (s.u. c) des Bundesministeriums.

Im Übrigen betont das BAG, dass im Wege einer Einschränkungsklausel die Differenzierungsklausel von der Allgemeinverbindlicherklärung ausgenommen werden könnte.¹⁰⁴ Das wäre aber für die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung gerade keine Option. Überdies überzeugt es aber auch nicht, dem Ministerium insoweit ein „Kürzungsrecht“ zuzugestehen.¹⁰⁵ Auch wenn es „nur“ um den staatlichen Erstreckungsakt auf Dritte geht, ist die Streichung einzelner Bestimmungen als Veränderung des Inhaltsgefüges Tarifzensur, die im Hinblick darauf, dass die Allgemeinverbindlicherklärung ihre verfassungsrechtliche Grundlage in der Tarifautonomie findet (s.o. I), unzulässig ist (vgl. auch o. II 1). Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales kann den Tarifvertrag daher nur so, wie er ist, also unter Einschluss der Differenzierungsklauseln, für allgemeinverbindlich erklären – oder eben darauf verzichten. Verstärkt werden die Bedenken, wenn Folgendes in den Blick genommen wird. Jede Differenzierungsklausel bedeutet der Sache nach eine Beschreibung des Geltungsbereichs hinsichtlich eines Teils des Tarifvertrages, nämlich der konkreten Tarifnorm, die mit der tatbestandlichen Voraussetzung der Gewerkschaftsmitgliedschaft verknüpft ist (s.o. II 1). Die vermeintliche „Einschränkung“ der Allgemeinverbindlicherklärung durch Verzicht auf die Differenzierungsklausel läuft dann im Ergebnis auf eine Erweiterung des persönlichen Geltungsbereichs des Tarifvertrages hinsichtlich dieser Klausel hinaus.¹⁰⁶ Die

101 BAG 16.11.2011 – 4 AZR 856/09, NZA-RR 2012, 208, 309; BAG 21.3.2018 – 10 ABR 62/16, BB 2018, 2231, Rn. 57; BAG 20.11.2018 – 10 ABR 12/18, NZA 2019, 628, Rn. 32 f.; Deinert/Wenckeback/Zwanziger-Deinert, § 11 Rn. 26.

102 BAG 21.3.2018 – 10 ABR 62/16, BB 2018, 2231, Rn. 57; BAG 20.11.2018 – 10 ABR 12/18, NZA 2019, 628, Rn. 32; NK-GA/Forst, § 5 TVG Rn. 71.

103 BAG 18.3.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028, Rn. 65.

104 BAG 18.3.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028, Rn. 65.

105 Leydecker, Der Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 240; a.A. Waltermann, SR 2021, 177, 185.

106 Leydecker, Der Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 240 f.

Erweiterung des Geltungsbereichs des Tarifvertrages im Wege der Allgemeinverbindlicherklärung ist aber nach dem TVG nicht möglich.

(4) Tarifvertrag mit Spannenklausel

Die vorstehenden Erwägungen gelten gleichermaßen für Spannenklauseln, wenn man sie entgegen der bisherigen Rechtsprechung für zulässige Tarifvertragsinhalte an sich hält. Wenn das Bundesministerium für Arbeit und Soziales allerdings mit Rücksicht auf die Rechtsprechung des BAG von der Rechtswidrigkeit einer Spannenklausel ausgeht, wird es von der Allgemeinverbindlicherklärung zumindest der Spannenklausel absehen müssen.

(5) Einbindung Dritter in die Abwicklung

Soweit Dritte in die Abwicklung tarifvertragliche Rechte eingebunden sind, ist auch dies grundsätzlich kein Hindernis für die Allgemeinverbindlicherklärung aus dem Gesichtspunkt der Wirksamkeit des Tarifvertrages heraus. In diesem Sinne hat die Rechtsprechung die Möglichkeit von Zuwendungen an treuhänderisch gebundene Dritte über eine Vereinslösung gebilligt (s.o. II 4). Soweit dies mit einer Differenzierung nach der Gewerkschaftsmitgliedschaft verbunden war, hat das BAG auch insoweit keine Bedenken gehabt. Ausdrücklich hat es betont, dass die Tarifnormsetzung im Ausgangspunkt ohnehin nur für die Tarifunterworfenen möglich ist (begrenzte Legitimation der Rechtsetzungsmacht, s.o. I). Explizit hat es Außenseitern einen Anspruch auf Gleichbehandlung versagt (vgl. zu diesem Gesichtspunkt im Übrigen aber auch noch u. 2 g). Das Bundesverfassungsgericht hatte insoweit keine verfassungsrechtlichen Einwände gegen die Versagung von Ansprüchen für ausgeklammerte Außenseiter.¹⁰⁷

b) Öffentliches Interesse

Die Allgemeinverbindlicherklärung muss nach § 5 Abs. 1 TVG im öffentlichen Interesse geboten erscheinen. Bei dessen Prüfung kommt dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales ein weiter Beurteilungsspielraum zu.¹⁰⁸ Dabei sind Vor- und Nachteile abzuwägen und die Interessen tarifgebundener und nicht tarifgebundener Arbeitnehmer und Arbeitgeber einzustellen.¹⁰⁹ Das öf-

¹⁰⁷ S.o. bei Fn. 54.

¹⁰⁸ BAG 25.1.2017 – 10 ABR 43/15, NZA 2017, 731, Rn. 43; BAG 20.9.2017 – 10 ABR 42/16, NZA 2018, 186, Rn. 28; BAG 21.3.2018 – 10 ABR 62/16, BB 2018, 2231, Rn. 112; Berg/Kocher/Schumann-Kocher, § 5 Rn. 22; *Waltermann*, RdA 2018, 137, 141.

¹⁰⁹ BAG 21.3.2018 – 10 ABR 62/16, BB 2018, 2231, Rn. 104; BAG 21.9.2016 – 10 ABR 33/15, NZA Beilage 1/2017, 12, Rn. 124.

fentliche Interesse ist auf die konkrete Situation in Bezug auf die Allgemeinverbindlicherklärung zu prüfen.¹¹⁰

(1) Überwiegende Bedeutung des Tarifvertrages in seinem Geltungsbereich

Das erste Regelbeispiel des öffentlichen Interesses betrifft die überwiegende Bedeutung des Tarifvertrages für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen in seinem Geltungsbereich. Dabei betont das BAG, dass es auf die überwiegende Bedeutung des Tarifvertrages in seinem Geltungsbereich ankomme, nicht etwa in dem Geltungsbereich, der durch eine Einschränkungsklausel der Allgemeinverbindlicherklärung reduziert wurde.¹¹¹ Dieses Regelbeispiel knüpft an die Vorgängerregelung an, die ein verbindliches Quorum der Tarifgeltung für die Allgemeinverbindlicherklärung vorsah. Wurde das Quorum verfehlt, war eine Allgemeinverbindlicherklärung aus rechtlichen Gründen nicht möglich.¹¹²

Im Zuge des Tarifautonomiestärkungsgesetzes¹¹³ wurde diese Regelung in zweierlei Hinsicht relativiert. Zum einen handelt es sich nicht mehr um ein festes Quorum, es kommt nur auf die überwiegende Bedeutung an. Dabei kann auch darauf abgestellt werden, in welchem Umfang der Tarifvertrag zur Anwendung kommt, obwohl es an Tarifvertragsgebundenheit nach § 3 TVG fehlt, etwa indem im Arbeitsvertrag auf den Tarifvertrag Bezug genommen wird.¹¹⁴ Wer sich auf dieses Regelbeispiel beruft, das öffentliche Interesse zur Begründung der Wirksamkeit einer Allgemeinverbindlicherklärung also darauf stützen möchte, muss dieses belegen. Allerdings gesteht die Rechtsprechung dem Bundesministerium die Möglichkeit zu, auf gefestigter Grundlage die Bedeutung des Tarifvertrags sorgfältig zu schätzen.¹¹⁵ Das ist überzeugend, da die Führung eines exakten Beweises kaum möglich sein wird.

110 BAG 21.3.2018 – 10 ABR 62/16, BB 2018, 2231, Rn. 104; BAG 21.9.2016 – 10 ABR 33/15, NZA Beilage 1/2017, 12, Rn. 125.

111 BAG 21.3.2018 – 10 ABR 62/16, BB 2018, 2231, Rn. 126; krit. allerdings mit Recht *Preis/Povedano Peramato*, Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 39 f.; *Ulber*, NZA Beilage 1/2018, 3, 5.

112 BAG 21.9.2016 – 10 ABR 33/15, NZA Beilage 1/2017, 12, Rn. 186 ff.; BAG 25.1.2017 – 10 ABR 43/15, NZA 2017, 731, Rn. 52 ff.

113 Gesetz zur Stärkung der Tarifautonomie (Tarifautonomiestärkungsgesetz) v. 11.8.2014, BGBl. I 1348.

114 BAG 21.3.2018 – 10 ABR 62/16, BB 2018, 2231, Rn. 122; BT-Drs. 18/1558, S. 48 f.; *Forst*, RdA 2015, 25, 29; *Hensler*, RdA 2015, 43, 50; *Berg/Kocher/Schumann-Kocher*, § 5 Rn. 19a; *Löwisch/Rieble*, § 5 Rn. 191; *Preis/Povedano Peramato*, Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 40 f.; *Prokop*, Die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG, S. 62; *Jöris*, NZA 2014, 131, 1315; *Waltermann*, RdA 2018, 137, 142; so bereits *Hanau*, SR 2011, 3, 10 f.

115 BAG 21.3.2018 – 10 ABR 62/16, BB 2018, 2231, Rn. 124; *Berg/Kocher/Schumann-Kocher*, § 5 Rn. 19; *Preis/Povedano Peramato*, Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 89; *Prokop*, Die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG, S. 70; so bereits zur alten 50%-Quote BAG 21.9.2016 – 10 ABR 33/15, NZA Beilage 1/2017, 12, Rn. 200; BAG 20.9.2017 – 10 ABR 42/16, NZA 2018, 186, Rn. 40.

Das frühere Quorum war insoweit geboten, als es verhinderte, dass unbedeutende Tarifverträge zum Maßstab staatlicher Entgeltfestsetzung avancieren konnten.¹¹⁶ Das BAG geht von einer Mehrheit von Zwecken aus, insbesondere Sicherung der Repräsentativität des Tarifvertrages und Verhinderung einer Majorisierung nicht tarifgebundener Außenseiter durch eine Minderheit.¹¹⁷ All dies ist aber auch beim Erfordernis der überwiegenden Bedeutung gewährleistet, soweit nicht aus anderen Gründen ein öffentliches Interesse zu bejahen wäre. Verfassungsrechtlich geboten ist die 50 %-Quote indes nicht.¹¹⁸

Was nun die überwiegende Bedeutung im Falle von tarifvertraglichen Differenzierungen zwischen Organisierten und nicht Organisierten angeht, ist zu beachten, dass Verweisungen auf den Tarifvertrag im Arbeitsvertrag unter Umständen eine geringere Bedeutung haben könnten als sonst bei Allgemeinverbindlicherklärungen.¹¹⁹ Das scheint jedenfalls relativ deutlich für den Fall einer Beschränkung des Geltungsbereichs auf Mitglieder einer bestimmten Gewerkschaft. Dann kann es für die überwiegende Bedeutung des Tarifvertrages in seinem Geltungsbereich nur auf organisierte Arbeitnehmer bei den tarifgebundenen Arbeitgebern sowie bei solchen Arbeitgebern, die Arbeitsverträge mit Verweisklauseln schließen, ankommen. Soweit es um einen Tarifvertrag geht, der nur hinsichtlich bestimmter Leistungen eine Differenzierungsklausel enthält, dürfte hingegen unerheblich sein, ob der Tarifvertrag seine Bedeutung über die mitgliedschaftslegitimierte Bindung entfaltet oder über Bezugnahme Klauseln. Denn auch insoweit Außenseiter von bestimmten Leistungen ausgeschlossen sind, kommt der Tarifvertrag auf ihr Arbeitsverhältnis im Falle der Bezugnahme insgesamt zur Anwendung. Ebenso würde niemand die überwiegende Bedeutung eines Tarifvertrages auch durch Bezugnahmen bestreiten, nur weil der Tarifvertrag eine Jubiläumsprämie für Arbeitnehmer enthält, die 25 Jahre Betriebszugehörigkeit aufweisen können, sodass die meisten Arbeitnehmer von dieser Klausel gar nicht profitieren würden.

(2) Erforderlichkeit zur Absicherung der Wirksamkeit der tarifvertraglichen Normsetzung

Die Allgemeinverbindlicherklärung erscheint nach § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TVG auch dann im öffentlichen Interesse geboten, wenn die Absicherung der Wirksamkeit der tarifvertraglichen Normsetzung gegen die Folgen wirtschaftlicher Fehlentwicklung die Allgemeinverbindlicherklärung verlangt. Beispielsweise

116 Vgl. Materialien zur Entstehung des Tarifvertragsgesetzes, ZfA 1973, 129, 148.

117 BAG 21.9.2016 – 10 ABR 33/15, NZA Beilage 1/2017, 12, Rn. 192.

118 BAG 21.3.2018 – 10 ABR 62/16, BB 2018, 2231, Rn. 111, 146; Greiner/Hanau/Preis, SR Sonderausgabe 2014, 2, 21 ff.; Preis/Povedano Peramato, Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 26 ff.; Walsler, Einfluss der Rechtsordnung, S. 321 f.; Däubler-Lakies/Rödl, § 5 Rn. 107; Forst, RdA 2015, 25, 27.

119 Vgl. zu diesem Gedanken auch HWK-Hensler, § 5 TVG Rn. 8.

geht es darum, dass der Tarifvertrag davor geschützt wird, seine Normierungskraft einzubüßen, weil er im Wege der Unterbietungskonkurrenz unter Druck gerät.¹²⁰ Nach der Gesetzesbegründung zum Tarifautonomiestärkungsgesetz betrifft dieses Regelbeispiel explizit auch Fälle erodierender Tarifstrukturen. Es heißt in dem Zusammenhang:¹²¹

„In einem solchen Fall ist die durch Artikel 9 Absatz 3 des Grundgesetzes gewährleistete Normsetzungsbefugnis der Tarifvertragsparteien im besonderen Maße beeinträchtigt. Die Erhaltung einer funktionsfähigen Tarifordnung liegt auch im öffentlichen Interesse. Ihre Grenze findet die Stützung der tariflichen Ordnung, wenn der Tarifvertrag von im konkreten Bereich völlig unbedeutenden Koalitionen abgeschlossen worden ist (BVerfG vom 18. Juli 2000, 1 BvR 948/00). Eine schützenswerte autonome Ordnung existiert in diesem Fall nicht.“

Ausdrücklich ging es dem Gesetzgeber an dieser Stelle also auch um die Sicherung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie.¹²² Gerade in Branchen mit kleinbetrieblicher Struktur kann dieses Merkmal gegeben sein, weil ansonsten in den kleinen Betrieben ein starker Anreiz besteht, den Tarifvertrag zu unterlaufen, ohne dass eine Gewerkschaft in der Lage wäre, großflächig Tarifverhandlungen mit den Außenseitern auf Arbeitgeberseite zu erzwingen. So ist etwa das Baugewerbe durch diese Struktur geprägt. Hier ist eine erhebliche Dominanz von Kleinst- und Kleinbetrieben zu verzeichnen, deren Tätigkeiten oftmals erst durch Generalunternehmen koordiniert werden.¹²³ Seit 1976 hat die Tendenz zu Kleinstbetrieben noch erheblich zugenommen. Die Zahl ist von 54 % der Betriebe unter zehn Arbeitnehmern auf 72 % im Jahr 2020 gestiegen.¹²⁴ Nach Angaben der SOKA Bau sind das mit mehr als 62.000 Betrieben rund 82 % aller Betriebe. Demgegenüber haben nur 19 der insgesamt mehr als 76.000 Betriebe mehr als 500 Arbeitnehmer. Diese beschäftigen aber 6,2 % der Arbeitnehmer. Betriebe ab 100 Arbeitnehmer beschäftigen gar rund ein Viertel aller Beschäftigten. Diese Struktur drückt sich auch in der Tarifbindung aus. Diese ist seit der Jahrtausendwende rückläufig. Der Anteil der tarifgebundenen Betriebe ist von 48 % auf 28 % bis 2020 gesunken, sodass mehr als 70 % der Be-

120 NK-GA/Forst, § 5 TVG Rn. 92; Wiedemann-Wank, § 5 Rn. 111; Waltermann, RdA 2018, 137, 144 f. Vgl. die Erwägung der Bundesregierung in Bezug auf erodierende Tarifvertragsstrukturen, BT-Drs. 18/1558, S. 49. Das wird von Prokop, Die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG, S. 202, 214 f., beiseitegeschoben.

121 BT-Drs. 18/1558, S. 49.

122 A.A. Löwisch/Rieble, § 5 Rn. 204 ff.

123 Bosch/Hüttenhoff, Der Bauarbeitsmarkt, S. 77 ff.

124 Bosch/Hüttenhoff, Der Bauarbeitsmarkt, S. 79

triebe nicht (mehr) tarifgebunden sind.¹²⁵ Dennoch sind mehr als 52 % der Beschäftigten (noch) tarifgebunden, wobei aber auch hier ein Rückgang der Tarifbindung von 70 % seit dem Jahr 2000 zu beobachten war.¹²⁶

Auch für andere Branchen mit ähnlicher Struktur kann das zutreffen.

(3) Keine entgegenstehenden besonderen Umstände oder gewichtigen Interessen

§ 5 Abs. 1 Satz 2 TVG normiert zwei Regelbeispiele, in denen das öffentliche Interesse an der Allgemeinverbindlicherklärung im Regelfall gegeben erscheint. Sind sie gegeben, müssen besondere Umstände oder gewichtige entgegenstehende Interessen gegeben sein, um das öffentliche Interesse zu verneinen.¹²⁷ Insoweit ließe sich gegen eine konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung einwenden, dass sie eine eindeutige einseitige Parteinahme des Bundesarbeitsministeriums für die Gewerkschaft bedeute, mithin dem Gegner der anderen Tarifvertragsparteien stärken und diesem eine Verhandlungsübermacht verschaffe. Eine solche Argumentation kann aber letztlich nicht verfangen. Denn in tatsächlicher Hinsicht leiden Branchen, in denen von Allgemeinverbindlicherklärungen überhaupt Gebrauch gemacht wird, oftmals nicht an einer Übermacht an Gewerkschaften, sondern im Gegenteil häufig an Schwierigkeiten der Organisation der Arbeitnehmer. Auch insoweit steht die Baubranche Pate. Denn es steht zu vermuten, dass der Organisationsgrad dort vor allem aus größeren Betrieben gespeist wird. Das bringt die Gefahr mit sich, dass das Tarifsysteem in kleinbetrieblichen Strukturen seine normierende Kraft verliert.

Es zeigt sich mithin, dass es durchaus ein öffentliches Interesse an der Allgemeinverbindlicherklärung gerade auch einer Differenzierungsklausel zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie geben kann. Wenn die Tendenz zu kleinen Betrieben etwa im Baugewerbe fortgesetzt wird, während die Tarifbindung abnimmt, besteht nämlich die Gefahr eines Bedeutungsverlustes des Tarifvertrages mit der langfristigen Besorgnis, dass Tarifverträge wegen sinkender Tarifbindung nicht mehr zur Allgemeinverbindlicherklärung taugen und das Tarifsysteem insgesamt versagt.

125 *Bosch/Hüttenhoff*, Der Bauarbeitsmarkt, S. 159.

126 *Bosch/Hüttenhoff*, Der Bauarbeitsmarkt, S. 160.

127 BAG 21.3.2018 – 10 ABR 62/16, BB 2018, 2231, Rn. 105.

(4) Öffentliches Interesse zur Sicherung der Funktionsfähigkeit einer gemeinsamen Einrichtung

Demgegenüber spielt die Regelung des § 5 Abs. 1a TVG zur Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags über gemeinsame Einrichtungen zur Sicherung ihrer Funktionsfähigkeit im Rahmen der vorliegend zu untersuchenden Problematik kaum eine Rolle. Der Sache nach bewirkt diese Bestimmung eine Vermutung des öffentlichen Interesses an der Allgemeinverbindlicherklärung, setzt aber eine abschließende Prüfung voraus,¹²⁸ wobei das öffentliche Interesse nur verneint werden kann, wenn besonders gewichtige Umstände oder überragende entgegenstehende Interessen bestehen.¹²⁹ Auch insoweit handelt es sich der Sache nach also um ein Regelbeispiel. Voraussetzung ist allerdings, dass es sich um einen der dort beschriebenen Regelungsgegenstände handelt,¹³⁰ von denen für die hier diskutierten Differenzierungsgegenstände regelmäßig keiner einschlägig sein wird. Zudem erfordert die Bestimmung die Allgemeinverbindlicherklärung zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtung.¹³¹ Das ließe sich allenfalls mittelbar begründen, denn die Attraktivität der Verbandsmitgliedschaft auf Arbeitnehmerseite ist keine unmittelbare Funktionsbedingung einer gemeinsamen Einrichtung, sondern nur insoweit, als ohne handlungsfähige Tarifvertragspartei mit dem Tarifträgerverband und der tarifvertraglichen Grundlage auch der Fortbestand der Einrichtung infrage gestellt wäre.

Soweit eine Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 Abs. 1a TVG allerdings infrage kommt, ist zu beachten, dass nach Satz 3 dieser Bestimmung auf § 7 Abs. 2 AEntG verwiesen wird. Das betrifft eine Konkurrenzregelung bei mehreren Tarifverträgen, die für die Allgemeinverbindlicherklärung in Betracht kommen.¹³² In diesem Fall muss bei der Ausübung des Normsetzungsermessens (vgl. u. c) die Repräsentativität der verschiedenen Tarifverträge berücksichtigt werden.¹³³ Das ist vor dem Hintergrund der Kollisionsregel des § 5 Abs. 4 Satz 2 TVG zu sehen. Denn ein allgemeinverbindlicher Tarifvertrag über gemeinsame Einrichtungen nach Abs. 1a ist verbindlich auch für Arbeitgeber, die nach § 3 TVG an einen anderen Tarifvertrag gebunden sind. In die-

128 *Preis/Povedano Peramato*, Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 75.

129 BAG 21.3.2018 – 10 ABR 62/16, BB 2018, 2231, Rn. 137 ff.; BAG 20.11.2018 – 10 ABR 12/18, NZA 2019, 628, Rn. 58, 60.

130 BAG 21.3.2018 – 10 ABR 62/16, BB 2018, 2231, Rn. 135; BAG 20.11.2018 – 10 ABR 12/18, NZA 2019, 628, Rn. 56; BT-Drs. 18/1558, S. 59; *Deinert/Walser*, Tarifvertragliche Bindung, S. 158; *Preis/Povedano Peramato*, Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 64 f.; *Prokop*, Die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG, S. 113; rechtspolit. Kritik bei *Ashhoff*, SR 2017, 190, 195.

131 BAG 21.3.2018 – 10 ABR 62/16, BB 2018, 2231, Rn. 136; BAG 20.11.2018 – 10 ABR 12/18, NZA 2019, 628, Rn. 57; *Preis/Povedano Peramato*, Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 64.

132 NK-GA/Forst, § 5 TVG Rn. 145 f.; *Löwisch/Rieble*, § 5 Rn. 150; *Wiedemann-Wank*, § 5 Rn. 184.

133 *Preis/Povedano Peramato*, Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 69 f.

sem Falle verdrängt er den anderen Tarifvertrag.¹³⁴ Dies korrespondiert mit der Vorrangregelung des § 8 Abs. 2 AEntG (dazu u. IV). Die in Bezug genommene Bestimmung des § 7 Abs. 2 AEntG sieht nun ihrerseits unter anderem ein Abstellen auf die Zahl der bei tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigten Arbeitnehmer, die unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages fallen, vor. Im Falle einer Differenzierungsklausel reduziert sich diese Zahl auf die Zahl der organisierten Arbeitnehmer. Eine Differenzierungsklausel würde also die Repräsentativität des Tarifvertrages schwächen. Das BAG hat indes darauf hingewiesen, dass die Repräsentativitätsprüfung vermieden werden kann, wenn eine Verdrängung eines konkurrierenden Tarifvertrages schon deshalb ausscheidet, weil die Antragsteller die Allgemeinverbindlicherklärung mit einer Einschränkungsklausel, die eine Konkurrenz vermeidet, beantragt haben.¹³⁵

Soweit die Allgemeinverbindlicherklärung in Bezug auf eine gemeinsame Einrichtung nach § 5 Abs. 1a TVG nicht in Betracht kommt, kann der Tarifvertrag über die gemeinsame Einrichtung mit der Differenzierungsklausel aber immer noch nach § 5 Abs. 1 TVG für allgemeinverbindlich erklärt werden, wenn das Bundesministerium für Arbeit und Soziales das öffentliche Interesse insoweit – über die Regelbeispiele (s.o. (1) und (2)) oder allgemein (s.u. (5)) – bejaht.¹³⁶ Es handelt sich bei der Regelung des § 5 Abs. 1a TVG nicht um eine abschließende Sonderregelung.¹³⁷

(5) Sonstiges öffentliches Interesse: Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie

Die in der Bestimmung des Satzes 2 genannten Regelbeispiele sind nicht abschließend. Vielmehr kann das öffentliche Interesse, das die Allgemeinverbindlicherklärung gebietet, auch aus anderen Gründen gegeben sein.¹³⁸

Abseits allgemeiner Aspekte des öffentlichen Interesses an der Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrages im Ganzen stellt sich die Frage, ob nicht gerade auch eine Differenzierungsklausel das öffentliche Interesse begründen kann.¹³⁹ Das kann sie sicherlich nicht als solche für den ganzen Tarifvertrag iso-

134 Vgl. dazu BAG 21.3.2018 – 10 ABR 62/16, BB 2018, 2231, Rn. 148; *Forst*, RdA 2015, 25, 26 f., 33; *Forst*, RdA 2015, 25, 33 f.; *Henssler*, RdA 2015, 43, 53; *Ulber*, NZA Beilage 1/2018, 3, 6; *Prokop*, Die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG, S. 80 f.; krit. *Löwisch/Rieble*, § 5 Rn. 324 ff.

135 BAG 21.3.2018 – 10 ABR 62/16, BB 2018, 2231, Rn. 142; BAG 20.11.2018 – 10 ABR 12/18, NZA 2019, 628, Rn. 62; *Preis/Povedano Peramato*, Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 73.

136 *Henssler*, RdA 2015, 43, 52; *Waltermann*, SR 2021, 177, 185 f.

137 *Preis/Povedano Peramato*, Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 36 f.

138 BAG 21.3.2018 – 10 ABR 62/16, BB 2018, 2231, Rn. 129 ff.; *ErfK-Franzen*, § 5 TVG Rn. 11; a.A. *Prokop*, Die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG, S. 232 ff.

139 Nach *Berg/Kocher/Schumann-Dierßen*, § 3 Rn. 228 ff., stärken Differenzierungsklauseln insg. bei der aktuellen Verbändelandschaft die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie.

liert. Es könnte aber immerhin ein öffentliches Interesse gerade auch an der Differenzierungsklausel zu bejahen sein. Denn das Tarifvertragssystem als solches ist ein mitgliedschaftsbasiertes (s.o. I). Im Ausgangspunkt regeln Tarifverträge die Arbeitsbedingungen der Mitglieder der Tarifträgerverbände. Gerade auf Arbeitnehmerseite bedarf es einer hinreichenden Mitgliederbasis. Denn eine Arbeitnehmerkoalition kann überhaupt nur eine Gewerkschaft und damit tariffähig sein, wenn sie eine hinreichende soziale Mächtigkeit aufweist. Diese wird maßgeblich über die Mitgliederbasis vermittelt.¹⁴⁰ Der Tarifvertrag kann seine Aufgabe eine Überwindung der strukturellen Unterlegenheit der Arbeitnehmer durch kollektives Verhandeln,¹⁴¹ nur bei einer hinreichenden Mächtigkeit erlangen.¹⁴² Nur aus diesem Grunde wird ihm (in den Worten der jüngeren Rechtsprechung) eine „Richtigkeitsvermutung“¹⁴³ oder „Angemessenheitsvermutung“¹⁴⁴ zugestanden.¹⁴⁵ Von daher gibt es ein öffentliches Interesse am Erhalt der Attraktivität von Gewerkschaften, um die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie als solche zu erhalten. Dies begründet besonders bei drohendem Mitgliederverlust auf Arbeitnehmerseite das öffentliche Interesse gerade auch an einer Differenzierungsklausel oder einer anderen Form der tarifvertraglichen Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit.

Das ist nicht zwingend für jede Branche gleich zu bewerten. Gerade aber in Branchen, die aufgrund ihrer Struktur auf Allgemeinverbindlicherklärungen zur Abstützung der tarifvertraglichen Ordnung angewiesen sind, zugleich aber die Attraktivität der Mitgliedschaft in den Verbänden gefährdet wird, weil die Arbeitsbedingungen durch Allgemeinverbindlichkeit gewährleistet sind, ist die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie in besonderem Maße infrage gestellt, wenn ein drohender Mitgliederverlust langfristig die Existenz eines Tarifsystems insgesamt bedroht.

In solchen Fällen besteht ein besonderes öffentliches Interesse auch an der konditionierten Allgemeinverbindlicherklärung. Folglich können insbesondere auch Spannenklauseln zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie im öffentlichen Interesse geboten sein.¹⁴⁶

140 BAG 26.6.2018 – 1 ABR 37/16, NZA 2019, 188.

141 BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u.a., AP Nr. 4 zu § 116 AFG; BVerfG 14.11.2018 – 1 BvR 1278/16, NZA 2019, 112, Rn. 7.

142 *Benecke/Böhm/Cremer u.a.*, AuR 2021, 310, 312.

143 BVerfG 14.11.2018 – 1 BvR 1278/16, NZA 2019, 112, Rn. 8; BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 u.a., NZA 2017, 915, Rn. 146.

144 BAG 22.6.2021 – 1 ABR 28/20, NZA 2022, 575, Rn. 36

145 Dazu und zum Begriff vgl. Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Deinert, § 1 Rn. 24.

146 Vgl. Berg/Kocher/Schumann-Dierßen, § 3 Rn. 207.

Demgegenüber meinen *Löwisch* und *Rieble*, „das organisationspolitische Differenzierungsinteresse der Gewerkschaft“ sei kein öffentliches Interesse im Sinne von § 5 TVG.¹⁴⁷ Insoweit verkennen sie, dass die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung keineswegs darauf ausgerichtet sein muss, Gewerkschaften um ihrer selbst willen zu stärken, sondern dass sie gerade geboten sein kann, um die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie zu schützen.¹⁴⁸ Der Einwand greift folglich insgesamt zu kurz. Demgegenüber erkannte *Sittard* zwar diesen Gesichtspunkt, ging aber nach dem alten Recht der Allgemeinverbindlicherklärung davon aus, dass die Allgemeinverbindlicherklärung ausschließlich zum Schutz der Arbeitnehmer möglich sei.¹⁴⁹ Letzteres aber ist spätestens seit der Neufassung des § 5 Abs. 1 Satz 2 TVG nicht mehr überzeugend.¹⁵⁰

c) Weitere Voraussetzungen

Schließlich müssen die weiteren Voraussetzungen einer Allgemeinverbindlicherklärung gegeben sein. Dazu gehören die Anhörung nach § 5 Abs. 2 TVG sowie die Herstellung des Einvernehmens mit dem Tarifausschuss (§ 7 Satz 1 TVGDV). Die unterbliebene Anhörung führt ebenso zur Unwirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärung¹⁵¹ wie das fehlende Einvernehmen des Tarifausschusses¹⁵².

(1) Insbesondere: gemeinsamer Antrag

Die Erforderlichkeit eines gemeinsamen Antrags gibt es seit dem Tarifautonomiestärkungsgesetz. Durch die notwendige Gemeinsamkeit soll besser gewährleistet sein, dass die Allgemeinverbindlicherklärung zur Abstützung der tariflichen Ordnung tatsächlich erforderlich ist.¹⁵³ Das Antragserfordernis ist zwingende Wirksamkeitsvoraussetzung. Ohne Antrag kann das Bundesministerium für Arbeit und Soziales den Tarifvertrag nicht für allgemeinverbindlich erklären.¹⁵⁴ Zu einer solchen Antragstellung kann ein Arbeitgeberverband sich

147 *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 2125; ähnl. wohl auch *Wiedemann-Wank*, § 5 Rn. 187

148 Ebenso verkürzt das Verständnis von *Prokop*, Die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG, S. 72 f., 239 f.

149 *Sittard*, Voraussetzungen und Wirkungen der Tarifnormerstreckung, S. 215 f.

150 *Wiedemann-Wank*, § 5 Rn. 8 f.

151 *Sittard*, Voraussetzungen und Wirkungen der Tarifnormerstreckung, S. 160 f.; *HWK-Hensler*, § 5 TVG Rn. 26; *Löwisch/Rieble*, § 5 Rn. 271.

152 BAG 21.3.2018 – 10 ABR 62/16, BB 2018, 2231, Rn. 92; BAG 20.11.2018 – 10 ABR 12/18, NZA 2019, 628, Rn. 46; *Jacobs/Krause/Oetker/Schubert-Oetker*, § 6 Rn. 100; zu rechtspolitischen und verfassungsrechtlichen Zweifeln vgl. etwa *Waltermann*, RdA 2018, 137, 144 ff.; rechtspolit. krit. auch *Seifert*, FS Kempfen, 2013, S. 196, 210 ff.

153 BAG 21.3.2018 – 10 ABR 62/16, BB 2018, 2231, Rn. 109; BT-Drs. 18/1558, S. 31; *Löwisch/Rieble*, § 5 Rn. 244; rechtspolit. Kritik bei *Seifert*, in: FES/HBS (Hrsg.), Demokratisierung von Gesellschaft und Arbeitswelt, S. 43, 50.

154 *Däubler-Lakies/Rödl*, § 5 Rn. 81.

auch in dem schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrages verpflichten.¹⁵⁵ Eine solche Verpflichtung kann auch im Wege des Arbeitskampfes erzwungen werden:¹⁵⁶ Richtiger Ansicht nach ist jeder Tarifvertrag mit nach dem TVG zulässigem Inhalt, und zwar hinsichtlich aller seiner Bestandteile, zulässiger Gegenstand des Arbeitskampfes.¹⁵⁷ Eine Einschränkung lässt sich weder sachlich begründen, noch aus der Struktur des Tarifvertragsrechts herleiten. Von daher ist auch eine obligatorische Verpflichtung zur Antragstellung auf Allgemeinverbindlicherklärung erstreikbar.

Das gilt auch für Arbeitgeberverbände, die im so genannten Stufenmodell OT-Mitgliedschaften anbieten. In einem solchen Modell bedarf es einer strikten Trennung zwischen OT-Mitgliedern und regulären Mitgliedern, die am Tarifgeschäft beteiligt werden (T-Mitglieder).¹⁵⁸ Der Umstand des Stufenmodells kann angesichts der gebotenen Trennung nicht dazu zwingen, im Tarifgeschäft Abstriche mit Rücksicht auf OT-Mitglieder zu machen.¹⁵⁹ Könnten die OT-Mitglieder insoweit Einfluss auf die tarifpolitische Bewertung dieser Frage unter den T-Mitgliedern gewinnen, wäre der vom BAG geforderte Gleichlauf von Verantwortlichkeit und Betroffenheit¹⁶⁰ dahingehend zu vollziehen, dass auch OT-Mitglieder schon von vornherein und unabhängig von einer eventuellen Allgemeinverbindlicherklärung an den abzuschließenden Tarifvertrag nach § 3 Abs. 1 TVG gebunden wären.

(2) Insbesondere: Ausübung normativen Ermessens

Die Allgemeinverbindlicherklärung setzt im Übrigen die Ausübung eines staatlichen Normsetzungsermessens voraus.¹⁶¹ Das Bundesverfassungsgericht hat betont, dass nur so die hinreichende demokratische Legitimation der Rechtsetzung für Außenseiter gewährleistet ist.¹⁶² Ausdrücklich hat das Ge-

155 NK-GA/Forst, § 5 TVG Rn. 40; Däubler-Lakies/Rödl, § 5 Rn. 84; Löwisch/Rieble, § 5 Rn. 257; Wiedemann-Wank, § 5 Rn. 124; HWK-Henssler, § 5 TVG Rn. 21; Prokop, Die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG, S. 82 f.

156 Däubler, Gemeinsame Beantragung einer AVE – ein zulässiges Streikziel (unveröff. Gutachten, 2023); Rödl, Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung als zulässiges Streikziel (unveröff. Gutachten, 2023); als jedenfalls nicht offensichtlich rechtswidrig angesehen von LAG Nürnberg 20.7.2023 – 3 SaGa 3/23; LAG Nürnberg 20.7.2023 – 3 SaGa 6/23, NZA-RR 2023, 539; ArbG Köln 6.6.2023 – 17 Ga 27/23, NZA-RR 2023, 428; a.A. ohne Begründung Löwisch/Rieble, § 5 Rn. 258.

157 Vgl. m.w.N. Däubler-Däubler, AKR, § 13 Rn. 10 f.

158 Berg/Kocher/Schumann-Dierßen, § 3 Rn. 53.

159 Vgl. Däubler, Gemeinsame Beantragung einer AVE – ein zulässiges Streikziel (unveröff. Gutachten, 2023), S. 33 f.; Rödl, Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung als zulässiges Streikziel (unveröff. Gutachten, 2023), S. 11 f.; a.A. Prokop, Die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG, S. 83 f.

160 BAG 4.6.2008 – 4 AZR 419/07, DB 2008, 2712, 2713; BAG 20.5.2009 – 4 AZR 230/08, AP Nr. 42 zu § 3 TVG Rn. 71.

161 BAG 20.11.2018 – 10 ABR 12/18, NZA 2019, 628, Rn. 59; BAG 21.9.2016 – 10 ABR 33/15, NZA Beilage 1/2017, 12, Rn. 123 ff.; BAG 21.9.2016 – 10 ABR 48/15, AP Nr. 36 zu § 5 TVG, Rn. 106 ff.; Däubler-Lakies/Rödl, § 5 Rn. 115; Preis/Povedano Peramato, Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 86 ff.; Sittard, Voraussetzungen und Wirkungen der Tarifnormerstreckung, S. 164 ff.

162 BVerfG 10.1.2020 – 1 BvR 4/17, NZA 2020, 253, Rn. 15.

richt in diesem Zusammenhang festgestellt, dass die Tarifvertragsparteien keinen Anspruch auf eine Allgemeinverbindlicherklärung haben. Ein solcher Anspruch würde das Rechtsetzungsermessen des Staates insgesamt infrage stellen. Im Verständnis des Bundesarbeitsgerichts geht dieses Normsetzungsermessen in dem Beurteilungsspielraum (s.o. b) hinsichtlich des öffentlichen Interesses, das die Allgemeinverbindlicherklärung gebietet, auf.¹⁶³

Die Rechtsprechung verlangt darüber hinaus, eine inhaltliche Befassung des zuständigen Ministers bzw. Staatssekretärs, damit die Tarifnormenerstreckung auf diejenigen, die die Tarifgeltung nicht durch Mitgliedschaft legitimiert haben, demokratisch legitimiert ist (zur Legitimationsfrage s. auch u. 2 b).¹⁶⁴ Eine dagegen gerichtete Verfassungsbeschwerde wurde mangels Erfolgsaussicht nicht zur Entscheidung angenommen.¹⁶⁵

d) Vereinbarkeit mit dem Wesen der Allgemeinverbindlicherklärung

Einwenden ließe sich, dass es mit dem Wesen der Allgemeinverbindlicherklärung unvereinbar wäre, einen Tarifvertrag, der anders als durch § 5 Abs. 4 TVG intendiert gar nicht auf uneingeschränkte Anwendbarkeit auf alle Arbeitnehmer in seinem Geltungsbereich ungeachtet Organisationszugehörigkeit abzielt, für allgemeinverbindlich zu erklären.¹⁶⁶ Dies könnte als hinkende Allgemeinverbindlichkeit bezeichnet werden. Dem lässt sich freilich – ganz formal – entgegenhalten, dass auch diese Form die Allgemeinverbindlichkeit bewirkt und die Allgemeinverbindlicherklärung die anderen Voraussetzungen der Anspruchsnormen des Tarifvertrages nicht zu überbrücken vermag und auch nicht überbrücken soll.¹⁶⁷

Böttcher zog diese Erwägung allerdings weitergehend noch heran, um aus der mangelnden Eignung einer Differenzierungsklausel zur Allgemeinverbindlicherklärung deren Unzulässigkeit abzuleiten.¹⁶⁸ Es wurde allerdings bereits darauf hingewiesen, dass das Bundesarbeitsgericht dies schon im Kontext der

163 BAG 21.9.2016 – 10 ABR 33/15, NZA Beilage 1/2017, 12, Rn. 126; BAG 21.3.2018 – 10 ABR 62/16, BB 2018, 2231, Rn. 113. *Löwisch/Rieble*, § 5 Rn. 165, führen aus, dass Beurteilung und Abwägung zusammenfallen.

164 BAG 21.9.2016 – 10 ABR 33/15, NZA Beilage 1/2017, 12, Rn. 138 ff.; BAG 25.1.2017 – 10 ABR 43/15, NZA 2017, 731, Rn. 47; BAG 21.3.2018 – 10 ABR 62/16, BB 2018, 2231, Rn. 110; BAG 20.11.2018 – 10 ABR 12/18, NZA 2019, 628, Rn. 39.

165 BVerfG 10.1.2020 – 1 BvR 4/17, NZA 2020, 253.

166 *Zöllner*, Gutachten G zum 48. Deutschen Juristentag (1970), S. G 98; *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht II/1, S. 668.

167 *Neumann*, Tarifboni, S. 225; wohl auch bereits *Gamillscheg*, Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, S. 93.

168 *Böttcher*, Die Gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, S. 111 ff.

einfachen Differenzierungsklausel anders gesehen hat (s.o. a). Die Überlegung kann auch inhaltlich nicht überzeugen.¹⁶⁹ Die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein Instrument, das seinerseits in der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG angelegt ist (s.o. I). Sie stützt die Tarifautonomie, ist aber nicht darauf angelegt, sie zu beschränken.¹⁷⁰ Auch die Weiterführung und Übersteigerung dieses Gedankens durch *Zöllner*, der eine Gesamtrepräsentationsfunktion der Gewerkschaften angenommen hat,¹⁷¹ überzeugt nicht. Das BAG hat diese Erwägung bereits wie ausgeführt zurückgewiesen (s.o. II 3). Gewerkschaften vertreten in erster Linie die Interessen ihrer Mitglieder.

Aber auch der Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung lässt dieses Argument nicht durchgreifend erscheinen. Die Allgemeinverbindlicherklärung soll den Tarifvertrag vor Aushöhlung durch Unterbietungskonkurrenz schützen.¹⁷² Das mag nachhaltiger erscheinen, wenn sowohl auf Arbeitgeberseite als auch auf Arbeitnehmerseite Außenseiterwirkungen erzeugt werden. Durch eine Reduzierung der Außenseiterwirkungen lediglich auf Arbeitgeberseite wird der Schutz vor „Schmutzkonkurrenz“ und „Lohndrückerei“¹⁷³ zwar ein Stück weit reduziert, nicht aber vollständig beseitigt.¹⁷⁴ Insofern ist eine konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung ein Minus gegenüber dem Standardmodell, stellt den Charakter als Allgemeinverbindlicherklärung im Sinne einer Erweiterung der Tarifgebundenheit über den Kreis der kraft Mitgliedschaft Tarifgebundenen hinaus aber nicht infrage. Die Behauptung, die Allgemeinverbindlicherklärung zielle auf Gleichheit der Arbeitsbedingungen,¹⁷⁵ ist insoweit zu holzschnittartig und trifft folglich nicht zu.¹⁷⁶ Auch mit Blick auf die Tarifvertragsparteien macht die Konditionierung der Allgemeinverbindlicherklärung Sinn. Wenn sie durch gemeinsamen Antrag darüber entscheiden, ob es überhaupt zu einer Allgemeinverbindlicherklärung kommen kann, spricht das dafür, dass sie auch für eine Konditionierung statt der vollständigen Allgemeinverbindlichkeit optieren können.¹⁷⁷

Auch wer eine wettbewerbsschützende Funktion der Allgemeinverbindlicherklärung verneint und daher den (Außenseiter-)Arbeitnehmerschutz in das

169 *Waltermann*, Differenzierungsklauseln, S. 79 f.

170 *Leydecker*, Der Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 236 ff.; ähnlich auch *Neumann*, Tarifboni, S. 222 ff.; ebenso i.E. *Däubler/Heuschmid*, RdA 2013, 1, 5.

171 *Zöllner*, Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln, S. 49 ff.

172 Vgl. etwa ausf. *Greiner/Hanau/Preis*, SR Sonderausgabe 2014, 2, 7; *Höpfner*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, S. 466 ff.; *Däubler-Lakies/Rödl*, § 5 Rn. 12 ff.; *Kempen/Zachert-Seifert*, § 5 Rn. 5; *Waltermann*, RdA 2018, 137, 138 ff.

173 S.o. Fn. 20.

174 So auch i.E. *Waltermann*, SR 2021, 177, 183 f.

175 *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 2137.

176 Richtig daher *Leydecker*, Der Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 243.

177 *Leydecker*, Der Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 242 f.

Zentrum der Betrachtungen stellt,¹⁷⁸ kommt vorliegend nicht umhin, einzuräumen, dass eine konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung eine arbeitnehmerschützende Wirkung hat, insoweit jedenfalls die organisierten Arbeitnehmer, die bei bisher tariffreien Arbeitgebern beschäftigt sind, nunmehr die tariflichen Bedingungen genießen können.

Schließlich folgt auch nicht daraus, dass die Allgemeinverbindlicherklärung im öffentlichen Interesse geboten sein muss, dass die Tarifvertragsparteien nicht einschränkend über die Anwendbarkeit auf alle Arbeitgeber und Arbeitnehmer verfügen könnten.¹⁷⁹ Dass auch der Wille der Tarifvertragsparteien für die Allgemeinverbindlicherklärung bedeutsam ist, folgt bereits aus der Notwendigkeit eines gemeinsamen Antrags.¹⁸⁰ Ob ein öffentliches Interesse an der Allgemeinverbindlicherklärung besteht, ist dann durch das Ministerium gesondert zu prüfen (s.o. b).

e) Blick auf die Konsequenzen für Außenseiter-Arbeitgeber

Für Arbeitgeber, die nicht Mitglied der tarifvertragsschließenden Partei sind, bewirkt die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung wie jede andere Allgemeinverbindlicherklärung gemäß § 5 Abs. 4 Satz 1 TVG die Bindung an den Tarifvertrag mit der Folge, dass sie allen Arbeitnehmern die Leistungen gewähren müssen, die im Tarifvertrag vorgesehen sind. Hinsichtlich einer Leistung, die mit einer Differenzierungsklausel versehen ist, bedeutet dies, dass sie lediglich verpflichtet sind, den organisierten Arbeitnehmern diese Leistung zu erbringen. Von daher belastet die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung den Außenseiter-Arbeitgeber sogar weniger als eine nicht konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung. Es ist ihm aber nicht versagt, diese auch den Außenseitern zu gewähren, im Falle einer Spannenklausel allerdings um den Preis des Auslösens des Spannenmechanismus.

Für OT-Mitglieder im Arbeitgeberverband gilt prinzipiell nichts anderes.¹⁸¹ Denn die OT-Mitgliedschaft ist – entgegen früherer Rechtsprechung¹⁸² – keine Frage einer personell beschränkten Tarifzuständigkeit (mit der Folge, dass OT-Mitglieder

178 So *Löwisch/Rieble*, § 5 Rn. 16 ff., 32 ff.; *ErfK-Franzen*, § 5 TVG Rn. 2; *MünchArbR-Klump*, § 248 Rn. 14, 22; *Prokop*, Die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG, S. 202 ff.; *Sittard*, Voraussetzungen und Wirkungen der Tarifnormerweiterung, S. 103 ff.; a.A. *Höpfner*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, S. 472 ff.; *Berg/Kocher/Schumann-Kocher*, § 5 Rn. 20; *Wiedemann-Wank*, § 5 Rn. 8 f.; *Preis/Povedano Peramato*, Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 18 ff.; *Walser*, Einfluss der Rechtsordnung, S. 303 f.; *Waltermann*, RdA 2018, 137, 138 ff.

179 *Böttcher*, Die Gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, S. 112.

180 *Leydecker*, Der Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 250 f.

181 *Sittard*, Voraussetzungen und Wirkungen der Tarifnormerweiterung, S. 252 f., 298.

182 BAG 23.2.2005 – 4 AZR 186/04, AP Mr. 42 zu § 4 TVG Nachwirkung.

vom Geltungsbereich des Tarifvertrages ausgenommen wären), sondern allein eine Frage der Tarifgebundenheit.¹⁸³ Sie haben sich zwar gegen eine Tarifgebundenheit entschieden. Für sie gilt aber dieselbe Rechtsfolge, die in § 5 Abs. 4 Satz 1 TVG vorgesehen ist: nunmehr „erfassen die Rechtsnormen des Tarifvertrags in seinem Geltungsbereich auch die bisher nicht tarifgebunden Arbeitgeber“, zu denen auch OT-Mitglieder gehören. Die OT-Mitgliedschaft schützt nicht vor einer Tarifgebundenheit kraft Allgemeinverbindlicherklärung. Diese gesetzliche Rechtsfolge kann nicht durch das mitgliederschaftliche Rechtsgeschäft zwischen dem OT-Mitglied und seinem Verband ausgeschlossen werden.¹⁸⁴

Auch für Außenseiter auf Arbeitgeberseite, die an einen anderen Tarifvertrag gebunden sind, tritt zunächst diese Rechtsfolge ein.¹⁸⁵ Dadurch kommt es zu einer Tarifpluralität, die nicht nach § 4a TVG aufzulösen ist.

Das bedeutet für alle Arbeitnehmer, die nicht auch an diesen zweiten Tarifvertrag, der nicht für allgemeinverbindlich erklärt wurde, gebunden sind, dass ihr Arbeitsverhältnis durch den allgemeinverbindlichen Tarifvertrag regiert wird. Mit Blick auf die Differenzierungsklausel können sie unter Umständen gleichwohl von bestimmten tarifvertraglichen Leistungen ausgenommen sein.

Für Arbeitnehmer, die gleichermaßen an den zweiten, nicht allgemeinverbindlichen Tarifvertrag gebunden sind, ergibt sich eine Tarifkonkurrenz, die nach allgemeinen Grundsätzen aufzulösen ist, nach teils vertretener Ansicht nach dem Spezialitätsprinzip.¹⁸⁶ Dieses passt indes nur zur Lösung einer Kollision von Normen derselben Normgeber. Insoweit sprechen die besseren Argumente dafür, die Tarifkollision (zumindest) in diesem Falle nach dem Vorrang eines mitgliederschaftlich legitimierten Tarifvertrages aufzulösen.¹⁸⁷ Außenseiterschutz und Schutz des Tarifvertrages vor Unterbietungskonkurrenz rechtfertigen den Vorrang des allgemeinverbindlichen Tarifvertrages vor einem anderen Tarifvertrag nämlich nicht. Von daher muss sich das Ergebnis der Ausübung der individuellen positiven sowie der kollektiven Koalitionsfreiheit der tarifschließenden Ge-

183 BAG 18.7.2006 – 1 ABR 36/05, NZA 2006, 1225; vgl. Deinert/Wenckeback/Zwanziger-Deinert, § 11 Rn. 7 m.w.N.

184 Sittard, Voraussetzungen und Wirkungen der Tarifnormerweiterung, S. 252 f.

185 Vgl. etwa ErfK-Franzen, § 5 TVG Rn. 5, h.M.; a.A. Sittard, Voraussetzungen und Wirkungen der Tarifnormerweiterung, S. 247 ff.: nur die bislang nicht anderweitig tarifgebundenen Vertragsparteien.

186 Hippmann, S. 94 ff.; HWK-Hensler, § 5 TVG Rn. 35; Berg/Kocher/Schumann-Kocher, § 5 Rn. 41; Löwisch/Rieble, § 5 Rn. 324; Kempen/Zachert-Seifert, § 5 Rn. 82; vgl. auch NK-GA/Beppler, § 4 TVG Rn. 59; jedenfalls bei Kollision von Verbandstarifvertrag und Firmentarifvertrag; a.A. Däubler-Lakies/Rödl, § 5 Rn. 208 ff.: nach dem Mehrheitsprinzip.

187 ErfK-Franzen, § 4a TVG Rn. 33; NK-GA/Forst, § 5 TVG Rn. 144; Preis/Povedano Peramato, Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 52 f.; Sittard, Voraussetzungen und Wirkungen der Tarifnormerweiterung, S. 273 f.; Walser, Einfluss der Rechtsordnung, S. 314; für Vorrang des allgemeinverbindlichen Tarifvertrages hingegen Waltermann, RdA 2018, 137, 149 f.

werkschaft mit Rücksicht auf Art. 9 Abs. 3 GG durchsetzen. Im Falle einer Differenzierungsklausel ließe sich insoweit auch das Problem einer gegen eine andere Gewerkschaft gerichteten Maßnahme entschärfen (dazu vgl. unten 2 f). Ohnehin wäre eine Vermeidung dieser Kollision durch Einschränkung der Allgemeinverbindlicherklärung durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales möglich. Dass eine solche Einschränkung zulässig ist, ist anerkannt.¹⁸⁸

Abschließend ist die Frage aufzuwerfen, welche Leistungen ein Außenseiter auf Arbeitgeberseite im Falle der Abwicklung über eine gemeinsame Einrichtung oder sonstige Dritte zu erbringen hat. Die vordergründig naheliegende Annahme, der Arbeitgeber werde zu Beiträgen herangezogen, denen kein Leistungsäquivalent entspreche, überzeugt am Ende allerdings nicht. Denn der Arbeitgeber wird, auch als Außenseiter, zu einer Leistung herangezogen, die von vornherein nur für diejenigen vorgesehen ist, die die tatbestandlichen Voraussetzungen, konkret: die Gewerkschaftsmitgliedschaft, erfüllen.¹⁸⁹ Nur für diese Leistung zahlt er. Die Leistung ist das Äquivalent zu seiner Zahlung. Auf diese Erwägung ist an späterer Stelle noch einmal zurückzukommen, nämlich bei der verfassungs- und völkerrechtlichen Zulässigkeit der konditionierten Allgemeinverbindlicherklärung (s.u. 2 c) (2)).

Nach allem zeigt der Blick auf die Konsequenzen für Außenseiter auf Arbeitgeberseite, dass sich auch aus diesen keine durchgreifenden Bedenken gegen die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung ergeben.

f) Zwischenfazit

Die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung ist grundsätzlich tarifrechtlich möglich. Das betrifft sowohl eine Regelung über den persönlichen Geltungsbereich hinsichtlich der Gewerkschaftsmitgliedschaft, als auch klassische Differenzierungsklauseln, soweit sie in rechtlicher Hinsicht möglich sind. Auch im Wege einer Abwicklung über Dritte wäre eine konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung möglich. Voraussetzung ist, wie auch sonst, dass die allgemeinen gesetzlichen tatbestandlichen Erfordernisse verwirklicht sind. Dazu gehört etwa ein gemeinsamer Antrag der Tarifvertragsparteien. Auch ein öffentliches Interesse, das die Allgemeinverbindlicherklärung gebietet, ist notwendig, kann je nach Lage aber auch bejaht werden. Wesen und Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung stehen auch einer konditionierten Allgemeinverbindlicherklärung nicht entgegen. Auch andere durchgreifende Bedenken sind nicht erkennbar.

188 BAG 21.9.2016 – 10 ABR 33/15, NZA Beilage 1/2017, 12, Rn. 195; NK-GA/Forst, § 5 TVG Rn. 99 f.; MünchArbR-Klump, § 248 Rn. 126; Berg/Kocher/Schumann-Kocher, § 5 Rn. 41; Kempen/Zachert-Seifert, § 5 Rn. 83.

189 Vgl. auch Leydecker, Der Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 253.

2. Verfassungs- und völkerrechtliche Zulässigkeit

a) Zum Prüfungsmaßstab: Kontrolle eines staatlichen Erstreckungsaktes, nicht eines Tarifvertrages an sich

Eine konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung regelt zwar Rechtsbeziehungen zwischen Privatrechtssubjekten, nämlich den Arbeitsvertragsparteien. Eventuelle Grundrechtsverstöße wären gleichwohl nicht im Hinblick auf eine mittelbare Drittwirkung der Grundrechte zu prüfen. Denn durch die Allgemeinverbindlicherklärung handelt es sich um eine staatliche Maßnahme,¹⁹⁰ die die Verpflichtung des Außenseiters auf Arbeitgeberseite herbeiführt. In den Worten des Bundesverfassungsgerichts handelt es sich bei der Allgemeinverbindlicherklärung um einen „Rechtsetzungsakt eigener Art zwischen autonomer Regelung und staatlicher Rechtsetzung“¹⁹¹. Wie auch immer man den staatlichen Anteil an diesem Rechtsetzungsakt bewerten möchte, ist jedenfalls klar, dass ohne dieses Handeln die Erstreckung auf Außenseiter nicht stattfinden kann¹⁹² und es sich insoweit gegenüber den Außenseitern um Ausübung von Staatsgewalt handelt.

Insoweit ist zwar im Blick zu behalten, dass die Verpflichtungen für Außenseiter auf tarifvertraglichen Regelungen beruhen, die nach der aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung des BAG und herrschenden Meinung in der Literatur nur mittelbar im Sinne des Schutzpflichtkonzeptes an Grundrechten überprüft werden können.¹⁹³ Insoweit wäre Prüfungsmaßstab die Frage, ob der Staat bei drohenden Grundrechtsverletzungen durch Private zum Einschreiten zum Schutz der Grundrechte der Betroffenen verpflichtet ist.¹⁹⁴ Darum aber geht es an dieser Stelle nicht. Denn es wurde bereits oben (II 2-5) ausgeführt, dass die Tarifvertragsinhalte, die im Wege der Allgemeinverbindlicherklärung auf Außenseiter erstreckt werden, grundsätzlich rechtlich zulässig sind, nach hier vertretener Ansicht auch im Falle einer Spannenklausel.

190 BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 340 ff.; BVerfG 15.7.1980 – 1 BvR 24/74 und 439/79, BVerfGE 55, 7, 21 ff.; BAG 21.9.2016 – 10 ABR 33/15, NZA Beilage 1/2017, 12, Rn. 154 ff.; BAG 25.1.2017 – 10 ABR 43/15, NZA 2017, 731, Rn. 47; *Schwarze*, ZfA 2011, 867, 871.

191 BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 340 sowie LS 1.

192 *Walser*, Einfluss der Rechtsordnung, S. 306.

193 BAG 25.2.1998 – 7 AZR 641/96, AP Nr. 11 zu § 1 TVG Tarifverträge: Luftfahrt; BAG 11.3.1998 – 7 AZR 700/96, AP Nr. 12 zu § 1 TVG Tarifverträge: Luftfahrt; BAG 27.5.2004 – 6 AZR 129/03, AP Nr. 5 zu § 1 TVG Gleichbehandlung; *Wiedemann-Jacobs*, Einl. Rn. 261 ff., 347 ff.; *Deinert/Wenckeback/Zwanziger-Deinert*, § 11 Rn. 152 ff.; krit. etwa *ErfK-Franzen* § 1 TVG Rn. 11; *Jacobs*, RdA 2023, 9 ff.

194 Vgl. zusammenfassend *Deinert/Wenckeback/Zwanziger-Deinert*, § 1 Rn. 14 ff.

An dieser Stelle geht es vielmehr um die Frage, ob der staatliche Akt der Erstreckung auf Außenseiter seinerseits Grundrechte verletzen kann, freilich immer mit dem Fokus, dass das, was zulässiger Inhalt eines Tarifvertrages sein kann, nunmehr im Wege staatlicher Geltungserstreckung auf Außenseiter angewendet wird. Dabei handelt es sich um eine staatliche Maßnahme, die mit Rücksicht auf die unmittelbare Grundrechtsbindung des Staates nach Art. 1 Abs. 3 GG einer uneingeschränkten Grundrechtsprüfung zugänglich ist.¹⁹⁵ Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht in seiner zentralen Entscheidung auf Verfassungsbeschwerden gegen die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen eine klassische Grundrechtsprüfung vorgenommen.¹⁹⁶

Was eine mögliche Gesetzesänderung im Hinblick auf die Schaffung einer rechtlichen Möglichkeit zu einer konditionierten Allgemeinverbindlicherklärung unabhängig von eventuellen inhaltlichen Differenzierungen des Tarifvertrages nach Mitgliedschaften angeht, ergibt sich kein anderer Maßstab. Denn eine solche gesetzliche Regelung würde gleichermaßen eine Ermächtigunggrundlage schaffen, um durch staatliche Regelung, dem Bürger (Arbeitgeber) gegenüberzutreten.

b) Exkurs: Sonderproblem Art. 80 GG

Allerdings ergibt sich bei einer hypothetischen gesetzlichen Regelung der konditionierten AVE das Problem, dass die Allgemeinverbindlicherklärung der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts zufolge nicht unproblematisch im Hinblick auf die Anforderungen des Art. 80 GG ist, weil es an jeder Bestimmtheit hinsichtlich des Inhalts der zu erstreckenden Normen fehle, außerdem werde den Vorgaben des Art. 82 GG (a.F.) hinsichtlich der Publizität nicht genügt.¹⁹⁷ Das Gericht hielt diese Bestimmungen allerdings nicht für anwendbar auf die Allgemeinverbindlicherklärung, weil sie keine Rechtsverordnung sei. Es handelt sich letztlich um ein vom Verfassungsgeber vorgefundenes und akzeptiertes vorkonstitutionelles Konstrukt. Dem Publizitätsbedenken, das nach den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts nicht nur nach Art. 82 Abs. 1 Satz 2 GG (a.F.) für Rechtsverordnungen, sondern als rechtsstaatliches Erfordernis für jede Form der Normsetzung gilt,¹⁹⁸ ist in der Zwischenzeit ohnehin nach § 5 Abs. 7 Satz 2 TVG entsprochen worden. Darüber hinaus spricht alles dafür, dass eine gesetzliche Gestattung der konditionierten Allgemeinverbind-

195 Ebenso *Löwisch/Rieble*, § 5 Rn. 146; *ErfK-Franzen*, § 5 TVG Rn. 18; a.A. *Leydecker*, *Der Tarifvertrag als exklusives Gut*, S. 244 ff.

196 BVerfG 15.7.1980 – 1 BvR 24/74 und 439/79, BVerfGE 55, 7, 21 ff.

197 BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 343 f.

198 BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 350; vgl. auch BVerfG 10.9.1991 – 1 BvR 561/89, ZTR 1992, 21, 22.

licherklärung nicht Art. 80 GG unterfällt, weil es sich zwar um ein artverwandtes Instrument handelt, das aber in seinen Wirkungen hinter der „klassischen“ Allgemeinverbindlicherklärung zurückbleibt.¹⁹⁹ Unabhängig davon wäre es allerdings fraglos vorzugswürdig in einer solchen Regelung den Zweck der Stützung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie niederzulegen.

c) Negative Tarifvertragsfreiheit der Außenseiter?

(1) Negative Koalitionsfreiheit

Außenseiter könnten geltend machen, durch die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung einem Regelungsregime unterworfen zu sein, das entgegen ihrer Entscheidung gegen die Mitgliedschaft in einer Koalition von dieser Koalition verhandelt wurde und im Wege staatlichen Anwendungsbefehls auf sie erstreckt wurde.

Die Koalitionsfreiheit umfasst das Recht der koalitionsspezifischen Betätigung,²⁰⁰ und zwar nicht nur in einem Kernbereich.²⁰¹ Dieses schließt auch den Abschluss von Tarifverträgen ein.²⁰² Die Tarifautonomie ist damit Bestandteil der kollektiven Koalitionsfreiheit.²⁰³ Daraus ließe sich ein Kehrseitenargument gewinnen: Das verfassungsrechtliche Recht, im Schutzbereich eines bestimmten Grundrechts zu handeln, umfasse auch das negative Recht, auf ein solches Handeln zu verzichten (vgl. sogleich weiter unten für die negative Koalitionsfreiheit). Freilich: Genau genommen fließt aus der Tarifautonomie bestenfalls eine negative Tarifautonomie in dem Sinne, dass auf den Abschluss von Tarifverträgen verzichtet wird.

Allerdings folgt aus Art. 9 Abs. 3 GG auch die individuelle Koalitionsfreiheit,²⁰⁴ die ihrerseits auch das Recht umfasst, sich in koalitionsspezifischer Weise an Betätigungen der Koalition zu beteiligen.²⁰⁵ Doch auch hier stellt sich die Frage, was eine negative Koalitionsfreiheit für Konsequenzen hätte. Sie umfasst das Recht, nicht zu koalieren, also einer Koalition gar nicht erst beizutreten,

199 Für eine Übertragung der Grundsätze auch auf eine *de lege ferenda* zu schaffende Ermächtigung zur Erweiterungserklärung vgl. *Deinert/Walser*, Tarifvertragliche Bindung, S. 217.

200 BVerfG 26.5.1970 – 2 BvR 664/65, BVerfGE 28, 295, 304; BVerfG 15.7.1980 – 1 BvR 24/74 und 439/79, BVerfGE 55, 7, 21.

201 Klargestellt durch BVerfG 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, BVerfGE 93, 352.

202 BVerfG, 19.10.1966 – 1 BvL 24/65 – BVerfGE 20, 312, 317, 320; BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 340 f.; BVerfG 15.7.1980 – 1 BvR 24/74 und 439/79, BVerfGE 55, 7, 23.

203 BVerfG 18.11.1954 – 1 BvR 629/52, BVerfGE 4, 96, 106; BVerfG 19.10.1966 – 1 BvL 24/65, BVerfGE 20, 312, 317; BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 u.a., NZA 2017, 915, Rn. 130 f.; BAG 27.3.2019 – 10 AZR 211/18, NZA 2019, 1512, Rn. 35.

204 BVerfG 26.5.1970 – 2 BvR 664/65, BVerfGE 28, 295, 304.

205 Vgl. m.w.N. *Dürig/Herzog/Scholz-Scholz*, Art. 9 Rn. 222.

der Koalition fernzubleiben.²⁰⁶ Ob sie auch für Koalitionsmitglieder das Recht umfassen würde, sich nicht an koalitionspezifischen Betätigungen zu beteiligen, etwa einem Streikaufruf, nicht zu folgen, muss an dieser Stelle nicht erörtert werden, da es vorliegend um die Frage geht, ob Außenseiter Schutz vor der Tarifregelung genießen, die im Wege der konditionierten Allgemeinverbindlicherklärung zu erstrecken wäre.

(2) Gewährleistungsort

Im Ausgangspunkt ist schon fraglich, wo die negative Koalitionsfreiheit des Einzelnen grundrechtlich verankert sein könnte. Dies blieb in der Rechtsprechung teils offen,²⁰⁷ teils wurde ihre Gewährleistung in Rechtsprechung und Literatur in der Regelung über die Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG gesehen.²⁰⁸ Von anderer Seite wird indes zu Recht die Erwägung stark gemacht, dass das Kehrseiten- oder Spiegelbildargument, wonach der positiven immer auch eine negative Freiheit korrespondieren muss, zu formalistisch sei und den Zweck eines Grundrechts nicht hinreichend würdige; für die Koalitionsfreiheit habe die Geschichte gezeigt, dass es niemals um die Frage des Schutzes vor Koalitionszwang gegangen sei, sondern vielmehr um die Abwehr von Repressalien gegen die Koalitionen beziehungsweise ihre (potentiellen) Mitglieder.²⁰⁹ Auch dient die negative Koalitionsfreiheit kaum der „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“, wie Art. 9 Abs. 3 GG den Vereinigungszweck einer Koalition definiert.²¹⁰ Da es im Kern darum geht, dass niemand gezwungen werden soll, Mitglied einer Vereinigung zu werden, der er oder sie nicht angehören möchte, spricht viel mehr dafür, die negative Koalitionsfreiheit als negative Organisationsfreiheit zu begreifen und dementsprechend in der grundrechtlichen Gewährleistung des Vereinigungsrechts in Art. 9 Abs. 1 GG zu suchen.²¹¹ Denn Art. 9 Abs. 1 GG schützt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch vor Vereinigungszwang.²¹² An-

206 BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78, 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290, 367; BVerfG 15.7.1980 – 1 BvR 24/74 und 439/79, BVerfGE 55, 7, 21.

207 Vgl. BVerfG 20.7.1971 – 1 BvR 13/69, BVerfGE 31, 297, 302; BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 352; offen gelassen auch bei BAG 18.3.2099 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028; BAG 15.4.2015 – 4 AZR 796/13, NZA 2015, 1388, Rn. 45.

208 BVerfG 14.11.2018 – 1 BvR 1278/16, NZA 2019, 112; BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78, 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290, 367; BVerfG 15.7.1980 – 1 BvR 24/74, BVerfGE 55, 7, 21; BVerfG 3.7.2000 – 1 BvR 945/00, AP Nr. 36 zu § 4 TVG Nachwirkung; BAG 29.11.1967 – GS 1/67, BAGE 20, 175, 213; Dürig/Herzog/Scholz-Scholz, Art. 9 Rn. 221; Neumann, RdA 1989, 243, 245.

209 Vgl. zum gesamten Komplex ausf. *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 382 ff.; *ders.*, Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, S. 54 ff.; *ders.*, NZA 2005, 146, 149 f.; *Radke*, AuR 1971, 4, 8 ff.; *Arndt*, FS Kunze, 1969, S. 265 ff.; *Deinert*, RdA 2014, 129, 132 ff.

210 *Deinert*, RdA 2014, 129, 132.

211 *Däubler*, in: Däubler/Hege, Koalitionsfreiheit, Rn. 169 ff.; *Deinert*, RdA 2014, 129, 132 ff.

212 BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78, 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290, 354.

dere wiederum wollen stattdessen auf die allgemeine Handlungsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 GG abstellen.²¹³

(3) Gewährleistungsinhalt

Ungeachtet des Gewährleistungsortes der negativen Koalitionsfreiheit entspricht es inzwischen gesicherter Erkenntnis, dass diese ein Fernbleiberecht des Einzelnen von Koalitionen garantiert.²¹⁴ Entsprechend hat der EGMR das Fernbleiberecht auf Art. 11 EMRK gestützt.²¹⁵

Ein Recht, im Sinne einer negativen Tarifvertragsfreiheit²¹⁶ nicht durch tarifvertragliche Normen „behelligt“ zu werden, folgt daraus allerdings nicht,²¹⁷ wengleich dies bisweilen infrage gestellt wird.²¹⁸ Die negative Koalitionsfreiheit meint nicht Freiheit von der Geltung tarifvertraglich geregelter Arbeitsbedingungen.²¹⁹ Die Tariferstreckung, konditioniert oder nicht, betrifft den Einzelnen weder in seiner Freiheit, sich einer Koalition anzuschließen oder dies bleiben zu lassen, noch sich für eine Koalition zu betätigen oder dies zu unterlassen.²²⁰ Auch wird der Einzelne nicht der Normsetzung der Koalitionen ausgesetzt. Vielmehr ist es der Akt der staatlichen Tariferstreckung, der den Außenseiter in seiner Sphäre berührt. Der Tarifvertrag ist insoweit nur der vorgefundene Standard, den der Staat zum Ausgangspunkt seiner Rechtsetzung nimmt.²²¹ Von daher kann die Allgemeinverbindlicherklärung unter dem Aspekt einer negativen Tarifvertragsfreiheit nicht die negative Koalitionsfreiheit berühren. Denn diese umfasst nicht das Recht, anderen Arbeitsbedingungen zu unterliegen als die Organisierten.

213 *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 382 ff.; *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht II/1, S. 154 ff., *Radke*, AuR 1971, 4 ff.; *Stein*, GS Zachert, 2010, S. 645 ff.

214 Vgl. Fn. 206.

215 EGMR 2.6.2016 – 23646/09, NZA 2016, 1519 – Geotech Kancev.

216 EuGH 9.3.2006 – C-499/04, NZA 2006, 376 – Werhof; BGH 18.1.2000 – KVR 23/98, AP Nr. 1 zu § 20 GWB; *Bauer/Arnold*, NZA 2005, 1209, 1211; *Hanau*, FS Scholz, 2010, S. 1035, 1043 ff.; *Schüren*, RdA 1988, 138 ff.; vgl. auch *Kissel*, FS Hanau, 1999, 547 ff.; wohl auch BAG 23.9.2009 – 4 AZR 331/08, NZA 2010, 513, Rn. 26

217 *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 376; *Jacobs/Krause/Oetker/Schubert-Krause*, § 1 Rn. 52; *Kingreen*, Exklusive Tariföffnungsklauseln, S. 39 f.; *Borhard*, Verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Grenzen, S. 53 ff.; *Walser*, Einfluss der Rechtsordnung, S. 39 ff.; *Löwisch/Rieble*, § 5 Rn. 149; *Deinert*, RdA 2014, 129, 133 f.; *ders.*, SR Sonderausgabe 2017, 24, 25; relativierend *Höpfner*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, S. 341 ff.

218 Etwa *Hartmann/Lobinger*, NZA 2010, 421 ff.; *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit, S. 212 ff.; *Prokop*, Die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG, S. 176 ff.; *Sittard*, Voraussetzungen und Wirkungen der Tarifnormerstreckung, S. 42 ff.

219 BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, AP Nr. 129 zu Art. 9 GG; *Däubler-Lakies/Rödl*, § 5 Rn. 47.

220 BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 351 f.; BAG 27.3.2019 – 10 AZR 211/18, NZA 2019, 1512, Rn. 41.

221 Vgl. BVerfG 11.8.2020 – 1 BvR 2654/17, NZA 2020, 1338, Rn. 33; BAG 21.3.2018 – 10 ABR 62/16, BB 2018, 2231, Rn. 110.

Aus dem Umstand, dass es eine negative Tarifvertragsfreiheit als solche nicht gibt, folgt allerdings nicht, dass jede Tarifnormenerstreckung auf Außenseiter legitim wäre. Die vorstehenden Überlegungen haben gezeigt, dass der Einzelne auch im Falle der konditionierten Allgemeinverbindlicherklärung nicht etwa tariflicher Normierung ausgesetzt ist, sondern staatlicher Rechtsetzung, die wiederum demokratischer Legitimation bedarf.²²² Diese staatliche Rechtsetzung darf ihrerseits nicht gegen Grundrechte verstoßen. Nicht der Umstand der Tarifnormerstreckung auf Dritte als solche könnte sich damit also als grundrechtswidrig erweisen, sondern vielmehr die inhaltliche Gestaltung der Arbeitsbedingungen.

Vor diesem Hintergrund ist es richtiger Ansicht nach nicht die negative Koalitionsfreiheit, die durch eine Erstreckung von Arbeitsbedingungen auf nicht organisierte Vertragsparteien berührt wird, sondern es kommen vielmehr sonstige Freiheitsrechte, in erster Linie Art. 12 Abs. 1 GG (vgl. unten d), in Betracht.²²³ Anders ist es nur, wenn auch das Fernbleiberecht durch die inhaltliche Gestaltung des Tarifvertrages berührt ist (s.u. c).

Auch in der Rechtsprechung des EGMR ist anerkannt, dass die Allgemeinverbindlicherklärung das Fernbleiberecht des Arbeitgebers, der nicht Mitglied eines Arbeitgeberverbandes ist, nicht verletzt. Allerdings hat der EGMR in der fraglichen Entscheidung in der Sache *Geotech* besonders betont, dass die Sozialkassen im Baugewerbe im Interesse aller Arbeitnehmer zur Zahlung verpflichtet sind. Der beabsichtigte soziale Schutz setze voraus, dass alle Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Baugewerbe, vor allem die nicht-tarifgebundenen, einbezogen werden.²²⁴ Am Ende spielte das aber gar keine Rolle für die Bewertung eines möglichen Eingriffs in die negative Koalitionsfreiheit. Der faktische Anreiz war nach Einschätzung des EGMR zu schwach, um den Wesensgehalt des Art. 11 EMRK anzutasten.²²⁵ Insoweit kann für eine konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung prinzipiell nichts anderes gelten. Der Sache nach hat der EGMR mit dieser Rechtsprechung eine „negative Tarifvertragsfreiheit“ ebenfalls verneint.²²⁶ In ähnlicher Weise hatte der EGMR bereits früher ent-

222 BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 347 ff.; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 376.

223 Vgl. *Hellermann*, Die sogenannte negative Seite der Freiheitsrechte, S. 234 ff.; *Schubert*, RdA 2001, 199, 206 f.; *Hartmann/Lobinger*, NZA 2010, 421, 422; *Deinert*, RdA 2014, 129, 133. *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit, S. 212 ff., sieht allerdings neben der Arbeitsvertragsfreiheit und dem Demokratieprinzip auch die negative Koalitionsfreiheit angesprochen.

224 EGMR 2.6.2016 – 23646/09, NZA 2016, 1519, Rn. 54 – *Geotech Kancev*; dazu *Buchholtz/Huschmid*, Anm. zu EGMR 2.6.2016 – 23646/09, AuR 2016, 512; *Walser*, NZA 2016, 1510.

225 EGMR 2.6.2016 – 23646/09, NZA 2016, 1519, Rn. 57 – *Geotech Kancev*.

226 *Kingreen*, Exklusive Tariföffnungsklauseln, S. 32 f.; *Buchholtz/Huschmid*, Anm. zu EGMR 2.6.2016 – 23646/09, AuR 2016, 512; *Walser*, NZA 2016, 1510 1513.

schieden, dass Art. 11 EMRK kein Recht gewährleistet, einem Tarifvertrag fernzubleiben.²²⁷ In dem Kontext war allerdings vorrangig das Problem angesprochen, dass der Arbeitgeber Schutz vor dem Druck der Gewerkschaft, die einen Tarifvertrag schließen wollte, verlangte.

d) Fernbleiberecht

(1) Prüfungsmaßstab

Auch wenn aus der negativen Koalitionsfreiheit keine negative Tarifvertragsfreiheit als solche folgt, wäre die Argumentation denkbar, dass die Tarifnormenerstreckung zu einer Gefährdung der negativen Koalitionsfreiheit im Sinne des Fernbleiberechts führt. In dem Zusammenhang hat das Bundesverfassungsgericht zunächst klargestellt, dass von der Außenseiterwirkung womöglich ein Anreiz zum Beitritt abzuleiten sein könnte, der aber regelmäßig für einen Grundrechtseingriff nicht genügt. Das Bundesverfassungsgericht sieht einen Eingriff in das Fernbleiberecht noch nicht, wenn aus der Regelung nur „ein gewisser Druck, Mitglied einer Koalition zu werden,“ folgt.²²⁸ Der Druck muss vielmehr ein Ausmaß entfalten, dass daraus ein Beitrittszwang entsteht. Das soll bei der klassischen Allgemeinverbindlicherklärung regelmäßig nicht der Fall sein.²²⁹ Nichts anderes würde im Falle einer gesetzlichen Änderung gelten, die auch eine konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung nur für Außenseiter auf Arbeitgeberseite ermöglichen würde. Hinzuweisen ist schließlich darauf, dass das BVerfG denselben Maßstab für Austritt bzw. Übertritt in eine andere oder noch zu gründende Koalition anlegt.²³⁰

Problematisch ist die verwendete Terminologie. Während das BVerfG insofern noch einen gewissen Druck in Richtung auf die Mitgliedschaft für zulässig hielt,²³¹ wird an anderer Stelle der Druck zum Beitritt als unzulässig bezeichnet.²³² Demgegenüber soll der Beitrittsanreiz noch zulässig sein.²³³ Damit sind aber erkennbar keine unterschiedlichen Maßstäbe gemeint. Entscheidende Größe muss am Ende sein, ob der Außenseiter das Fernbleiben nicht mehr

227 EGMR 25.4.1996 – 18/1995/524/610, AuR 1997, 408, Rn. 52 – Gustafsson.

228 BVerfG 15.7.1980 – 1 BvR 24/74 und 439/79, BVerfGE 55, 7, 22; BVerfG 10.9.1991 – 1 BvR 561/89, ZTR 1992, 21, 22.

229 BVerfG, ebd. (Fn. 228); BAG 27.3.2019 – 10 AZR 211/18, NZA 2019, 1512, Rn. 41; BAG 30.10.2019 – 10 AZR 38/18, NZA 2020, 127, Rn. 22; NK-GA/Forst, § 5 TVG Rn. 30; MünchArbR-Klump, § 248 Rn. 34; Däubler-Lakies/Rödl, § 5 Rn. 47; Kempen/Zachert-Seifert, § 5 Rn. 28; Wiedemann-Wank, § 5 Rn. 67.

230 BVerfG 19.10.1966 – 1 BvL 24/65, BVerfGE 20, 312, 321 f.

231 Vgl. auch BVerfG 19.10.1966 – 1 BvL 24/65, AP Nr. 24 zu § 2 TVG.

232 BVerfG 14.11.2018 – 1 BvR 1278/16, NZA 2019, 112, Rn. 4; vgl. auch BAG 18.3.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028, Rn. 37.

233 BVerfG 20.7.1971 – 1 BvR 13/69, BVerfGE 31, 297, 302.

als vernünftige Alternative zum Beitritt ansieht.²³⁴ Auch wenn formale Beitrittsfreiheit existiert, wird die negative Koalitionsfreiheit in Gestalt des Fernbleiberechts dann verletzt, wenn der Druck ein Maß entfaltet, dass er effektiv dem Beitrittszwang gleichkommt. Für die Zwecke der weiteren Untersuchung soll deswegen allein das Wort Zwang für unzulässige Veranlassungen zum Beitritt verwendet werden.

Das terminologische Problem steht in einem engen Zusammenhang mit einer unklaren Dogmatik. Denn die Frage, auf welcher Ebene die Prüfung sich bewegt, wird, soweit ersichtlich, kaum diskutiert. Wenn nach vorstehenden Maßstäben der Beitrittsanreiz Ausmaße annimmt, die faktisch einem unwiderstehlichen Beitrittszwang gleichkommen, scheidet eine Rechtfertigung der konditionierten Allgemeinverbindlicherklärung aus.²³⁵ Es stellt sich dann die Frage, ob der Beitrittszwang, der ohnehin nur in ungewöhnlichen Konstellationen vorkommen wird, als in einer zweistufigen Prüfung angelegt begriffen wird, oder – dem herkömmlichen Prüfungsmaßstab entsprechend – als Umschreibung der Schranken-Schranke oder als Umschreibung eines Ergebnisses, bei dem eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung im Rahmen einer Abwägung unter jedem Gesichtspunkt ausscheiden muss²³⁶. Vorzugswürdig ist in vorliegendem Zusammenhang eine Orientierung an dem klassischen Prüfungsschema für Grundrechtsprüfungen:²³⁷

1. Der *Schutzbereich* betrifft das Fernbleiben (Unterlassen des Eintritts, Austritt, Wechsel) von einer Koalition.
2. Jeder Nachteil im Hinblick auf den Verzicht auf die Mitgliedschaft kann als *Eingriff* begriffen werden.²³⁸ An dieser Stelle kann die Differenzierung zwischen Anreiz und Druck gewinnbringend genutzt werden.²³⁹ Der bloße Anreiz stellt noch keinen Eingriff in das Fernbleiberecht dar. Denn das Verhalten im Schutzbereich wird durch den Anreiz nicht erschwert. Anders sieht es aus, wenn ein „gewisser Druck“ entfaltet wird.
3. Es ist allerdings eine *Rechtfertigung* möglich. Wenn der herrschenden Ansicht gefolgt wird, wonach die negative Koalitionsfreiheit durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet ist, kann dieser aus kollidierendem Verfassungs-

234 *Däubler/Heuschmid*, RdA 2013, 1, 7; *Deinert/Walser*, Tarifvertragliche Bindung, S. 82 f.; *Kocher*, NZA 2009, 119, 122; *Waltermann*, ZFA 2020, 211, 219; *Jacobs/Malorny*, SR 2022, 1, 7; *Schubert*, ZTR 2011, 579, 582; ähnl. *Höpfner*, RdA 2019, 146, 152.

235 A.A. *Waltermann*, ZFA 2020, 211, 219.

236 In der Konstellation einer unmittelbaren Grundrechtswirkung wie hier – oder als Abwägungsvorrang im Rahmen einer mittelbaren Drittwirkung, zu Letzterem *Borchard*, Verfassungsrechtliche und ein-fachgesetzliche Grenzen, S. 104 ff.

237 Ebenso *Jacobs*, FS Bauer, 2010, S. 479, 488.

238 Vgl. auch *Breschendorf*, Zweiteilung der Belegschaft, S. 108 f.

239 Vgl. auch *Jacobs*, FS Bauer, 2010, S. 479, 488, allerdings mit etwas abweichender Terminologie.

recht folgen. Als Rechtfertigungsgrund kommt dann der Schutz der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie durch Schaffung von Beitrittsanreiz (sogleich u. (2)) in Betracht. Die Rechtfertigung einer zwangsweisen Mitgliedschaft scheint aber nicht denkbar. Denn anderenfalls wäre das Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet, was nach Art. 19 Abs. 2 GG ausscheiden muss. Das kann nach den vorstehenden Erwägungen realistisch aber überhaupt nur für Spannenklauseln in Betracht kommen. Ob bei nicht für allgemeinverbindlich erklärten Spannenklauseln die Abwägung zu einem anderen Ergebnis kommen könnte, muss in vorliegendem Zusammenhang nicht geklärt werden.

(2) Eingriff durch konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung

Der gewöhnliche Beitrittsanreiz für Außenseiterarbeitgeber zur Gestaltung der Arbeitsbedingungen, wenn deren Geltung schon nicht abwendbar ist, verletzt wie eingangs erwähnt nicht deren negative Koalitionsfreiheit.

Einen stärkeren Beitrittsdruck für Außenseiter auf Arbeitnehmerseite könnte die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung allerdings erzeugen, wenn der Vorteil, den die Organisierten genießen, anders nicht zu haben ist, weil der Arbeitgeber freiwillig nicht bereit ist, diesen auch an Außenseiter zu erbringen. Unter diesem Aspekt wird die Zulässigkeit von Differenzierungsklauseln – unabhängig von einer Allgemeinverbindlicherklärung – auch sonst diskutiert.²⁴⁰

Nur am Rande sei erwähnt, dass Überlegungen des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts, wonach es auf die Sozialadäquanz des Beitrittsdrucks ankommt, keine Entsprechung in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung finden und auch in der späteren Rechtsprechung keine Bestätigung gefunden haben. Für den Großen Senat war die Sozialadäquanz letztlich auch nur ein Vehikel, um allgemeine Gerechtigkeitserwägungen durchzusetzen.²⁴¹ Demgegenüber wird in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts betont, dass der Druck jedenfalls einen solchen Druck übersteigen müsse, der sich allgemein schon daraus ergibt, dass Abreden von Außenseitern hinter tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen zurückbleiben.²⁴² Von daher kann der Nachteil eines geringeren Urlaubsgeldes nicht für sich als Eingriff in das Fernbleibe-recht verstanden werden, auch wenn dies als sozial inadäquat betrachtet würde. Ebenso wenig konnte daher die Entscheidung des BAG vom 9.5.2007 über-

240 *Benecke/Böhm/Cremer u.a.*, AuR 2021, 310, 311; *Waltermann*, Differenzierungsklauseln, S. 45 ff.; *Lunk/Leder/Seidler*, RdA 2015, 399, 402 f.; *Jacobs*, FS Bauer, S. 479, 488 ff.

241 BAG 29.11.1967 – GS 1/67, BAGE 20, 175. 228: „verletzt es das Gerechtigkeitsempfinden gröblich“.

242 BVerfG 14.11.2018 – 1 BvR 1278/16, NZA 2019, 112, Rn. 5, im Anschluss an BAG 15.4.2015 – 4 AZR 796/13, NZA 2015, 1388, Rn. 45 ff.

zeugen, wonach eine einfache Differenzierungsklausel (genau genommen wohl Differenzierung im Geltungsbereich, was aber konstruktiv ohnehin keinen Unterschied macht, vgl. o. II 3), deren tatbestandliche Voraussetzung mit dem Gewerkschaftsaustritt entfällt, in unzulässiger Weise in die negative Koalitionsfreiheit im Sinne eines Austrittsrechts eingreift.²⁴³

Sowohl bei einfachen Differenzierungsklauseln, die allgemeinverbindlich sind, als auch bei allgemeinverbindlichen Tarifverträgen mit einem auf die Organisierten beschränkten Geltungsbereich, aber auch bei der Einbindung Dritter in die Leistung für Organisierte, ist der Arbeitgeber nicht gehindert, auch Außenseiter in den Genuss des tarifvertraglich nur für Organisierte vorgesehenen Vorteils – oder zumindest eines Teils davon – kommen zu lassen. Das wird besonders deutlich bei Tarifverträgen, die den persönlichen Geltungsbereich auf organisierte Arbeitnehmer beschränken. Denn solche Regelungen haben ja nicht zur Folge, dass Außenseiter gar keine Arbeitsverträge erhalten oder keine Gegenleistungen. Das bedeutet zugleich, dass die jüngere Rechtsprechung des BAG zu einfachen Differenzierungsklauseln (vgl. o. II 3) übertrieben vorsichtig anmutet, wenn sie betont, dass es um eine moderate Leistung ging, die nicht maßgeblich für den laufenden Lebensunterhalt war: Wäre es um mehr gegangen, wäre der Außenseiter nicht auf sittenwidrige Hungerlöhne zurückgeworfen, sondern hätte anderweitig von seiner Vertragsautonomie Gebrauch gemacht/machen müssen. Im Übrigen schützt ihn die Rechtsprechung auch dann noch, indem sie massiv untertarifliche Löhne für sittenwidrig erklärt, wenn der Tarifvertrag die übliche Vergütung repräsentiert.²⁴⁴

Insgesamt ist ein Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit durch einfache Differenzierungsklauseln,²⁴⁵ aber auch etwa durch Beschränkungen des persönlichen Geltungsbereichs eine nur theoretische Größe – gleichgültig, ob in Gestalt einer konditionierten Allgemeinverbindlicherklärung oder nicht. Wenn in der Literatur darüber nachgedacht wird, wann eine einfache Differenzierungsklausel einen Beitrittszwang auslösen kann,²⁴⁶ wird dabei ebenso wie seinerzeit vom BAG übersehen, dass die Tarifvertragsparteien zur Gestaltung der Arbeitsbedingungen der Außenseiter nicht nur nicht legitimiert sind, sondern sich um diese Bedingungen auch nicht scheren müssen – nicht einmal ein wenig. Um auskömmliche Bedingungen für Außenseiter müssen diese sich

243 BAG 9.5.2007 – 4 AZR 275/06, NZA 2007, 1439, Rn. 35.

244 BAG 22.4.2009 – 5 AZR 436/08, DB 2009, 1599; BAG 16.12.2012 – 5 AZR 268/11, NZA 2012, 974.

245 Wie hier Jacobs/Krause/Oetker/Schubert-Krause, § 1 Rn. 74; Jacobs/Malorny, SR 2022, 1, 4; Hüpfner, RdA 2019, 146, 152; wohl auch MünchArbR-Klump, § 237 Rn. 23a; Waltermann, SR 2021, 177, 181.

246 So etwa Lunk/Leder/Seidler, RdA 2015, 399, 400 f.

selber kümmern, einen Anspruch auf Aushandlung von Leistungen, die die Tarifvertragsparteien für ihre Mitglieder vereinbaren, haben sie gerade nicht.²⁴⁷

Die Austrittsfreiheit organisierter Arbeitnehmer als weiterer Aspekt der negativen Koalitionsfreiheit wird im Übrigen unter keinem Gesichtspunkt stärker durch Differenzierungsklauseln (und mithin auch nicht durch konditionierte Allgemeinverbindlicherklärungen) infrage gestellt als das Fernbleiberecht als solches.²⁴⁸ Die Situation stellt sich für den künftigen Außenseiter nicht anders dar als für den aktuellen Außenseiter: Die tarifvertraglich exklusiv vorgesehenen Leistungen sind für Außenseiter nicht vorgesehen. Es mag psychologisch schwieriger sein, auf eine Leistung zu verzichten, auf die ein Anspruch bestand bzw. bestünde, als auf eine solche, auf die ein Anspruch noch nie bestand. Tatsächlich geht es aber um dasselbe. Der Anreiz zum Verbleib für den einen ist nicht anders als der Anreiz zum Eintritt für den anderen.

Nach allem kann über den unbeachtlichen Anreiz zum Gewerkschaftsbeitritt durch den Vorteil der garantierten Arbeitsbedingungen hinaus im Falle der konditionierten Allgemeinverbindlicherklärung ein rechtlich relevanter Beitrittsdruck als Eingriff nur durch Spannenklauseln erzeugt werden. Insoweit wäre die Frage nach einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung spezifisch dahin aufzuwerfen, dass die Allgemeinverbindlicherklärung gerade auf Arbeitnehmerseite ausbleibt. Ganz grundsätzlich ließe sich argumentieren, dass eben kein Anspruch auf Allgemeinverbindlicherklärung bestehe (s.o. 1 c) (2)), wie das Bundesverfassungsgericht zwar nicht für die Außenseiter, aber für die Tarifvertragsparteien klargestellt hat. Bislang ist auch noch niemand auf die Idee gekommen, Spannenklauseln deswegen für verfassungswidrig zu halten, weil sie nicht durch das Ministerium überwunden werden. Es gibt also gute Gründe für die Annahme, dass auch eine konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung von Spannenklauseln in Wahrheit gar keinen Eingriff bedeutet und daher gar nicht rechtfertigungsbedürftig ist, sondern allein die Frage einer zulässigen tarifvertraglichen Regelung betrifft. Andererseits gibt es aber auch gute Gründe, die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung als Eingriff anzusehen. Zumindest für die Arbeitnehmer, deren Arbeitgeber bislang nicht tarifgebunden war, wird durch sie nämlich Tarifbindung hergestellt und gleichwohl eine Teilhabe der Außenseiter auf Arbeitnehmerseite ausgeschlossen, obwohl im Grundsatz das öffentliche Interesse bejaht wurde. Insgesamt lässt sich argumentieren, dass das Ministerium sich durch die Allgemeinverbindlicherklärung auch den Beitrittsdruck durch eine Spannenklausel zu eigen macht.

247 Dies übersieht auch *Greiner*, NZA 2016, 10, 12 f.; wie hier *Däubler/Heuschmid*, RdA 2013, 1, 5.

248 Unklar insoweit *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 2128.

(3) Rechtfertigung

Es verdient Beachtung, dass die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung gewichtige Zwecke verfolgt. Denn die Allgemeinverbindlicherklärung dient dem Schutz der Tarifautonomie vor Aushöhlung durch Unterbietungskonkurrenz auf Arbeitgeberseite. Das ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein in Art. 9 Abs. 3 GG angelegter Schutzzweck.²⁴⁹ Andererseits hat das Gericht auch darauf abgestellt, dass die Allgemeinverbindlicherklärung daneben dem Ziel diene, „den Außenseitern angemessene Arbeitsbedingungen zu sichern“.²⁵⁰ Freilich hat das Gericht auch nicht umgekehrt betont, dass nur das Zusammentreffen beider Zwecke die Allgemeinverbindlicherklärung zulasse. Das ergibt in sachlicher Hinsicht auch keinen Sinn. Denn schon die Abstützung der tarifvertraglichen Normsetzung ist ein Aspekt der Sicherung der Tarifautonomie und damit der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG.

Der Verzicht auf die explizite Sicherung angemessener Arbeitsbedingungen für nicht organisierte Arbeitnehmer findet zudem seinerseits eine Rechtfertigung in einem wichtigen Gut von Verfassungsrang. Denn der Verzicht auf Allgemeinverbindlichkeit für Außenseiter auf Arbeitnehmerseite hat den Zweck, einen Anreiz zum Beitritt zu setzen, um die Erosion eines Tarifpartners auf Arbeitnehmerseite und damit die Infragestellung des Tarifsystems als Ganzes zu verhindern.²⁵¹ In diesem Sinne hat das BAG – in Bezug auf eine einfache Differenzierungsklausel – ausgeführt:

„Die Legitimität ihres Organisationsinteresses an Verhinderung weiterer Schwächung durch die Sicherung des Mitgliederbestandes muss vor diesem Hintergrund [rückgängiger Organisationsgrad, O.D.] hoch bewertet werden. Sie kann um der Effektivität des Tarifvertragsystems als Ganzen auch bei der Erfüllung der den Gewerkschaften gemeinsam mit den Arbeitgebern und Arbeitgeberverbänden obliegenden Aufgabe der Regelung der Arbeitsbedingungen Berücksichtigung finden.“²⁵²

Mithin stützt die Konditionierung der Allgemeinverbindlicherklärung ihrerseits ebenfalls die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie,²⁵² folglich ein zur Rechtfertigung taugliches Gut.²⁵³ Es ist zwar richtig, dass Erhalt und Verbreiterung der Mitgliederbasis der Verbände in erster Linie deren eigene Aufgabe

249 BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 341 f.

250 BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 342.

251 Vgl. für Differenzierungsklauseln im Allgemeinen *Benecke/Böhm/Cremer u.a.*, AuR 2021, 310, 311.

252 Ebenso für Spannenklauseln *Waltermann*, SR 2021, 177, 181 f.

253 Vgl. auch *Höpfner*, RdA 2019, 146, 155, der bereits den Koalitionswettbewerb als rechtfertigungstaugliches Gut anerkennt.

ist.²⁵⁴ Insbesondere ist der Gesetzgeber nicht verpflichtet, schwachen Verbänden im Sinne einer Optimierung der Kampfbedingungen Durchsetzungsfähigkeit bei Tarifverhandlungen zu verschaffen.²⁵⁵ Der Staat kann allerdings flankierend eingreifen, um sie in die Lage zu versetzen, dass sie diese Aufgabe auch erfüllen können.²⁵⁶ Das hat das Bundesverfassungsgericht beispielsweise anerkannt im Zusammenhang mit der Verfassungsmäßigkeit der Tariffähigkeit der Handwerksinnungen.²⁵⁷ Wenn der Staat in Erfüllung seiner Aufgabe zur Bereitstellung eines funktionsfähigen Tarifvertragssystems²⁵⁸ dieses mitgliederbasiert ausgestaltet, ist er, wenn dessen Funktionsfähigkeit durch sinkende Organisationsgrade auf Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite gefährdet wird, gefordert, die Verbände zu befähigen, die legitimierende Mitgliederbasis wieder zu stärken.²⁵⁹ Zu betonen ist insoweit auch, dass die Verbände es selber in der Hand haben zu entscheiden, ob sie von der Option der konditionierten Allgemeinverbindlicherklärung Gebrauch machen möchten,²⁶⁰ über den unter Überwindung struktureller Ungleichgewichtslagen ausgehandelten Tarifvertrag einerseits und den gemeinsamen Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung andererseits. Anders wäre es nur bei einer gesetzlichen Regelung (vgl. o. II 1), soweit das Ministerium auch ohne entsprechenden Antrag auf die Wirkung der Allgemeinverbindlicherklärung auf Arbeitnehmerseite verzichten könnte. Nach allem ist die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung gerechtfertigt durch zwei verfolgte Zwecke: Stützung der Tarifbindung durch Ausschaltung von Unterbietungskonkurrenz auf Arbeitgeberseite und andererseits Schutz der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie durch Anreiz zur Mitgliedschaft auf Arbeitnehmerseite.²⁶¹ Es ist – wenig verwunderlich – eben gerade das öffentliche Interesse, das die Allgemeinverbindlicherklärung des mit einer Spannenklausel versehenen Tarifvertrages gebietet (s.o. 1 b) (4)), das auch die verfassungsrechtliche Rechtfertigung für den damit verbundenen Eingriff in das Fernbleiberecht der Arbeitnehmer rechtfertigt.

Mit Blick auf die Verhältnismäßigkeit ist im Auge zu behalten, dass die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung einer Spannenklausel regelmäßig den Außenseitern auf Arbeitnehmerseite nicht etwa angemessene Arbeitsbedingungen insgesamt vorenthält, sondern lediglich einen spezifischen Exklu-

254 *Waltermann*, ZFA 2020, 211, 216.

255 BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u.a., BVerfGE 92, 365, 396; BVerfG 11.7.2015 – 1 BvR 1571/15 u.a., NZA 2017, 915, Rn. 150; BVerfG 19.6.2020 – 1 BvR 842/17, NZA 2020, 1186, Rn. 21.

256 *Benecke/Böhm/Cremer u.a.*, AuR 2021, 310, 311.

257 BVerfG 19.10.1966 – 1 BvL 24/65, BVerfGE 20, 312, 318, 319.

258 BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u.a., AP Nr. 4 zu § 116 AFG.

259 *Benecke/Böhm/Cremer u.a.*, AuR 2021, 310, 311.

260 Vgl. zu diesem Aspekt auch allgemein *Benecke/Böhm/Cremer u.a.*, AuR 2021, 310, 312.

261 Ebenso *Waltermann*, SR 2021, 177, 184.

sivvorteil für organisierte Arbeitnehmer, während sie ansonsten von den Arbeitsbedingungen des Tarifvertrages ebenfalls profitieren.

(4) Grenzen

Auf die Frage, wann eine Differenzierungsklausel in einen Beitrittszwang umschlägt, lassen sich allgemeingültige Antworten schwerlich geben.²⁶² Ein paar Gesichtspunkte sollen an dieser Stelle aber benannt werden. Teils wird versucht, Quantitätsrelationen zu entwickeln, die als Faustformel dafür herhalten sollen, ob aus dem vorenthaltenen Vorteil ein effektiver Beitrittsdruck entsteht. Insoweit sei allerdings darauf hingewiesen, dass die Benennung von Größenordnungen beim jährlichen Gewerkschaftsbeitrag oder dem doppelten davon²⁶³ mit Rücksicht auf den höheren Aufwand des Organisierten immer alle auf einem monokausalen ökonomischen Zusammenhang fußen, der in der Realität kaum vorkommen dürfte (s.o. I). Die Entscheidung für oder gegen die Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft ist nicht allein durch den Geldbeutel geprägt, sondern von zahlreichen anderen Erwägungen abhängig. Im Übrigen lassen sich solche Größenordnungen nur für Fallgestaltungen benennen, in denen klar ist, dass der Vorteil für Organisierte im Voraus berechenbar einen Vorsprung bestimmten Umfangs erreicht. Außer bei Spannenklauseln ist das aber regelmäßig nicht der Fall.

Umgekehrt lässt sich aber sicher für manche Konstellation relativ verlässlich davon ausgehen, dass ein Druck zum Beitritt aus dem Umfang des Vorteils gar nicht erwachsen kann. Der aus der Wissenschaft vorgelegte Entwurf eines Differenzierungsklauselgesetzes²⁶⁴ sieht ausdrücklich vor, dass Sonderleistungen bis zum doppelten Gewerkschaftsbeitrag rechtlich über jeden Zweifel erhaben sind. Umgekehrt heißt das nicht, dass nicht auch weitere, darüber hinaus gehende Vorteile rechtlich unproblematisch sein können, was häufig übersehen wird. In der Literatur wurde insoweit versucht, die Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit untertariflicher Löhne fruchtbar zu machen. In Anlehnung hieran sollte jedenfalls auch eine Differenzierung bei monetären Größen um bis zu 1/3 möglich sein.²⁶⁵

262 Vgl. auch bereits in Bezug auf einfache Differenzierungsklauseln im Allgemeinen BAG 18.3.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028, Rn. 38.

263 *Däubler*, BB 2002, 1643, 1647; *Kempen/Zachert-Kempen*, Grundlagen Rn. 220; ähnl. *Kamanabrou*, FS Kreutz, 2010, S. 197, 207.

264 *Benecke/Böhm/Cremer u.a.*, AuR 2021, 310 ff.

265 *Leydecker*, Der Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 176 ff.; *Jacobs/Krause/Oetker/Schubert-Krause*, § 1 Rn. 79; *Deinert*, RdA 2014, 129, 134; wohl auch *Berg/Kocher/Schumann-Dierßen*, § 3 Rn. 240.

e) Vertragsfreiheit der Außenseiter

Die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung bedeutet die Bindung des Arbeitgebers an eine Vorteilsregelung für organisierte Arbeitnehmer. Das könnte problematisch unter dem Gesichtspunkt erscheinen, dass es Außenseitern erschwert wird, vergleichbare Vertragsinhalte wie diejenigen, die die Vorteilsregelung enthält, zu vereinbaren. Das berührt die Vertragsfreiheit, die für die Arbeitsvertragsparteien aus der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) folgt, ansonsten aus Art. 2 Abs. 1 GG.²⁶⁶

Insoweit ist aber nochmals zu betonen, dass der Arbeitgeber von Rechts wegen grundsätzlich nicht gehindert ist, auch Außenseitern die tariflichen Leistungen zu gewähren.²⁶⁷ Die meisten der beschriebenen Konstruktionen hindern auch nicht daran, entsprechende Vertragsinhalte auf privatautonomer Ebene zu vereinbaren. Namentlich eine einfache Differenzierungsklausel oder eine Beschränkung des Geltungsbereichs des Tarifvertrages bewirkt lediglich, dass nicht schon aus einer vertraglichen Bezugnahme auf den Tarifvertrag eine vollständige Teilhabe an den Tarifinhalten folgt.²⁶⁸ Aber auch dort, wo es den Außenseitern erschwert wird, eine vollständige Gleichstellung zu erreichen, wie dies bei Spannenklauseln insbesondere der Fall ist, folgt aus dem Umstand des Eingriffs in den Schutzbereich keineswegs, dass die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung verfassungswidrig wäre. Vielmehr ist auch insoweit eine Rechtfertigung in Abwägung mit widerstreitenden Gütern zu prüfen.²⁶⁹ Auch insoweit kommt eine Rechtfertigung zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie über die Sicherung einer hinreichenden Mitgliederbasis in Betracht. Dieses verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgut aus Art. 9 Abs. 3 GG muss in eine Abwägung mit der Bedeutung der Vertragsfreiheit eingestellt werden.

Die Sicherung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie erlangt insoweit Vorrang, ist doch der Eingriff in die Privatautonomie aus zwei Gesichtspunkten nur von geringer Intensität. Insoweit ist für die einfache Differenzierungsklausel ebenso wie für Geltungsbereichsbeschränkungen und die Einbeziehung Dritter zu konstatieren, dass der Eingriff in die Vertragsfreiheit des Außenseiters nur gering ist, weil er, wie bereits oben (II 5 b) gezeigt, keinen Anspruch auf einen Vertrag bestimmten Inhalts hat und andererseits der

266 Vgl. BVerfG 26.5.1981 – 1 BvL 56/78 u.a., AP Nr. 1 zu § 4 SchwbG; BVerfG 29.6.2016 – 1 BvR 1015/15, BVerfGE 142, 268. Ausführlich zur Reichweite des Schutzes der berufsbezogenen Vertragsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG *Kingreen*, Exklusive Tariföffnungsklauseln, S. 34 ff.

267 Vgl. auch BAG 23.3.2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920, Rn. 46.

268 Vgl. für die einfache Differenzierungsklausel *Waltermann*, Differenzierungsklauseln, S. 71 f.

269 Vgl. *Deinert*, RdA 2014, 129, 134.

Arbeitgeber an einer Gleichstellung nicht gehindert wird, sodass diese Formen der Differenzierung letztlich nur das Widersetzungspotenzial des Arbeitgebers steigern.²⁷⁰ Im Ausgangspunkt bedeutet das, dass der Außenseiter auf das zurückgeworfen ist, was aus dem Konzept des TVG ohnehin folgt: Anspruch auf Tarifbedingungen haben nur Organisierte.²⁷¹ Zum einen werden die Vertragsparteien nicht daran gehindert, Vertragsinhalte welcher Art auch immer zu vereinbaren. Die Spannenklausel macht es für den Arbeitgeber ab einem gewissen Punkt zwar unökonomisch, weitere Zugeständnisse zu gewähren. Dies hat allerdings ebenfalls eine geringe grundrechtliche Relevanz, weil ein Anspruch auf einen bestimmten Vertragsinhalt oder eine bestimmte Solvenz des Vertragspartners eben nicht existiert. Zudem geht es häufig um Größenordnungen, die keine existenziellen Ausmaße einnehmen, wenn etwa Erschwereniszulagen oder Gratifikationen exklusiv für Organisierte vorgesehen werden. Insoweit sind jedenfalls Sonderleistungen, soweit sie das Fernbleiberecht des Außenseiters nicht verletzen, auch im Hinblick auf dessen Vertragsfreiheit unproblematisch. Zudem ist der Eingriff in die Vertragsfreiheit des Außenseiters im Allgemeinen nicht unverhältnismäßig mit Rücksicht darauf, dass individuell ausgehandelte Vorteile des Außenseiters von einer Spannenklausel regelmäßig nicht erfasst werden, sodass die individuelle Vertragsverhandlung gar nicht berührt wird.²⁷² Das BAG hat klargestellt, dass eine solche Spannenklausel regelmäßig dahin zu verstehen ist, dass es um Leistungen geht, die der Arbeitgeber aufgrund eines generalisierenden Prinzips mit kollektivem Bezug erbringt.²⁷³ Denn die Spannenklausel richtet sich gegen Maßnahmen, die einen dem Exklusivvorteil für Organisierte entgegenstehenden Zweck verfolgt.²⁷⁴ Insoweit ist auch im Blick zu behalten, dass die Außenseiter in solchen Konstellationen zumeist nur von betriebs- und organisationspolitischen Entscheidungen des Arbeitgebers für eine Maßnahme mit entsprechendem kollektivem Bezug profitieren.²⁷⁵

Problematisch könnte eine Spannenklausel nur sein, wenn sie an eine schon vorher verabredete Gleichstellungsvereinbarung knüpfte und damit einen niemals endenden Mechanismus auslösen würde. Das würde als unverhältnismäßig angesehen mit der Folge, dass eine Spannenklausel, die insoweit keine Ein-

270 Vgl. *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 361.

271 *Ulber/Strauß*, DB 2008, 1970, 1973; vgl. auch *Däubler*, BB 2002, 1643, 1647.

272 *Benecke/Böhm/Cremer u.a.*, AuR 2021, 310, 313; *Jacobs/Krause/Oetker/Schubert-Krause*, § 1 Rn. 80; *Waltermann*, ZFA 2020, 211, 219; *ders.*, SR 2021, 177, 181 f.

273 BAG 23.3.2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920, Rn. 31; vgl. auch *Benecke/Böhm/Cremer u.a.*, AuR 2021, 310, 313; *Jacobs/Krause/Oetker/Schubert-Krause*, § 1 Rn. 78, 80; *Waltermann*, SR 2021, 177, 181 f.; a.A. *Höpfner*, RdA 2019, 146, 154.

274 *Jacobs/Malorny*, SR 2022, 1, 6.

275 Vgl. *Benecke/Böhm/Cremer u.a.*, AuR 2021, 310, 311.

schränkungen enthält, unwirksam sei.²⁷⁶ Richtiger Ansicht nach bedarf es in diesem Falle indes einer Abwägung der Vertragsfreiheit mit der kollektiven Koalitionsfreiheit, wobei Letztere den Vorrang verdient, sodass die Gleichstellungsvereinbarung lediglich für die Dauer der Kollision zurückzutreten hat.²⁷⁷

f) Gegnerunabhängigkeit

Die Gegnerunabhängigkeit ist nachfolgend sowohl mit Blick auf die Arbeitgeberseite zu prüfen als auch mit Blick auf die Gewerkschaftsseite.

Während eine konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung für Außenseiter auf der Arbeitnehmerseite hinsichtlich des Fernbleiberechts zu prüfen war (s.o. c), stellt sich für Außenseiter auf der Arbeitgeberseite die Frage, ob es rechtlich zulässig ist, sie für eine Stabilisierung des potenziellen sozialen Gegenspielers in Anspruch zu nehmen. Da die Außenseiter sich gegen eine Verbandsmitgliedschaft und zumeist auch gegen den Abschluss von Tarifverträgen mit einer Gewerkschaft entschieden haben, geht es zumeist um die Stärkung eines nur potenziellen sozialen Gegenspielers. Gleichwohl könnte dies problematisch erscheinen unter dem Gesichtspunkt der Gegnerunabhängigkeit.²⁷⁸

Nicht betroffen ist insoweit aber die Unabhängigkeit der Arbeitgeberseite. Tatsächlich trifft es die Außenseiter in gar keiner anderen Weise als auch die organisierten Arbeitgeber, die tarifgebunden sind. Denn auch jene werden über die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung für das Anliegen einer Stabilisierung des sozialen Gegenspielers und damit der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie insgesamt in Anspruch genommen.

Mit Blick auf den Arbeitgeberverband, von dem eine konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung gefordert wurde, selbst wenn er sich nur unter Streikdruck einer solchen ergeben hat, ist festzustellen, dass dieser einen Eingriff in die kollektive Koalitionsfreiheit am Ende hinzunehmen hätte, weil dies als Beitrag zur Stärkung der Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems erforderlich erschiene. Eben dieser Rechtfertigungsgrund trägt aber auch gegenüber dem Außenseiter, der über das Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung von einem Unterbietungswettbewerb mit den tarifgebundenen Arbeitgebern abgehalten werden soll. Soweit zulässigerweise organisierte Arbeitgeber durch Vorteilsregelungen für organisierte Arbeitnehmer in Anspruch

276 *Waltermann*, Differenzierungsklauseln, S. 75.

277 *Benecke/Böhm/Cremer u.a.*, AuR 2021, 310, 313.

278 *Zöllner*, Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln, S. 33 f.; *Franzen*, RdA 2006, 1, 7.

genommen werden, wird den Außenseitern lediglich die Möglichkeit abgeschnitten, in anderer Weise zu verfahren. Angesichts des verfolgten Ziels überzeugt auch nicht die seinerzeit vom Großen Senat des BAG aufgestellte These, mit einer Differenzierungsklausel werde vom Arbeitgeber Unzumutbares verlangt, insoweit er an der Differenzierung zwischen Organisierten und Außenseitern mitwirken müsse.²⁷⁹

Die Gegnerfreiheit wäre allenfalls infrage gestellt, wenn der Arbeitgeber zu Beiträgen herangezogen würde, die kein vergleichbares Äquivalent wie die Beitragsleistungen organisierter Arbeitgeber, etwa durch Leistungen an die eigenen Arbeitnehmer oder Refinanzierung von Leistungen des Arbeitgebers an seine Arbeitnehmer, haben.²⁸⁰ Dies hat der EGMR in der Geotech-Entscheidung verdeutlicht, in der er umgekehrt betont hat, dass der Arbeitgeber nicht nur zu Beiträgen herangezogen wurde, sondern auch Leistungen, entweder an die Arbeitnehmer des Arbeitgebers oder an den Arbeitgeber, erbracht wurden.²⁸¹ Auch in diesem Zusammenhang hat der EGMR besonders betont, dass der beabsichtigte soziale Schutz nur durch Einbeziehung aller Arbeitgeber und Arbeitnehmer des Baugewerbes zu erreichen sei.²⁸² Doch auch hier spielte vor allem eine Rolle, dass nicht zu Beiträgen ohne entsprechende Leistungen herangezogen wurde. Der Gerichtshof hat in dem Zusammenhang zudem besonders betont, dass Außenseiter auf Arbeitgeberseite keine Nachteile im Vergleich zu den kraft Mitgliedschaft tarifgebundenen hätten.²⁸³

Vor diesem Hintergrund kann die vom Bundesverfassungsgericht offengelassene Frage, ob nicht organisierte Arbeitgeber sich als individuelle Unternehmer überhaupt auf die Koalitionsfreiheit berufen können,²⁸⁴ an dieser Stelle unbeantwortet bleiben. Anderenfalls wäre die Frage der Gegnerfinanzierung unter einem Eingriff in die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) zu prüfen gewesen. Was als Eingriff in die Koalitionsfreiheit gerechtfertigt ist, wäre aber auch als Eingriff in die Berufsfreiheit gerechtfertigt.

Angesprochen ist indes die Unabhängigkeit der Gewerkschaft. Die Unabhängigkeit ist eine Voraussetzung für das Vorliegen einer Koalition an sich, beträfe hier also die Gewerkschaften im Falle finanzieller Abhängigkeit vom sozialen Gegenspieler.²⁸⁵ Insoweit wird die Gegnerfinanzierung bisweilen als prob-

279 So BAG 29.11.1967 – GS 1/67, BAGE 20, 175, 222 ff.

280 Waltermann, SR 2021, 177, 186.

281 EGMR 2.6.2016 – 23646/09, NZA 2016, 1519, Rn. 71 – Geotech Kancev.

282 EGMR 2.6.2016 – 23646/09, NZA 2016, 1519, Rn. 70 – Geotech Kancev.

283 EGMR 2.6.2016 – 23646/09, NZA 2016, 1519, Rn. 72 – Geotech Kancev.

284 BVerfG 19.6.2020 – 1 BvR 842/17, NZA 2020, 1186, Rn. 17.

285 Vgl. BAG 31.1.2018 – 10 AZR 695/16 (A), NZA 2018, 876, Rn. 22; ErfK-Linsenmaier, Art. 9 GG Rn. 25.

lematischer Aspekt diskutiert.²⁸⁶ Tatsächlich ist deren Unabhängigkeit aber auch nicht gefährdet, wenn ihre Mitglieder aufgrund eines Tarifvertrages, der durch die Verhandlungsstärke der Gewerkschaft zustande gekommen ist, Leistungen vom Arbeitgeber beanspruchen können. Zu Recht wurde in dem Zusammenhang bereits darauf aufmerksam gemacht, dass die Zahlungen, die, selbst wenn sie über die Gewerkschaft erfolgen, für die Arbeitnehmer vorgesehen sind, nicht die Gewerkschaft und damit einen sozialen Gegenspieler finanzieren.²⁸⁷ Insoweit erweist sich auch die Überlegung, dass in krassen Fällen der Bestand der Gewerkschaft gefährdet wäre, wenn im Falle der Änderung des Tarifvertrages – oder im vorliegenden Fall: Fortfall der Allgemeinverbindlichkeit – die Differenzierungsklausel entfällt,²⁸⁸ als Scheinproblem. Das ist nichts anderes als das generelle Problem, wenn es einer Gewerkschaft nicht gelingt, den bisherigen Bestand an Arbeitnehmerschutznormen aufrechtzuerhalten. Mit dieser Erwägung könnte der Tarifvertrag insgesamt als Gefährdung der Gegnerunabhängigkeit angesehen werden, eine absurde Vorstellung.

Nur am Rande sei angemerkt, dass die Gefährdung des Koalitionsstatus der Gewerkschaft schwerlich gegen die Wirksamkeit einer Differenzierungsklausel an sich vorgebracht werden kann und im Kontext der Allgemeinverbindlicherklärung bestenfalls das öffentliche Interesse infrage stellen kann, soweit diese darauf hinausliefe, eine Tarifvertragspartei in ihrer Existenz zu gefährden.

Nach allem ist die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung auch unter dem Gesichtspunkt der Gegnerunabhängigkeit rechtlich unproblematisch.

g) Staatsneutralität

In diesem Zusammenhang ist auch die Frage der Neutralität des Staates in den kollektiven Arbeitsbeziehungen zu sehen. Es geht darum, dass der Staat mit Rücksicht darauf, dass alle Beteiligten im Tarifgeschehen Koalitionsfreiheit gemäß Art. 9 Abs. 3 GG genießen, nicht einseitig Partei für eine Seite ergreifen darf. Es stellt sich allerdings die Frage, ob die Staatsneutralität durch eine konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung verletzt würde.

Staatsneutralität an sich ist kein geschütztes Rechtsgut. Sie ist aber zu fordern, soweit der Staat regelnd in die kollektiven Beziehungen der Koalitionen eingreift.²⁸⁹ Dasselbe gilt im Hinblick auf die Konkurrenzsituation zwischen meh-

286 HWK-Hensler, § 1 TVG Rn. 111; Franzen, RdA 2006, 1, 7.

287 Däubler-Heuschmid/Klug, § 1 Rn. 1074; Borchard, Verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Grenzen, S. 157 ff.

288 Zöllner, Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln, S. 34.

289 BVerfG 19.6.2020 – 1 BvR 842/17, NZA 2020, 1186, Rn. 21.

renen Gewerkschaften.²⁹⁰ Dieses Verständnis von Staatsneutralität bedeutet aber nicht, dass dem Staat jegliches Handeln versagt wäre. Im Gegenteil ist er verpflichtet, den Tarifvertragsparteien überhaupt ein Tarifvertragssystem bereitzustellen und so das Tarifvertragsrecht auszugestalten.²⁹¹ Das ist notwendig in verschiedener Hinsicht mit Begrenzungen für die eine und die andere Seite verbunden. Das Bundesverfassungsgericht hat zudem klargestellt, dass der Staat aufgefordert ist, im Falle einer Verschiebung der Parität der Sozialpartner gestaltend einzugreifen, damit die Wahrnehmung des Koalitionsrechts für beide Seiten möglich ist.²⁹² Andererseits ist der Staat nicht verpflichtet, schwachen Verbänden zur Durchsetzungsfähigkeit zu verhelfen oder Kampfbedingungen zu optimieren.²⁹³ Er muss nur einschreiten, wenn die Strukturbedingungen der Tarifautonomie fehlen. Andererseits hindert die Verfassung den Staat nicht, das Tarifvertragsrecht so auszugestalten, dass die Tarifautonomie in möglichst optimaler Weise verwirklicht werden kann. In diesem Sinne hat das Bundesverfassungsgericht die staatliche Neutralität bislang auch nur in der Weise im Kontext der Allgemeinverbindlicherklärung ins Spiel gebracht, dass sie einem Anspruch der Tarifvertragsparteien auf Allgemeinverbindlicherklärung entgegenstehe.²⁹⁴

Vor diesem Hintergrund ist eine konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung nicht als Verletzung staatlicher Neutralität zu sehen, sondern, da sie im Interesse der Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems erfolgt, als zulässiger Beitrag zur Ausgestaltung des Systems zu begreifen.

h) Positive Koalitionsfreiheit anders organisierter Arbeitnehmer

Es wurde bereits weiter oben (1 e) darauf hingewiesen, dass eine konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung als gegen die Koalitionsfreiheit gerichtete Maßnahme (Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG) begriffen werden könnte, wenn Exklusivregelungen dazu führen würden, dass Angehörige konkurrierender Koalitionen von solchen Vorteilen ausgeschlossen blieben und insoweit systematisch zurückgesetzt würden. In den meisten Fällen dürfte das aber gar kein Problem sein. Mit Blick auf eine einfache Differenzierungsklausel ist nochmals zu betonen, dass es dem Arbeitgeber nicht verwehrt ist, Außenseitern entsprechende Leistungen zu gewähren. Nichts anderes gilt für den Umgang mit anders Organisierten. Deren Gewerkschaften können ihrerseits die Arbeitsbedingungen mit dem Arbeitgeber tarifieren.

290 BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, NZA 2017, 915, Rn. 149 f.

291 BVerfG 18.11.1954 – 1 BvR 629/52, BVerfGE 4, 96, 106.

292 BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u.a., BVerfGE 92, 365.

293 BVerfG 10.1.2020 – 1 BvR 4/17, NZA 2020, 253, Rn. 17 f.

294 BVerfG 10.1.2020 – 1 BvR 4/17, NZA 2020, 253, Rn. 20.

Bei Abwicklung über Dritte oder Spannenklauseln bleibt für die in der tarifschließenden Gewerkschaft organisierten Arbeitnehmer allerdings ein exklusiver Vorteil. Auch insoweit gilt aber das bereits mehrfach bemühte Argument, dass eine solche Vorteilsregelung mit dem Bemühen um die Sicherung der Effektivität des Tarifvertragssystems gerechtfertigt werden kann. Problematisch wäre dies nur, wenn es einer konkurrierenden Gewerkschaft versagt wäre, mit demselben Argument entsprechende Vorteile für die eigenen Mitglieder auszuhandeln.²⁹⁵ § 4a TVG löst dieses Problem nicht abschließend, da es hier – anders als bei der gesetzlichen Regelung zur Tarifkollision – nicht um eine Tarifgebundenheit des Arbeitgebers nach § 3 TVG geht, sondern um einen allgemeinverbindlichen Tarifvertrag.²⁹⁶ Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG²⁹⁷ steht daher dem Mechanismus einer Spannenklausel entgegen, wenn sie im Ergebnis durch eine anderweitige tarifvertragliche Bindung des Arbeitgebers gegenüber einer anderen Gewerkschaft ausgelöst würde.²⁹⁸ Ein die Konkurrenzorganisation behindernder Effekt darf aber auch nicht durch die Kollisionsregel ausgelöst werden. Von daher muss eine konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung insoweit unangewendet bleiben, als sie durch eine tarifvertragliche Regelung entsprechender Vorteile für anders Organisierte ausgelöst würde. Die Annahme der Nichtigkeit der Spannenklausel im Hinblick auf die Rechte konkurrierender Gewerkschaften²⁹⁹ ist demgegenüber überschießend und unverhältnismäßig. Auch an dieser Stelle zeigt sich, dass ein mitgliedschaftlich legitimierter Tarifvertrag der anders organisierten Arbeitnehmer im Falle der Tarifkonkurrenz Vorrang haben muss. Zudem ist es vorrangig geboten, die Allgemeinverbindlicherklärung mit einer Einschränkungsklausel zu versehen (vgl. o. 1 e).

Die zuletzt genannten Erwägungen zeigen auch, dass die positive Koalitionsfreiheit auf Arbeitgeberseite durch eine (konditionierte) Allgemeinverbindlicherklärung nicht berührt wird. Da der allgemeinverbindliche Tarifvertrag keineswegs exklusiv die Arbeitsbedingungen für die Arbeitsverhältnisse im Geltungsbereich des Tarifvertrages regelt und andere Tarifverträge sich, wenn es an einer Einschränkungsklausel fehlt, im Falle einer Tarifpluralität durchsetzen können, stellt sich das Problem der Unattraktivität der Verbandsmitglied-

295 Leydecker, Der Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 248 f.

296 Ansonsten würde sich das Problem auch nur partiell über eine Verdrängung des Minderheitstarifvertrags und anschließendes Nachzeichnungsrecht der Minderheitsgewerkschaft nach § 4a Abs. 4 TVG lösen lassen (vgl. *Benecke/Böhm/Cremer u.a.*, AuR 2021, 310, 313); in vorliegendem Zusammenhang freilich mit der Folgeproblematik, dass zwei Tarifverträge inhaltlich einen Spannenmechanismus auslösen würden, wenn anders Organisierte entsprechende Leistungen erhalten, und dadurch auf einen unlimitierten Überbietungsmechanismus hinausliefern.

297 Demgegenüber für eine Abwägungsvorrang der positiven Koalitionsfreiheit *Borchard*, Verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Grenzen, S. 123 ff.

298 Vgl. *Benecke/Böhm/Cremer u.a.*, AuR 2021, 310, 313; *Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Deinert*, § 11 Rn. 146; i.E. auch *Hanau*, FS Hromadka, 2008, S. 115, 129; a.A. *Kempen/Zachert-Kempen*, Grundl. Rn. 226.

299 *Lunk/Leder/Seidler*, RdA 2015, 399, 403.

schaft in dieser Weise nicht. Der EGMR hat in dem Zusammenhang im Übrigen bereits genügen lassen, dass den Beiträgen auch Leistungen gegenüberstehen.³⁰⁰

i) Gleichheitssatz

Schließlich könnten nicht organisierte Arbeitnehmer einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG reklamieren, insoweit sie nicht in gleicher Weise Zugang zu der exklusiven Leistung, die mit der konditionierten Allgemeinverbindlicherklärung verbunden ist, finden.

Was zunächst die gesetzliche Ermöglichung einer konditionierten Allgemeinverbindlicherklärung angeht, geht es letztlich darum, dass den betroffenen nicht-organisierten Arbeitnehmern kein Schutz durch den Tarifvertrag verschafft wird. Im Grundsatz ist dies bereits in der Ausgestaltung des Tarifvertragsrechts als solchem angelegt (vgl. § 3 Abs. 1 TVG).³⁰¹ Die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung ist daher für die betroffenen Außenseiter nichts anderes als der Verzicht auf eine Allgemeinverbindlicherklärung.³⁰² Dies ist bereits im geltenden Tarifvertragssystem angelegt, in dem die Tarifnormsetzung auf die Organisierten beschränkt bleibt (vgl. o. I). Diese Beschränkung hat im Allgemeinen ihren Ursprung in der Erwägung der mitgliedschaftlichen Legitimation der Normsetzung.³⁰³ Der Arbeitgeber ist grundsätzlich nicht verpflichtet, Außenseitern die tariflich geregelten Arbeitsbedingungen anzubieten bzw. zu gewähren.³⁰⁴ Dies für sich würde die unterschiedliche Behandlung schon rechtfertigen. Hinzukommt, dass die Organisierten durch Beiträge und Engagement für die Gewerkschaft gleichsam zum Ertrag der Kollektivverhandlungen beigetragen haben, was für Außenseiter nicht (oder nicht in gleichem Maße) gilt.

Sodann ist der Blick zu werfen auf eine Allgemeinverbindlicherklärung, deren Konditionierung sich aus dem Programm des Tarifvertrages ergibt. Auch soweit, wie etwa im Falle einer einfachen Differenzierungsklausel, die Erstreckung der Leistung auf Außenseiter unproblematisch für den Arbeitgeber möglich ist, wäre der Zugang für diese Personen immerhin insoweit erschwert, als der Anspruch nicht bereits auf eine einfache Bezugnahme Klausel im Arbeitsvertrag gestützt

300 EGMR 2.6.2016 – 23646/09, NZA 2016, 1519, Rn. 58 – Geotech Kancev.

301 Vgl. auch *Waltermann*, SR 2021, 177, *Waltermann*, SR 2021, 177, 184; *Breschendorf*, Zweiteilung der Belegschaft, S. 97 f.; ähnlich auch *Neumann*, Tarifboni, S. 225 f.

302 Das übersieht *Zöllner*, Gutachten G zum 48. Deutschen Juristentag (1970), S. G 98 f.

303 Vgl. BAG 18.3.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028, Rn. 50.

304 BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, Rn. 45; BAG 21.5.2014 – 4 AZR 50/13, NZA 2015, 115; BAG 15.4.2015 – 4 AZR 796/13, NZA 2015, 1388, Rn. 46; *Gamillscheg*, Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, S. 47 ff.; *Berg/Kocher/Schumann-Dierßen*, § 3 Rn. 187; *Jacobs/Krause/Oetker/Schubert-Krause*, § 1 Rn. 80; *Däubler/Heuschmid*, RdA 2013, 1, 2.

werden könnte. Entsprechend der „neuen Formel“ des Bundesverfassungsgerichts bedarf eine Ungleichbehandlung einer Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmal können sich Grenzen zwischen einfachem Willkürverbot und strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen ergeben.³⁰⁵ Angesichts des Umstandes, dass es zumeist nicht um existenzielle Leistungen geht, und auch grundrechtlich geschütztes Verhalten durch eine konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung nicht oder kaum erschwert wird, wäre eine Rechtfertigung wohl bereits durch einfache Sachgründe gegeben. Das kann aber letztlich auf sich beruhen, da der Rechtfertigungsgrund für die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung wie ausgeführt in der Sicherung der Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems wurzelt, mithin ein Gemeinschaftsgut von hohem Rang schützen soll. Auch eine unzulässige Ungleichbehandlung wäre mit einer konditionierten Allgemeinverbindlicherklärung nach allem nicht verbunden.³⁰⁶

j) Zusammenfassung

Die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung verstößt nicht gegen Grundrechte. Diese wirken unmittelbar im Verhältnis zum Staat, also auch bei Allgemeinverbindlicherklärungen durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales. Soweit eine Eingriffswirkung festzustellen ist, ist der Eingriff jedenfalls im Hinblick auf das hochrangige verfassungsrechtliche Rechtsgut der Sicherung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie gerechtfertigt. Anderes kann nur gelten im Falle einer Spannenklausel, die für allgemeinverbindlich erklärt wird und Exklusivvorteile für organisierte Arbeitnehmer in einem Ausmaß vorsieht, dass der Verzicht auf den Beitritt zur Gewerkschaft ernstlich nicht in Betracht gezogen werden könnte, sodass im Ergebnis ein Beitrittszwang zur Gewerkschaft entstehen würde.

3. Unionsrechtliche Zulässigkeit

Die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung muss auch einer unionsrechtlichen Prüfung standhalten. Insofern sind Entsenderichtlinie (sogleich unten a), primärrechtliche Grenzen (unten b) und Mindestlohnrichtlinie (unten c) in den Blick zu nehmen.

305 Vgl. etwa BVerfG 15.1.2014 – 1 BvR 1656/09, NVwZ 2014, 1084, Rn. 54.

306 I.E. ebenso *Leydecker*, Der Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 247 f.

a) Entsenderichtlinie

Die europäische Entsenderichtlinie 96/71/EG³⁰⁷ verlangt u.a. in ihrem Art. 3 Abs. 1 lit. c) die Erstreckung von Entlohnungsbestimmungen – mit Ausnahme betrieblicher Altersversorgung – auf entsandte Arbeitnehmer unabhängig vom Arbeitsvertragsstatut. Voraussetzung ist, dass diese in Rechts- und Verwaltungsvorschriften oder in allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen geregelt sind. Das wirft die Frage auf, ob das Vorenthalten der Erstreckung für nichtorganisierte Arbeitnehmer dieser Vorgabe zuwiderläuft. Allerdings ist festzustellen, dass im Falle einer konditionierten Allgemeinverbindlicherklärung, soweit sie nicht gesetzlich vorgesehen ist, sondern aus der Konstruktion des Tarifvertrages folgt (oben II 2-5), der allgemeinverbindliche Tarifvertrag, so wie er ist, auf entsandte Arbeitnehmer gemäß §§ 3 ff. AEntG erstreckt wird. Das gilt unmittelbar allerdings nur für einen allgemeinverbindlichen Tarifvertrag nach dem TVG, ansonsten aber über eine Rechtsverordnung nach §§ 7, 7a AEntG. Rechtstechnisch gesehen findet die gebotene Erstreckung also statt (s.u. IV). Dass nichtorganisierte entsandte Arbeitnehmer die in Rede stehenden Exklusivgüter nicht beanspruchen können, liegt nicht etwa daran, dass der Tarifvertrag nicht auf ihre Arbeitsverhältnisse erstreckt wurde, sondern daran, dass sie die Anspruchsvoraussetzungen nicht erfüllen.

Das findet eine gewisse Bestätigung in der Definition des für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages in Art. 3 Abs. 8 der Entsenderichtlinie. Danach handelt es sich um solche Tarifverträge, die von allen in den jeweiligen geografischen Bereich fallenden und die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden Unternehmen einzuhalten sind. Auch im Falle der konditionierten Allgemeinverbindlicherklärung ist der Tarifvertrag von allen erfassten Unternehmen einzuhalten. Der Sinn des Abstellens auf die allgemeine Wirksamkeit besteht darin zu gewährleisten, dass die Gleichbehandlung für Dienstleister aus anderen Mitgliedstaaten gewährleistet ist.³⁰⁸ Das ist auch im Falle einer konditionierten Allgemeinverbindlicherklärung der Fall. Der Tarifvertrag hat nur unterschiedliche Wirkungen für organisierte und nicht organisierte Arbeitnehmer.

Die Definition des Art. 3 Abs. 8 der Entsenderichtlinie zeigt im Übrigen, dass selbst eine im Wege der gesetzlichen Regelung eröffnete Möglichkeit der konditionierten Allgemeinverbindlicherklärung entsenderechtlich unproblema-

307 Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. L 18/1; geändert durch die Richtlinie (EU) 2018/957, ABl. 2018 L 173/16.

308 EUArbRK-Kreber, Art. 3 RL 96/71/EG Rn. 34; Ales/Bell/Deinert/Robin-Olivier-Defosse, Dir. 96/71 Rn. 60 ff.

tisch wäre. Denn auch in diesem Falle wäre, da die Richtlinie allein an die Bindung sämtlicher Unternehmen anknüpft, das Merkmal eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrags erfüllt. Damit muss nicht mehr weiter der Frage nachgegangen werden, ob die Richtlinie einer Allgemeinverbindlicherklärung von reduzierter Wirkung entgegenstehe oder ob nicht vielmehr für solche Fälle der Allgemeinverbindlicherklärung eine Erstreckung auf die Arbeitsverhältnisse entsandter Arbeitnehmer gar geboten wäre.

Im Ergebnis ist jedenfalls festzuhalten, dass die Entsenderichtlinie keine Erstreckung von Arbeitsbedingungen organisierter Arbeitnehmer, die für nicht organisierte Arbeitnehmer nicht vorgesehen sind, auf die Arbeitsverhältnisse nicht organisierter entsandter Arbeitnehmer verlangt. So gesehen steht die Entsenderichtlinie einer konditionierten Allgemeinverbindlicherklärung nicht im Wege.

b) Primärrecht

(1) Dienstleistungsfreiheit

Die Entsenderichtlinie zielt im Verständnis des Gerichtshofs der Europäischen Union auf einen Ausgleich der Rechte der verschiedenen Akteure im Falle einer Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen.³⁰⁹ Indem diese die Erstreckung von Arbeitsbedingungen auf entsandte Arbeitnehmer ungeachtet des Arbeitsvertragsstatuts anordnet, stellt sie zugleich klar, in welchem Ausmaß die Anwendung von Arbeitsbedingungen des Aufnahmestaates eine zulässige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV der entsendenden Arbeitgeber darstellt.³¹⁰ Das hat der Gerichtshof auch für die Reform der Entsenderichtlinie durch die Richtlinie (EU) 2018/957³¹¹ bestätigt.³¹²

Die Normierung zulässiger Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit durch die Entsenderichtlinie ist zwar nicht abschließend, weil Art. 3 Abs. 10 der Entsenderichtlinie den Mitgliedstaaten gestattet, weitere Arbeitsbedingungen zu erstrecken, allerdings nur „unter Einhaltung der Verträge“ und nur „soweit es sich um Vorschriften im Bereich der öffentlichen Ordnung handelt“. Im vorliegenden Kontext interessiert diese Ausnahme allerdings nicht, weil es nicht darum geht, zusätzliche Arbeitsbedingungen zu erstrecken, sondern vielmehr um den Verzicht auf Erstreckungen.

309 EuGH 18.12.2007 – C-341/05, NZA 2008, 159 – Laval; EuGH 3.4.2008 – C-346/06, NZA 2008, 537 – Ruffert; EuGH 19.6.2008 – C-319/06, NZA 2008, 865 – Kommission/Luxemburg.

310 *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 10 Rn. 69 ff.

311 S.o. Fn. 46.

312 EuGH 8.12.2020 – C-620/18, NZA 2021, 113 – Ungarn/EP und Rat, Rn. 104 ff.

Gleichwohl ist eine konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung neben der Entsenderrichtlinie auch an der Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV zu messen. Die Entsenderrichtlinie vermag zwar die Erstreckung von Arbeitsbedingungen auf entsandte Arbeitnehmer zu rechtfertigen, nicht aber Beschränkungen von Grundfreiheiten durch die Inhalte des Tarifvertrages als solche.

Die Belastung durch zusätzliche arbeitsrechtliche Verpflichtungen über die nach dem Arbeitsvertragsstatut hinaus existierenden bedeuten für entsendende Unternehmen eine Beschränkung ihrer Dienstleistungsfreiheit. Eine solche Beschränkung kann nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs durch ein zwingendes Allgemeininteresse gerechtfertigt werden, wobei auch der Arbeitnehmerschutz ein solches zwingendes Allgemeininteresse darstellen kann, vorausgesetzt die Regelung benachteiligt nicht Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten in diskriminierender Weise.³¹³ Dabei ist im Ausgangspunkt die Erstreckung von Arbeitsbedingungen, die in allgemeinverbindlichen Tarifverträgen geregelt sind, im Interesse des Arbeitnehmerschutzes gerechtfertigt, was bereits aus der Entsenderrichtlinie folgt. Der Gerichtshof verlangt nur eine Ausnahme, wenn der Arbeitnehmerschutz bereits durch die Regelungen des Herkunftslandes ausreichend gewährleistet ist.³¹⁴ Insoweit gilt im Rahmen einer konditionierten Allgemeinverbindlicherklärung grundsätzlich nichts anderes als auch sonst bei allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen. Eine besondere Belastung der Dienstleistungsfreiheit des entsendenden Unternehmers durch die Konditionierung der Allgemeinverbindlicherklärung ist hingegen zu verneinen, weil er ja gerade zu weniger verpflichtet wird als bei Leistungen, die auch Außenseitern auf Arbeitnehmerseite zu gewähren wären.

Anders wäre das nicht einmal in dem Fall, dass bei einer Einbindung Dritter Beiträge für sämtliche Arbeitnehmer gefordert werden, diese aber nur an Organisierte ausgekehrt werden. Denn auch dann ist die Regelung im Interesse des Schutzes der organisierten Arbeitnehmer sowie zum Schutz der Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems als solches durch zwingende Allgemeininteressen gerechtfertigt und wird unterschiedslos auf inländische und ausländische Arbeitgeber angewendet. Zweifel an einer Rechtfertigung durch das Interesse des Arbeitnehmerschutzes könnten lediglich insoweit aufkommen, als entsandte Arbeitnehmer in der Regel gar nicht in den Genuss der Exklusivleistungen kommen werden, weil sie nicht Mitglieder der tarifvertragschließenden Gewerkschaft sein werden. Diesen Bedenken könnte aber begegnet werden, wenn die tarifvertragschließende Gewerkschaft eine leicht und unkompliziert

313 EuGH 23.11.1999 – C-369/96 u.a., NZA 2000, 85, Rn. 36 – Arblade; EuGH 24.1.2002 – C-164/99, NZA 2002, 207 – Portugaia Construções; EuGH 17.11.2015 – C-115/14, NZA 2016, 155, Rn. 70 – RegioPost.

314 EuGH 28.3.1996 – C-272/94, AP Nr. 2 zu Art. 59 EWG-Vertrag.

ziert zu begründende Sondermitgliedschaft für entsandte Arbeitnehmer anbietet, die ohne zusätzliche Hürde ermöglicht, die Anspruchsvoraussetzungen zu schaffen. Eine solche Sondermitgliedschaft hat beispielsweise die IG BAU für entsandte Arbeitnehmer vorgesehen. Danach können entsandte Arbeitnehmer im Baugewerbe eine Mitgliedschaft erwerben, die ein Jahr dauert und ohne Kündigung endet. Der Jahresbeitrag beträgt 187,20 € und umfasst unter anderem sofortigen vollen Rechtschutz und weitere Leistungen.³¹⁵ Der Beitrag liegt damit deutlich unter dem regulären Beitrag für Mitglieder der Gewerkschaft von 1 % oder 1,15 % des Bruttolohns. Von daher kann eine solche Sondermitgliedschaft sogar einen erleichterten Zugang zur Exklusivleistung im Vergleich zu inländischen Arbeitnehmern verschaffen.

(2) Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit

Der Gerichtshof hat im Übrigen klargestellt, dass entsandte Arbeitnehmer an der Ausübung der Dienstleistungsfreiheit ihres Arbeitgebers teilhaben, nicht aber selber eine Grundfreiheit, etwa die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, ausüben.³¹⁶ Insofern ist auch aus der Perspektive der Rechte entsandter Arbeitnehmer kein grundfreiheitliches Bedenken gegen die Vorenthaltung von Exklusivleistungen abzuleiten.

Da allerdings entsandte Arbeitnehmer regelmäßig nicht Mitglieder einer inländischen Gewerkschaft sind, wären diese in besonderem Maße von Differenzierungen im Wege konditionierter Allgemeinverbindlicherklärungen betroffen, sodass sich die Frage nach einer Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit nach Art. 18 AEUV stellt. Da sie sich ihrerseits nicht auf die Freizügigkeit berufen können, gibt es insoweit kein vorrangiges³¹⁷ Diskriminierungsverbot. Zwar differenziert eine konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung nicht wegen der Staatsangehörigkeit. Entsandte Arbeitnehmer werden aber häufiger als nicht entsandte Arbeitnehmer eine fremde Staatsangehörigkeit haben und von daher stärker nachteilig betroffen sein von einer konditionierten Allgemeinverbindlicherklärung, sodass eine mittelbare Benachteiligung wegen der Staatsangehörigkeit³¹⁸ vorläge. Diese bedürfte einer Rechtfertigung durch einen sachlichen Grund, der nichts mit der Benachteiligung wegen der Staatsangehörigkeit zu tun hat.³¹⁹ Die Zielsetzung der konditionierten Allgemeinverbindlicherklärung, die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems durch Anreiz zur Gewerkschaftsmitgliedschaft zu gewährleisten (vgl. o. 2 c) (3)), könnte dies nur schwerlich rechtfertigen, weil nur vorübergehend im Inland tätige Arbeitnehmer durch ihr

315 Vgl. dazu <https://igbau.de/Jahresmitgliedschaft.html> (zuletzt aufgerufen am 13.7.2023).

316 EuGH 27.3.1990 – C-113/89, NZA 1990, 653 – Rush Portuguesa.

317 Vgl. m.w.N. Calliess/Ruffert-Epiney, Art. 18 AEUV Rn. 3 ff.

318 Auch diese wird von Art. 18 AEUV erfasst, vgl. Calliess/Ruffert-Epiney, Art. 18 AEUV Rn. 12.

319 EuArbRK-Steinmeyer, Art. 18 AEUV Rn. 18.

Beitrittsverhalten keinen nachhaltigen Beitrag zur Sicherung der Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems am deutschen Arbeitsmarkt leisten können.

Von daher wäre eine konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung mit Blick auf Art. 18 AEUV problematisch. Dem ließe sich aber begegnen durch einen Sonderzugang zu entsprechenden Exklusivgütern. Dieser könnte beispielsweise über eine Sondermitgliedschaft in der oben beschriebenen Weise gewährleistet werden, aber auch, indem die tarifvertragliche Regelung die Mitgliedschaft in einer ausländischen Gewerkschaft mit jener in der tarifvertragschließenden Gewerkschaft tatbestandlich gleichstellt.

(3) Kartellverbot

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist zudem klar, dass auch allgemeinverbindliche Tarifverträge vom Kartellverbot des Art. 101 AEUV freigestellt sind.³²⁰ Zweifel, ob das auch bei einer konditionierten (eingeschränkten) Allgemeinverbindlicherklärung gilt, greifen letztlich nicht durch. Für die im Wettbewerb stehenden Unternehmen ändert sich nichts, wenn sie nur organisierten Arbeitnehmern gegenüber zur Einhaltung des Tarifvertrages verpflichtet sind und nicht darüber hinaus verpflichtet werden, auch nicht organisierten Arbeitnehmern entsprechende Leistungen zu gewähren.

c) Mindestlohnrichtlinie

Die europäische Mindestlohnrichtlinie (EU) 2022/2041³²¹ will zu sozialer Aufwärtskonvergenz beitragen und zielt dazu unter anderem auf Förderung von Tarifverhandlungen zur Lohnfestsetzung. Teils wird die Kompetenzwidrigkeit der Richtlinie im Hinblick auf die fehlende Kompetenz der Union u.a. für das Arbeitsentgelt gemäß Art. 153 Abs. 5 AEUV reklamiert.³²² Indes gibt es auch Gegenstimmen, die zu Recht darauf abstellen, dass die Richtlinie nicht unmittelbar Löhne regelt.³²³

Die Förderung von Tarifverhandlungen ist kein Selbstzweck, sondern soll der Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen und insbesondere der Angemessenheit der Mindestlöhne der Arbeitnehmer dienen. Insofern könnte erwogen werden, dass die Mindestlohnrichtlinie der Ausgestaltung tarifvertraglicher Leistungen als Exklusivgut für Organisierte entgegensteht. Allerdings fordert die Richtlinie an keiner Stelle ein bestimmtes Maß tarifvertraglicher Löh-

320 EuGH 21.9.1999 – C-67/97, AP Nr. 1 zu Art. 85 EG-Vertrag – Albany.

321 Richtlinie (EU) 2022/2041 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 19.10.2022 über angemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union.

322 Franzen, ZFA 2021, 157 ff.; Vogt, EuZA 2023, 50 ff.

323 Eichenhofer, AuR 2021, 148 ff.; Sagan/Witschen/Schneider, ZESAR 2021, 103, 104.

ne oder einen besonderen Zugang zum Tariflohn auch für Außenseiter. Im Gegenteil wird in Art. 1 Abs. 4 Satz 2 der Richtlinie ausdrücklich klargestellt, dass sie nicht dazu verpflichtet, Tarifverträge für allgemeinverbindlich zu erklären.

Auch wenn man davon ausginge, dass Tarifverträge als Exklusivgut dem Geist der Richtlinie widersprächen, würde sie keine Handhabe liefern, Instrumenten der konditionierten Allgemeinverbindlicherklärung entgegenzutreten. Umgekehrt allerdings sollte nicht aus dem Auge verloren werden, dass die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung nicht etwa auf eine „Bestrafung“ abzielt oder dem Kujonieren nicht organisierter Arbeitnehmer dient, sondern vielmehr einen Anreiz zum Beitritt schaffen soll, um das Tarifverhandlungssystem zu sichern und zu stärken. Insoweit steht die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung keineswegs im Gegensatz zu den Zielen der Mindestlohnrichtlinie. Vielmehr fordert die Richtlinie im Gegenteil in ihrem Art. 4 eine Förderung von Tarifverhandlungen. In dessen Abs. 1 ist ausdrücklich das Ziel einer Erhöhung der tarifvertraglichen Abdeckung und der Erleichterung der Ausübung des Rechts auf Tarifverhandlungen genannt. Dazu sind verschiedene Maßnahmen erwähnt, die die Mitgliedstaaten ergreifen müssen. Unter anderem ist dort vorgesehen eine „Förderung des Auf- und Ausbaus der Kapazitäten der Sozialpartner, Tarifverhandlungen zur Lohnfestsetzung insbesondere auf sektoraler oder branchenübergreifender Ebene zu führen.“ In dem Zusammenhang muss die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung als eine Maßnahme zur Förderung von Tarifverhandlungen zur Lohnfestsetzung im Sinne des Art. 4 Abs. 1 lit. a der Mindestlohnrichtlinie begriffen werden.

IV. Entsenderechtliche Konsequenzen der konditionierten Allgemeinverbindlicherklärung

Das BAG ging davon aus, dass die Allgemeinverbindlicherklärung, die zur Erstreckung von Tarifnormen nach § 8 Abs. 2 AEntG erfolgt, obwohl es kein formales Zitiergebot gibt, die Rechtsgrundlage angeben müsse, da anderenfalls die Normunterworfenen nicht erkennen könnten, dass der allgemeinverbindliche Tarifvertrag eine anderweitige Tarifbindung verdrängt.³²⁴ Es ist allerdings zweifelhaft, ob dies noch gilt, nachdem das AEntG zur Umsetzung der Reform der Entsenderichtlinie durch die Richtlinie (EU) 2018/957³²⁵ reformiert worden ist.³²⁶ Im Zuge der Neufassung wurde die Exklusivität der Erstreckung über allgemeinverbindliche Tarifverträge im Baugewerbe aufgegeben.³²⁷ Seither regelt § 8 Abs. 2 AEntG allgemein den Vorrang allgemeinverbindlicher Tarifverträge bzw. Rechtsverordnungen nach dem AEntG vor Tarifverträgen, an die der Arbeitgeber aus anderen Gründen tarifrechtlich gebunden ist. Für allgemeinverbindliche Tarifverträge gilt das allerdings nur, soweit diese Erholungsurlaub, Sozialkassenbeiträge oder Unterkünfte regeln, gemäß § 5 Satz 1 Nr. 2-4 AEntG. Dadurch sollte ein Gleichklang mit dem Vorrang allgemeinverbindlicher Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen nach § 5 Abs. 4 Satz 2 TVG (s.o. III 1 b) (4)) erreicht werden.³²⁸

Jeder nach dem TVG für allgemeinverbindlich erklärte Tarifvertrag über Gegenstände nach § 5 AEntG wird nunmehr nach § 3 Satz 1 Nr. 1 AEntG auf Arbeitsverhältnisse unter fremdem Vertragsstatut erstreckt.³²⁹ Voraussetzung ist allerdings, dass es sich um einen bundesweiten Tarifvertrag handelt, es sei denn, es geht um urlaubskassenrelevante Tarifverträge, bei denen es genügt, wenn sie zusammengefasst räumlich das Bundesgebiet abdecken. Da diese Regelung der Umsetzung der Entsenderichtlinie dient, und diese keinen entsprechenden Vorbehalt enthält, kann es nicht darauf ankommen, auf welche Rechtsgrundlage die Allgemeinverbindlicherklärung gestützt wurde.

Unter dem Strich bedeutet das, dass infolge der Öffnung des Entsendegesetzes für die Erstreckung allgemeinverbindlicher Tarifverträge über die Arbeitsbe-

324 BAG 21.3.2018 – 10 ABR 62/16, BB 2018, 2231, Rn. 96.

325 S.o. Fn. 46.

326 Gesetz v. 10.7.2020, BGBl. I 1657.

327 Vgl. ErfK-Franzen, § 4 AEntG Rn. 2.

328 BR-Drs. 84/20, S. 29.

329 Vgl. BR-Drs. 84/20, S. 25.

dingungen nach § 5 Satz 1 Nrn. 1-5 und § 2 Abs. Nrn. 3-8 AEntG grundsätzlich jeder Tarifvertrag über solche Gegenstände zur Erstreckung taugt und dies nicht mehr auf das Baugewerbe beschränkt ist. Diese Erstreckung bedeutet, dass die Tarifverträge vom Arbeitgeber auch bei einem fremden Vertragsstatut neben den sonst auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Tarifverträgen anzuwenden sind. Im Falle von Tarifkonkurrenzen gelten dafür die allgemeinen Regeln (vgl. III 2 f).³³⁰ Nur bei urlaubskassenrelevanten Tarifverträgen greift die Vorrangregelung Platz.³³¹

Soweit ein allgemeinverbindlicher Tarifvertrag über Gegenstände nach § 5 AEntG von einem Arbeitgeber nach § 8 Abs. 1 AEntG einzuhalten ist, ist das nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 AEntG auch bußgeldbewehrt. Da auch Tarifverträge im Falle einer konditionierten Allgemeinverbindlicherklärung auf entsandte Arbeitnehmer nach § 3 Satz 1 Nr. 1 AEntG erstreckt werden und Arbeitgeber nach § 8 Abs. 1 AEntG verpflichtet sind, die darin vorgesehenen Arbeitsbedingungen zu gewähren, erstreckt sich dies folglich auch auf die mit einer Differenzierung verbundenen Arbeitsbedingungen, allerdings nur insoweit, als die Arbeitgeber durch diese effektiv verpflichtet sind, entsprechende Bedingungen zu gewähren, also nicht gegenüber Außenseitern auf Arbeitnehmerseite (vgl. o. III 3 a).

330 Vgl. BR-Drs. 84/20, S. 29.

331 BR-Drs. 84/20, S. 29.

V. Ergebnisse

Eine konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung ist die Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrages, die auf Arbeitnehmerseite keine (vollständige) Außenseiterwirkung erzeugt. Sie ist denkbar als eine abweichende (eingeschränkte) Form der Allgemeinverbindlicherklärung durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales oder als uneingeschränkte Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrages, der Differenzierungen nach der Gewerkschaftszugehörigkeit im persönlichen Geltungsbereich oder im Tatbestand der Anspruchsnorm oder exklusive Vorteilsregelungen enthält, die über Dritte abgewickelt oder mittels Spannenklauseln gesichert werden. Erforderlich ist in allen Fällen die Erfüllung sämtlicher gesetzlicher Voraussetzungen einer Allgemeinverbindlicherklärung. Dass diese erfüllt sind, ist denkbar im Hinblick darauf, dass die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung geeignet ist, die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie zu sichern. Insoweit kann das öffentliche Interesse die Allgemeinverbindlicherklärung gebieten.

Die Tarifvertragsparteien verfügen über die erforderliche Tariftmacht, weil die Arbeitsbedingungen von Außenseitern durch die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung nicht geregelt werden. Ein das Fernbleiberecht verletzender faktischer Beitrittszwang ist mit ihr im Allgemeinen nicht verbunden. Eingriffe in die positive Koalitionsfreiheit anders Organisierter sind regelmäßig schon konzeptionell ausgeschlossen, im Übrigen ist der Koalitionsfreiheit im Hinblick auf konkurrierende Organisationen bei der Auflösung von Tarifkonkurrenzen Rechnung zu tragen. Eingriffe in die Vertragsfreiheit mit Blick auf die Arbeitsverhältnisse nicht organisierter Arbeitnehmer können durch das angestrebte Ziel einer Sicherung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie gerechtfertigt werden.

Die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung eines bundesweiten Tarifvertrages über Arbeitsbedingungen im Sinne des § 5 AEntG wird auch auf Arbeitsverhältnisse unter fremdem Vertragsstatut erstreckt. Die Verpflichtung des Arbeitgebers, die sich insoweit aber nur auf organisierte Arbeitnehmer bezieht, ist insoweit auch bußgeldbewehrt. Allerdings muss der Zugang zu den Vorteilen, die den Mitgliedern vorbehalten sind, den entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die kaum einmal Mitglied einer inländischen Gewerkschaft sein werden, effektiv offenstehen.

Literaturverzeichnis

Ales, Edoardo/Bell, Mark/Deinert, Olaf/Robin-Olivier, Sophie (Hrsg.): International and European Labour Law, Baden-Baden 2018 (zit.: Ales/Bell/Deinert/Robin-Olivier-*Bearbeiter*).

Arndt, Adolf: Thesen zu Artikel 9 Abs. 3 GG, in: Ballerstedt, Kurt/Friesenhahn, Ernst/v.Nell-Breuning, Oswald (Hrsg.), FS Kunze, Berlin 1969, S. 265.

Asshoff, Gregor: Tarifautonomie und Gesetzgeber – kommunizierende Röhren im deutschen Arbeitsrecht, SR 2017, 190.

Bauer, Jobst-Hubertus/Arnold, Christian: Tarifliche Differenzierungsklauseln – Gewerkschaften auf Abwegen!, NZA 2005, 1209.

Behrens, Martin/Schulzen, Thorsten: Das Verhältnis von Staat und Tarifautonomie, Ansätze zur Stabilisierung des Tarifvertragssystems, WSI-Mitt. 2023, 159.

Benecke, Martina/Böhm, Monika/Cremer, Wolfram/Deinert, Olaf/Klocke, Daniel/Kocher, Eva/Krause, Rüdiger/Nebe, Katja/Seifert, Achim/Ulber, Daniel: Entwurf eines Gesetzes über Differenzierungsklauseln in Tarifverträgen (Differenzierungsklauselgesetz – DiffKlausG), AuR 2021, 310.

Bepler, Klaus: Stärkung der Tarifautonomie, Welche Änderungen empfehlen sich?, Gutachten zum 70. Deutschen Juristentag 2014, München 2014.

Boecken, Winfried/Düwell, Franz Josef/Diller, Martin/Hanau, Hans (Hrsg.): Gesamtes Arbeitsrecht, Bd. 3, 2. Aufl., Baden-Baden 2023 (zit.: NK-GA/*Bearbeiter*).

Borchard, Axel: Verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Grenzen tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln, Baden-Baden 2009 (zugl. Münster, Univ., Diss. 2009).

Bosch, Gerhard/Hüttenhoff, Frederic: Der Bauarbeitsmarkt, Soziologie und Ökonomie einer Branche, 2. Aufl., Frankfurt/M und New York 2022.

Böttcher, Eduard: Die Gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, Heidelberg 1966.

Brecht-Heitzmann/Kempen, Otto Ernst/Schubert, Jens M./Seifert, Achim: TVG, 5. Aufl., Frankfurt/M. 2014 (zit.: Kempen/Zachert-*Bearbeiter*).

Breschendorf, Peter: Zweiteilung der Belegschaft, Chancen und Risiken einer Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, Berlin 2009 (zugl. München, Univ., Diss. 2008).

Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.): EUV/AEUV, 6. Aufl., München 2022 (zit.: Calliess/Ruffert-*Bearbeiter*).

Creutzfeldt, Malte: Altes und Neues zur Differenzierungsklausel – das Bundesverfassungsgericht nimmt Stellung, AuR 2019, 354.

Däubler, Wolfgang (Hrsg.): Arbeitskampfrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2018 (zit.: Däubler-*Bearbeiter*, AKR).

Däubler, Wolfgang (Hrsg.): TVG, 5. Aufl. Baden-Baden 2022 (zit.: Däubler-*Bearbeiter*).

Die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung

Däubler, Wolfgang: Tarifliche Leistungen nur für Gewerkschaftsmitglieder?, BB 2002, 1643.

Däubler, Wolfgang/Hege, Hans: Koalitionsfreiheit, Baden-Baden 1976.

Däubler, Wolfgang/Heuschmid, Johannes: Tarifverträge nur für Gewerkschaftsmitglieder?, RdA 2013, 1.

Deinert, Olaf: Gesetzliche Anreize für die Verbandsmitgliedschaft zur Stärkung der Tarifbindung, SR Sonderausgabe 2017, 24.

Deinert, Olaf: Internationales Arbeitsrecht, Deutsches und europäisches Arbeitskollisionsrecht, Tübingen 2013.

Deinert, Olaf: Negative Koalitionsfreiheit, Überlegungen am Beispiel der Differenzierungsklausel, RdA 2014, 129.

Deinert, Olaf/Walser, Manfred: Tarifvertraglichen Bindung der Arbeitgeber, Bindungswille und -fähigkeit der Arbeitgeber und ihrer Verbände als juristisches und rechtspolitisches Problem, Baden-Baden 2015.

Deinert, Olaf/Wenckebach, Johanna/Zwanziger, Bertram (Hrsg.): Arbeitsrecht, Handbuch für die Praxis, 11. Aufl., Frankfurt/M. 2023 (zit.: Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Bearbeiter).

Dürig, Günter (Begr.)/Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans H. (Hrsg.): Grundgesetz, Bd. 2, Loseblatt (Stand: 2022), München (zit.: Dürig/Herzog/Scholz-Bearbeiter).

Eichenhofer, Eberhard: Entwurf einer EU-Richtlinie über angemessene Mindestlöhne, AuR 2021, 148.

ErfK, s. Müller-Glöge u.a.

EuArbRK, s. Franzen/Gallner/Oetker

Forst, Gerrit: Die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen nach dem sogenannten Tarifautonomie-stärkungsgesetz, RdA 2015, 25.

Franzen, Martin: Der Vorschlag der EU-Kommission für eine Richtlinie über angemessene Mindestlöhne vom 28.10.2020 – kompetenzrechtliche und anwendungsbezogene Fragen, ZFA 2021, 157.

Franzen, Martin: Vorteilsregelungen für Gewerkschaftsmitglieder, RdA 2006, 1.

Franzen, Martin/Gallner, Inken/Oetker, Hartmut (Hrsg.): Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 4. Aufl., München 2022 (zit.: EuArbRK-Bearbeiter).

Gamillscheg, Franz: Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, Berlin 1966.

Gamillscheg, Franz: Ihr naht euch wieder, schwankende Gestalten, „Tarifbonus“ für Gewerkschaftsmitglieder, NZA 2005, 146.

Gamillscheg, Franz: Kollektives Arbeitsrecht I, München 1997.

Greiner, Stefan: „Weil nicht sein kann, was nicht sein darf ...“ – die Entscheidung des BAG vom 15.4.2015 zu tarifvertraglichen Stichtagsklauseln, NZA 2016, 10.

Greiner, Stefan: Die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen zwischen mitgliedschaftlicher Legitimation und öffentlichem Interesse, in: Boemke, Burkhard/Lembke, Mark/Linck, Rüdiger (Hrsg.), FS v. Hoyningen-Huene, München 2014, S. 103.

Greiner, Stefan: Differenzierungsklauseln im Kontext von Koalitionsmittelfreiheit und Gewerkschaftspluralismus, DB 2009, 398.

Greiner, Stefan/Hanau, Peter/Preis, Ulrich: Die Sicherung der Allgemeinverbindlichkeit bei gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, SR Sonderausgabe 2014, 2.

Greiner, Stefan/Suhre, Nadja: Tarifvertragliche Exklusivleistungen für Gewerkschaftsmitglieder nach der Rechtsprechungsänderung des BAG, NJW 2010, 131.

Hanau, Peter: Neue Rechtsprechung zur negativen Koalitionsfreiheit, in: Pitschas, Rainer/Uhle, Arnd (Hrsg.), FS Scholz, Berlin 2010, S. 1035.

Hanau, Peter: Neues Tarifrecht im Werden, SR 2011, 3.

Hanau, Peter: Ungleichstellungsklauseln, in: Maschmann, Frank (Hrsg.), Festschrift Hromadka, München 2008, S. 115.

Hartmann, Felix: Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, Tübingen 2014 (zugl. Heidelberg, Univ., Habil. 2012).

Hartmann, Felix/Lobinger, Thomas: Die Arbeitsvertrags- und Wettbewerbsfreiheit als Grenze tarifvertraglicher Vorteilsregelungen, NZA 2010, 421.

Hellermann, Johannes: Die sogenannte negative Seite der Freiheitsrechte, Berlin 1993 (zugl. Freiburg/Br., Univ., Diss. 1992).

Henssler, Martin: Mindestlohn und Tarifrecht, RdA 2015, 43.

Henssler, Martin/Willemsen, Heinz Josef/Kalb, Heinz Jürgen (Hrsg.): Arbeitsrecht Kommentar, 9. Aufl., Köln 2020 (zit.: *HWK-Bearbeiter*).

Hippmann, Christoph: Die Allgemeinverbindlicherklärung im Kontext staatlicher Beteiligung bei der Festlegung von Arbeitsbedingungen, Hamburg 2015 (zugl. Mainz, Univ., Diss., 2014).

Höpfner, Clemens: Die Binnendifferenzierung im System tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln, RdA 2019, 146.

Höpfner, Clemens: Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, Historische, ökonomische und legitimatorische Grundlagen des deutschen Koalitions- und Tarifvertragsrechts, Baden-Baden 2015 (zuff. Köln, Univ., Habil. 2014/15).

Höpfner, Clemens: Partizipation und Kostenausgleich: Nutzungsentgelt für Tarifverträge, Ein Plädoyer für die Einführung von Solidaritätsbeiträgen für Außenseiter-Arbeitnehmer, ZFA 2020, 178.

Hueck, Alfred/Nipperdey, Hans Carl: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Zweiter Band, Kollektives Arbeitsrecht, 1. Halbband, 7. Aufl. Berlin u.a. 1967 (zit.: Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/1).

Jacobs, Matthias: Die tarifliche Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, in: Baeck, Ulrich/Hauck, Friedrich/Preis, Ulrich (Hrsg.), FS Bauer, München 2010, S. 479.

Jacobs, Matthias: Zur Grundrechtskontrolle von Tarifverträgen, RdA 2023, 9.

Jacobs, Matthias/Krause, Rüdiger/Oetker, Hartmut/Schubert, Claudia: Tarifvertragsrecht, 2. Aufl., München 2013 (zit.: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert-*Bearbeiter*).

Die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung

Jacobs, Matthias/Malorny, Friederike: Tarifvertragliche Spannenklauseln im Entwurf eines Differenzierungsklauselgesetzes, SR 2022, 1.

Jöris, Heribert: Die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen nach dem neuen § 5 TVG, NZA 2014, 1313.

Kamanabrou, Sudابه: Darf's ein bisschen mehr sein? – Zur Wirksamkeit von Tarifausschlussklauseln, in: Hönn, Günther/Oetker, Hartmut/Raab, Thomas (Hrsg.), FS Kreuzt, 2010, S. 197.

Kempen, Otto Ernst: Qualifizierte Differenzierungsklauseln und Koalitionsfreiheit, in: Thüsing, Gregor/Creutzfeldt, Malte/Hanau, Peter u.a. (Hrsg.), FS Bepler, München 2012, S. 255.

Kempen/Zachert (s. Brecht-Heitzmann u.a.).

Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut (Hrsg.): Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 3, 5. Aufl., München 2022 (zit.: MünchArbR-Bearbeiter).

Kingreen, Thorsten: Exklusive Tariföffnungsklauseln, Einfach-rechtliche Ausgestaltung und verfassungsrechtliche Zulässigkeit, Frankfurt/M. 2020.

Kissel, Otto Rudolf: Verblässende negative Koalitionsfreiheit, in: Isenhardt, Udo/Preis, Ulrich i.V.m.d. Deutschen Arbeitsgerichtsverband (Hrsg.), FS Hanau, Köln 1999, S. 547.

Kocher, Eva: Differenzierungsklauseln: Neue Orientierungen, NZA 2009, 119.

Leydecker, Philipp: Der Tarifvertrag als exklusives Gut. Die rechtliche Zulässigkeit und Erstreikbarkeit von Differenzierungsklauseln, Berlin 2005 (zugl. Hannover, Univ., Diss. 2004).

Leydecker, Philipp: Differenzierungsklauseln – Ein Schlusspunkt?, AuR 2012, 195.

Löwisch, Manfred/Rieble, Volker: TVG, 4. Aufl., München 2017.

Lunk, Stefan/Leder, Tobias/Seidler, Christoph: Die tarifvertragliche und schuldrechtliche Besserstellung von Gewerkschaftsmitgliedern, RdA 2015, 399.

Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl., München 2023 (zit.: ErfK-Bearbeiter).

MünchArbR, s. Kiel u.a.

Neumann, Sebastian: Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, Zur Zulässigkeit tarifvertraglicher Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, Berlin 2012 (zugl. Bonn, Univ., Diss. 2011).

Neumann, Dirk: Der Schutz der negativen Koalitionsfreiheit, RdA 1989, 243.

NK-GA, s. Boecken u.a.

Preis, Ulrich/Povedano Peramato, Alberto: Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung im Tarifaufstärkungsgesetz, Frankfurt/M. 2017.

Prokop, Felix: Die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG, Eine verfassungsrechtliche Untersuchung der Änderungen durch das Tarifaufstärkungsgesetz 2014, Baden-Baden 2017 (zugl. München, Univ., Diss. 2017).

Radke, Olaf: Das Bundesarbeitsgericht und die Differenzierungsklausel, (Zum Beschluss des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 29.11.1967 – GS 1/67), AuR 1971, 4.

Rödl, Florian: „Gerechtigkeit durch Tarifvertrag“ – ein Forschungsprogramm, SR 2022, 217.

Rödl, Florian: Der Tarifvertrag: Ausdruck privater oder politischer Autonomie?, WSI-Mitt. 2023, 168.

Sagan, Adam/Witschen, Stefan/Schneider, Christopher: Der Kommissionsvorschlag für angemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union, Kompetenzen, Grundrechte und mögliche Folgen für das deutsche Recht, ZESAR 2021, 103.

Schubert, Claudia: Ist der Außenseiter vor der Normsetzung durch die Tarifvertragsparteien geschützt?, RdA 2001, 199.

Schubert, Jens: Richterliche Grenzen für die Vereinbarung von Differenzierungsklauseln – Besprechung der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 23.3.2011 – 4 AZR 366/09 „Hamburger Hafen“, ZTR 2011, 579.

Schüren, Peter: Tarifgeltung für Außenseiter? – „No Taxation without Representation!“, RdA 1988, 138.

Schwarze, Roland: Kooperative Regulierung im Arbeitsrecht, ZfA 2011, 867.

Seifert, Achim: Der Tarifausschuss beim Bundesministerium für Arbeit und Soziales, in: Schubert, Jens M. (Hrsg.), FS Kempen, Baden-Baden 2013, S. 196.

Seifert, Achim: Zur Reform des Rechts der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, in: Friedrich-Ebert-Stiftung/Hans-Böckler-Stiftung (Hrsg.), Demokratisierung von Gesellschaft und Arbeitswelt, Rechtspolitischer Kongress am 25. und 26. März 2014 in Berlin, 2014, S. 43.

Sittard, Ulrich: Voraussetzungen und Wirkungen der Tarifnormerstreckung nach § 5 TVG und dem AEntG, Zugleich ein Beitrag zur Debatte um staatliche Mindestlöhne, München 2010 (zugl. Köln, Univ., Diss., 2009).

Stein, Axel: Wirksamkeit der privatrechtlichen Verpflichtung zum Koalitionsbeitritt, in: Dieterich, Thomas/Le Friant, Martine/Nogler, Luca/Kezuka, Katsutoshi/Pfarr, Heide (Hrsg.), GS Zichert, Baden-Baden 2010, S. 645.

Traxler, Franz: Das deutsche Tarifsysteem im internationalen Vergleich: Strukturmerkmale und Entwicklungstendenzen, Wien 2006.

Ulber, Daniel: Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen auf dem Prüfstand des BAG, NZA Beilage 1/2018, 3.

Ulber, Daniel: Grenzen der Tarifmacht – Interpretation oder Implosion der Koalitionsfreiheit?, AuR 2023, 6.

Ulber, Daniel/Strauß, Sandy: Differenzierungsklauseln im Licht der neueren Rechtsprechung zur Koalitionsfreiheit – Zugleich Besprechung von LAG Niedersachsen vom 11.12.2007 – 5 Sa 914/07 und LAG Köln 17.1.2008 – 6 Sa 1354/07 –, DB 2008, 1970.

Vogt, Katharina: Mindestlohn ohne Kompetenz – Die Unvereinbarkeit der Richtlinie über angemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union mit Art. 153 Abs. 5 AEUV, EuZA 2023, 50.

Walsert, Manfred: Einfluss der Rechtsordnung auf die Tarifbindung der Arbeitgeberseite, Frankfurt/M. u.a. 2015 (zugl. Göttingen, Univ., Diss. 2014).

Die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung

Walser, Manfred: Grundrechtskonformität der Sozialkassenverfahren, NZA 2016, 1510.

Waltermann, Raimund: Attraktivität der Tarifbindung – Zur Zukunftsfähigkeit der deutschen Tarifaufonomie, ZFA 2020, 211.

Waltermann, Raimund: Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag in der auf Mitgliedschaft aufbauenden Tarifaufonomie, Frankfurt/M. 2016.

Waltermann, Raimund: Ist die Allgemeinverbindlicherklärung erfolgsversprechend reformiert?, RdA 2018, 137.

Waltermann, Raimund: Mitgliederexklusivität der Tarifbindung versus Tariferstreckung: Paradoxon oder kommunizierende Röhren?, SR 2021, 177.

Wiedemann, Herbert (Hrsg.): TVG, 8. Aufl., München 2019 (zit.: *Wiedemann-Bearbeiter*).

Wiedemann, Herbert: Der nicht organisierte Arbeitnehmer im kollektiven Arbeitsrecht, RdA 2007, 65.

Zöllner, Wolfgang: Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln, Düsseldorf 1967.

**In der Schriftenreihe des Hugo Sinzheimer Instituts
für Arbeits- und Sozialrecht sind zuletzt erschienen:**

- Band 52 HSI
Gewerkschaftsrechte heute
ISBN 978-3-7663-7368-7
- Band 51 Uwe Fuhrmann
**Frauen in der Geschichte der Mitbestimmung – Pionierinnen
in Betriebsräten, Gewerkschaft und Politik**
ISBN 978-3-7663-7344-1
- Band 50 Wolfram Cremer/Olaf Deinert
**Fremdpersonalverbot in der Fleischwirtschaft auf dem Prüfstand
des Verfassungsrechts**
ISBN 978-3-7663-7367-0
- Band 49 Wolfgang Däubler
Klimaschutz und Arbeitsrecht
ISBN 978-3-7663-7366-3
- Band 48 Reingard Zimmer
Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz
ISBN 978-3-7663-7312-0
- Band 47 Peter Stein
**Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht im Arbeitsrecht
und seine Grenzen**
ISBN 978-3-7663-7295-6
- Band 46 Bernd Waas
Künstliche Intelligenz und Arbeitsrecht
ISBN 978-3-7663-7294-9
- Band 45 Victoria Koch-Rust/Gabriele Rosentreter
Rechtsstellung Dual Studierender
ISBN 978-3-7663-7287-1
- Band 44 Michael Kittner/Ernesto Klengel
Die Entstehung des Kündigungsschutzgesetzes
ISBN 978-3-7663-7284-0
- Band 43 Thomas Klein/Daniel Klocke/Monika Schlachter
**Standort- und Beschäftigungssicherung in Tarifverträgen
und Betriebsvereinbarungen**
ISBN 978-3-7663-7279-68

Weitere Informationen zur Schriftenreihe:

www.hugo-sinzheimer-institut.de

WWW.BOECKLER.DE

Hugo Sinzheimer Institut für Arbeits- und Sozialrecht

www.hugo-sinzheimer-institut.de

Das HSI steht in der Tradition Hugo Sinzheimers (1875–1945), der als Rechtswissenschaftler, Rechtsanwalt, Rechtspolitiker und -soziologe unterschiedlichste Perspektiven auf das Arbeitsrecht vereinte. Im Sinne Sinzheimers fördert das HSI Forschung im Arbeits- und Sozialrecht.



ISBN 978-3-7663-7399-1
www.bund-verlag.de