

begründet im Jahre 1948 von *Hans Carl Nipperdey*

herausgegeben von

Rudolf Anzinger, Staatssekretär a. D., Berlin,

Klaus Bepler, Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht a. D., Erfurt, Honorarprofessor an der Universität Halle-Wittenberg,

Dr. *Martin Hensler*, o. Professor an der Universität zu Köln,

Dr. *Wilhelm Moll*, LL.M., Rechtsanwalt, Köln,

Ingrid Schmidt, Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts, Erfurt,

Dr. *Rolf Wank*, em. o. Professor an der Universität Bochum,

Dr. *Herbert Wiedemann*, em. Professor an der Universität zu Köln, Richter am Oberlandesgericht a. D.,

Dr. *Hellmut Wißmann*, Präsident des Bundesarbeitsgerichts a. D., Honorarprofessor an der Universität Halle-Wittenberg,

in Gemeinschaft mit Prof. Dr. Volker *Beuthien*, Prof. Dr. Rolf *Birk*; Prof. Dr. Herbert *Buchner*; Prof. Dr. Wilhelm *Dätz*; MinDirigent a. D. Dr. Gerd *Engels*; Prof. Dr. Martin *Franzen*; Prof. Dr. Dres. h. c. Franz *Gamillscheg*; Prof. Dr. Wolfgang *Grunsky*; Prof. Dr. Götz *Hueck*; Dr. Udo *Isenhardt*, Präsident des LAG Köln a. D.; Prof. Dr. Antoine *Jacobs*; Prof. Dr. Matthias *Jacobs*; Prof. Dr. Dres. h. c. Horst *Konzen*; Prof. Dr. Rüdiger *Krause*; Prof. Dr. Manfred *Lieb*; Prof. Dr. h. c. Manfred *Léwisch*; Prof. Dr. Klaus-Peter *Martens*; Dr. h. c. Hans-Christoph *Matthes*, Vors. Richter am BAG a. D.; Dr. Rudi *Müller-Glöge*, Vors. Richter am BAG; Dr. Dirk *Neumann*, Vizepräs. des BAG a. D.; Prof. Dr. Hartmut *Oether*; Prof. Dr. Ulrich *Preis*; Prof. Dr. Reinhard *Richardi*; Prof. Dr. Volker *Rieble*; Prof. Dr. Dres. h. c. Bernd *Rüthers*; Prof. Dr. Dr. Franz-Jürgen *Säcker*; Dr. h. c. Günter *Schaub*, Vors. Richter am BAG a. D.; Prof. Dr. Gregor *Thüsing*, LL.M.; Prof. Dr. Raimund *Waltemann*; Prof. Dr. Günther *Wiese*; Prof. Dr. Heinz Josef *Willemsen*, Rechtsanwalt; Prof. Dr. Otfried *Wlotzke*, MinDir. a. D.; Prof. Dr. Albrecht *Zeuner*; Prof. Dr. Dr. h. c. Wolfgang *Zöllner*; dem Deutschen Arbeitsgerichtsverband e. V., der Deutschen Sektion der Internationalen Gesellschaft für das Recht der Arbeit und der Sozialen Sicherheit und dem Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln.

Anschrift der Schriftleitung: Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln, Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln.

Abhandlungen

Professor Dr. *Wolfgang Däubler*, Bremen und Dr. *Johannes Heuschmid*, stellv. Leiter Hugo-Sinzheimer-Institut für Arbeitsrecht, Frankfurt/Main

Tarifverträge nur für Gewerkschaftsmitglieder?

I. Einführung

Die im Titel gestellte Frage klingt ungewohnt, ja polemisch. Stehen Tarifverträge nicht allen Arbeitnehmern zur Verfügung? Wird nicht in fast jedem Arbeitsvertrag auf den einschlägigen Tarif verwiesen? Ist die Gewerkschaftsmitgliedschaft nicht dem Arbeitgeber häufig unbekannt, sodass die Bezugnahme Klausel für ihn die einzige feste Grundlage für die Gestaltung des Arbeitsverhältnisses ist? Die Antwort auf diese Fragen liegt auf der Hand, doch folgt das Gesetz nicht dem Modell „Tarifvertrag als Gemeingut“. Nach § 3 Abs. 1 TVG sind tarifgebunden nur die Mitglieder der beiderseitigen Verbände, und nach § 4 Abs. 1 TVG gelten Inhalts-, Abschluss- und Beendigungsnormen unmittelbar und zwingend nur zwischen den „beiderseits Tarifgebundenen“, die unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallen. Das TVG beantwortet die Ausgangsfrage daher entgegen der allgegenwärtigen Praxis mit einem eindeutigen „Ja“.

Die Gewerkschaften haben sich in ihrer Mehrzahl damit abgefunden, dass ihre Tarifierfolge, und damit der wichtigste Teil ihrer Aktivitäten, durch die Bezugnahme Klauseln auch denen zugute kommen, die ihnen fern stehen oder die sich den monatlichen Gewerkschaftsbeitrag sparen wollen. Einige Organisationen haben sich schon in der länger zurückliegenden Vergangenheit bemüht, dem durch Regeln gegenzusteuern, die einzelne Leistungen den Gewerkschaftsmitgliedern vorbehalten wollen. Sind diese höher als der Gewerkschaftsbeitrag, wird der Beitritt zur Gewerkschaft wirtschaftlich attraktiv; sind sie niedriger oder gleich, handelt es sich um eine Art Aufwendungsersatz¹.

In der juristischen Literatur hat sich für solche Abmachungen das Wort „Differenzierungsklauseln“ eingebürgert, obwohl theoretisch auch viele andere Differenzierungen gemeint sein könnten. Von einfachen Differenzierungsklauseln spricht man dann, wenn die Gewerkschaftsmitgliedschaft ausdrücklich zum anspruchsbegründenden Merkmal erhoben wird². Dies ist allerdings nur dann von Interesse, wenn die üblichen Bezugnahme Klauseln dies nachvollziehen und nicht etwa bestimmen, dass die Erfüllung dieses Tatbestandsmerkmals fingiert wird. Von qualifizierter Differenzierungsklausel ist dann die Rede, wenn der Arbeitgeber zugleich verpflichtet wird, den Gewerkschaftsmitgliedern einen effektiven „Vorsprung“ einzuräumen³. Dies kann in Form einer sog. Spannenklausel erfolgen⁴. Der Tarifvertrag sieht eine bestimmte Leistung vor. Gewährt sie der Arbeitgeber auch den Außenseitern, erhöht sie sich den Organisierten gegenüber um den entsprechenden Betrag. Beträgt das zusätzliche Urlaubsgeld 300 Euro im Jahr und bezahlt der Arbeitgeber den Außenseitern 200 Euro, so erhöht sich der Anspruch der Organisierten auf 500 Euro. Davon ist die sog. Tarifausschlussklausel zu unterscheiden, wonach dem Arbeitgeber verboten wird, eine entsprechende Leistung an Außenseiter zu gewähren.

Die rechtliche Anerkennung aller dieser Abmachungen war von Anfang an prekär⁵. Der Große Senat des BAG hat in

1) Dazu etwa *Kempen*, in: Festschrift Bepler (2012), S. 255 ff.

2) *Däubler/Hensche/Heuschmid*, TVG, 3. Aufl. 2012, § 1 Rn. 985.

3) *Däubler/Hensche/Heuschmid* (Fn. 2), § 1 Rn. 986.

4) *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, 1997, S. 354.

5) Überblick über die Rechtsprechung bei *Hanau*, in: Festschrift Hromadka (2008), S. 115.

seinem Beschluss vom 29. 11. 1967⁶ die Spannenklausel für unzulässig erklärt – so wird er jedenfalls im Allgemeinen rezipiert, obwohl er bei näherer Betrachtung keineswegs alle Türen verschlossen hat⁷. Die Praxis ist deshalb nicht selten in andere Gestaltungen ausgewichen; gemeinnützige Vereine oder gemeinsame Einrichtungen der Tarifparteien erhalten bestimmte Zahlungen, die sie dann ausschließlich an Gewerkschaftsmitglieder weitergeben⁸. Allerdings wurden solche Regelungen immer nur im Konsens getroffen, da ein Arbeitskampf verbreiteter Einschätzung nach mit schwer kalkulierbaren Risiken verbunden gewesen wäre.

In den vergangenen zehn bis fünfzehn Jahren haben Differenzierungsklauseln und vergleichbare Regelungen wieder verstärkte Bedeutung erlangt. Dies dürfte insbesondere damit zusammenhängen, dass die Zahl der Gewerkschaftsmitglieder kontinuierlich zurückging; so lag es nahe, auch wirtschaftliche Anreize für den Gewerkschaftsbeitritt zu schaffen. Erst in allerjüngster Zeit bahnt sich eine Trendwende bei der Mitgliederentwicklung an. Die Praxis hat zu einer vergleichsweise reichhaltigen Rechtsprechung geführt, die einfache Differenzierungsklauseln⁹, in einem Fall aber auch eine Spannenklausel, zum Gegenstand hatte¹⁰.

Im Folgenden soll zunächst der Frage nachgegangen werden, inwieweit die generelle Praxis der Bezugnahme-klauseln mit dem Schutz vereinbar ist, den Art. 9 Abs. 3 GG für Bestand und Betätigung von Gewerkschaften vorsieht. Anschließend soll uns die einfache, dann die qualifizierte Differenzierungsklausel in ihren beiden Spielarten beschäftigen. Den Abschluss bilden sonstige vertragliche Gestaltungen, mit deren Hilfe ausschließlich Gewerkschaftsmitglieder bestimmte Leistungen erhalten sollen.

II. Regelmäßige Vereinbarung von Bezugnahme-klauseln als Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG?

Die generelle Zulässigkeit von Bezugnahme-klauseln in Frage zu stellen, erscheint von vorneherein als aussichtsloses Unterfangen. Wer hat je gegen diese universelle Praxis opponiert? In der Literatur ist dies bislang nur in vorsichtigen Andeutungen geschehen¹¹.

1. Die Praxis

Der empirische Befund ist an sich unbestritten. Die Erstreckung der tariflichen Inhalte auf die Nichtorganisierten lässt ein entscheidendes Motiv für den Gewerkschaftsbeitritt entfallen. Die „Hauptleistung“ der gewerkschaftlichen Bemühungen fällt dem Einzelnen in den Schoß, ohne dass er deshalb den meist 1% des Monatseinkommens betragenden Beitrag bezahlen müsste. Dies ist eine höchst komfortable Situation¹². Würde man den Nichtorganisierten ein Recht auf Gleichbehandlung mit den tarifgebundenen Arbeitnehmern einräumen, würde sich derselbe Effekt ergeben. Zwar braucht man bei der Bezugnahme-klausel anders als bei einem Anspruch auf Gleichbehandlung das Ja-Wort des Arbeitgebers, doch ist dies kein wirkliches Hindernis: Tarifliche Arbeitsbedingungen auf alle zu erstrecken, erleichtert nicht nur die Arbeit der Personalabteilung; es dient auch dazu, den Gewerkschaftsbeitritt unattraktiv zu machen. Aus der Praxis sind jedenfalls so gut wie keine Fälle bekannt, in denen ein tarifgebundener Arbeitgeber nicht von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht hätte.

2. Bedenken

Die Einräumung eines Anspruchs auf Gleichbehandlung wird vom BAG mit deutlichen Worten abgelehnt. In der Entscheidung zur Vorruhestandsquote führt das Gericht aus¹³: „Einem legitimen und sozial adäquaten Druck dürfen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ausgesetzt werden... Deshalb müssen es nicht organisierte Arbeitnehmer hinnehmen, dass Ansprüche

aus nicht allgemeinverbindlichen Tarifverträgen nur tarifgebundenen Arbeitnehmern zustehen. Der davon ausgehende Druck auf den Außenseiter, der tarifschließenden Gewerkschaft beizutreten, ist legitim. Auch nach dem Gleichheitssatz des Art. 3 GG kann der nicht organisierte Arbeitnehmer nicht die Gleichstellung mit tarifgebundenen Arbeitnehmern verlangen... *Andernfalls wären die Koalitionen in ihrem durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Bestand gefährdet, weil für die meisten Arbeitnehmer kein vernünftiger Grund mehr bestünde, einer Koalition beizutreten oder ihr weiter anzugehören.* (Hervorhebung nicht im Original). Im Übrigen besteht für die Differenzierung zwischen nicht organisierten und tarifgebundenen Arbeitnehmern ein sachlicher Grund.“

Warum soll Unterschiedliches gelten, wenn derselbe Effekt nicht durch eine bestimmte Handhabung des Gleichbehandlungsgrundsatzes, sondern im Wege des (einseitig determinierten) Vertragsabschlusses herbeigeführt wird? Der Bestand der Koalitionen ist ein von der Verfassung mit hohem Rang ausgestatteter Wert, der auch gegen andere Unterlaufungsstrategien geschützt sein sollte.

Dem Gesetzgeber ist es grundsätzlich untersagt, Zwangskörperschaften zu errichten, die die Funktion eines frei gebildeten Verbandes, insbesondere einer Gewerkschaft (oder eines Arbeitsgeberverbandes) erfüllen und so dessen Betätigung und Bestand gefährden¹⁴. Die Arbeitnehmerkammern in Bremen und im Saarland verstoßen nur deshalb nicht gegen Art. 9 Abs. 3 GG, weil sie keine Kompetenzen in der Tarifpolitik haben und die Arbeitnehmer auch nicht vor Gericht vertreten können; daneben spielte die jahrzehntelang ohne Probleme praktizierte Arbeitsteilung zwischen Gewerkschaften und Kammern eine wichtige Rolle.

Bestand und tarifliche Betätigung der Gewerkschaften sind weiter durch die Vorschrift des § 77 Abs. 3 BetrVG geschützt. Den Betriebsparteien ist es nach dieser Bestimmung auch nicht möglich, einen Tarifvertrag durch Betriebsvereinbarung auf alle Betriebsangehörigen zu erstrecken¹⁵. Diese Verdrängungswirkung des Tarifvertrags wird zwar von der herrschenden Auffassung nicht auf die Betriebsabsprache erstreckt¹⁶, doch entfaltet diese keine normative Wirkung und ist überdies bei bestehenden Tarifverträgen an das Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 TVG gebunden. Der Betriebsrat wird also nicht zur „beitragsfreien Ersatzgewerkschaft“ (Hanau), während die Bezugnahme-klauseln die Mehrzahl der Arbeitnehmer zu „bei-

6) BAG v. 29. 11. 1967 – GS 1/67, AP GG Art. 9 Nr. 13. Zur Vorgeschichte s. Däubler, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl. 1993, Rn. 1176; zur Kritik s. statt aller Kempen/Zachert/Wendeling-Schröder, TVG, 4. Aufl. 2006, § 3 Rn. 246 ff.

7) Einzelheiten bei Däubler, BB 2002, 1643 ff.

8) Däubler/Henschel/Heuschmid (Fn. 2), § 1 Rn. 1011.

9) BAG v. 9. 5. 2007 – 4 AZR 275/06, AP TVG § 3 Verbandszugehörigkeit Nr. 23 = NZA 2007, 1439; BAG v. 18. 3. 2009 – 4 AZR 64/08, AP TVG § 3 Nr. 41 = NZA 2009, 1028; BAG v. 22. 9. 2010 – 4 AZR 117/09, AP GG Art. 9 Nr. 144.

10) BAG v. 23. 3. 2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920 ff.

11) S. etwa Däubler, RdA 2002, 306; Kocher, NZA 2009, 119, 121; Schubert, ZTR 2011, 579, 584.

12) Die weiteren „Angebote“ der Gewerkschaft fallen weniger ins Gewicht (so auch Jacobs, in: Festschrift Bauer (2010), S. 479): Der unentgeltliche Rechtsschutz lässt sich über eine Versicherung beschaffen, die Streikunterstützung hat kaum mehr Bedeutung, da wenig gestreikt wird. Geschieht dies dennoch im Einzelfall, bleibt es meist bei Warnstreiks von bis zu einem Tag, bei denen keine Streikunterstützung gezahlt wird. Einzelheiten dazu bei Däubler, in: ders., Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. 2012, § 8 Rn. 30, 45. Zur Gesamteinschätzung wie hier Neumann, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 2012, S. 24.

13) BAG v. 21. 1. 1987 – 4 AZR 486/86, AP GG Art. 9 Nr. 46.

14) BVerfG v. 18. 12. 1974 – 1 BvR 430/65, RdA 1975, 284 ff., auch zum Folgenden.

15) BAG v. 20. 11. 2001 – 1 AZR 12/01, NZA 2002, 872; Däubler/Kittner/Klebe/Wedde/Beg, BetrVG, 13. Aufl. 2012, § 77 Rn. 136; Fitting, BetrVG, 26. Aufl. 2012, § 77 Rn. 98.

16) Nachweise bei Fitting (Fn. 15), § 77 Rn. 102. Anders Kempen, in: Festschrift Bepler (2012), S. 263.

targsfreien Partizipanten" machen¹⁷. Dies ist deshalb besonders gravierend, weil in vielen (wenn auch nicht allen) Betrieben eine enge Symbiose zwischen Betriebsrat und Gewerkschaft besteht, sodass es gegen eine "Unterlaufungsstrategie" zumindest auf informeller Ebene gewichtige Hindernisse gibt, während dies in Bezug auf Außenseiter nicht erwartet werden kann.

3. Begrenzung der Arbeitsvertragsfreiheit?

Aber muss nicht die Vertragsfreiheit doch zum Tragen kommen? Hat sie nicht einen ganz anderen Stellenwert als der Gleichbehandlungsgrundsatz oder der Funktionsschutz, der den Gewerkschaften durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährt wird? Ihre verfassungsrechtliche Verankerung in Art. 2 Abs. 1 GG¹⁸ schließt es in keiner Weise aus, sie im Interesse bestehender Institutionen zu beschranken. Im kollektiven Arbeitsrecht ist dabei ein Blick in das Betriebsverfassungsrecht besonders nahe liegend. Im Anwendungsbereich des BetrVG dürfen selbst dann, wenn von den gesetzlichen Möglichkeiten kein Gebrauch gemacht wurde, Vertretungsinstanzen nicht privatökonom begründet werden¹⁹. Eine Ausnahme gilt nur für vertraglich begründete Redaktionsstrukturen, deren Zuständigkeit aber auf Sachgebiete beschränkt sein muss, in denen der Betriebsrat wegen des Tendenzschutzes nach § 18 Abs. 1 BetrVG keinerlei Einflussmöglichkeiten besitzt²⁰. Auch eine arbeitsvertragliche Erweiterung der Mitbestimmung des Betriebsrats ist grundsätzlich ausgeschlossen²¹. Verdienen die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Werte nicht denselben Rang wie die zwingenden Grundsätze der Betriebsverfassungsgesetzlichen Organisationen? Der Schluss erscheint unabweisbar: Genauso wenig wie sich ein Anspruch Unorganisierter auf Gleichbehandlung mit Art. 9 Abs. 3 GG vereinbaren lässt, ist dies für die Entwertung der tariflichen Erlöse durch systematisch eingesetzte Bezugnahmeklauseln in der Fall. Die Vertragsfreiheit muss sich insoweit vergleichbare Schranken wie zum Schutze der Betriebsverfassung gefallen lassen.

4. Das Problem der Rechtsfolgen

Man muss die Dinge allerdings zu Ende denken. Auf einen Gleichbehandlungsanspruch kann man verzichten, und die Unterlaufung von Tarifverträgen durch Betriebsvereinbarung kann man ebenso verbieten wie die Schaffung einer vertraglichen Konkurrenzordnung zur Betriebsvereinbarung. Doch was soll an die Stelle der Bezugnahmeklauseln treten? Wie könnte/müsste eine notwendigerweise hinter dem Tarifniveau zurückbleibende "Außenseiterordnung" beschaffen sein? Welche Dimension müsste der Abstand beim Entgelt haben? Müsste er mindestens den Gewerkschaftsbeitrag ausmachen? Wie müsste man mit anderen tariflichen Vorschriften von den Eingruppierungsmerkmalen bis hin zum Abschluss der ordentlichen Kündigung umgehen? Es fehlt anders als bei den sonstigen "Unterlaufungsstrategien" eine "Aufangstruktur", die an Stelle der koalitionsfeindlichen Praxis treten könnte. Dies dürfte letztlich auch der Grund dafür sein, dass Wissenschaft und Praxis bislang immer einen Bogen um das hier diskutierte Problem gemacht haben. Bleibt nur die Kapitulation vor der Macht der Fakten? Nicht ganz. Wo es an strukturellen Schurznormen fehlt (und den Umständen nach fehlen muss), müssen die Betroffenen selbst in die Lage versetzt werden, sich zu wehren, ihre von der Verfassung gewollte Stellung im Wege der Selbsthilfe zu verteidigen. Ein wichtiges Mittel hierfür sind Differenzierungsklauseln. Bei ihnen geht es daher nicht um die Vereinbarung von "Sonderstellungen" für Gewerkschaftsmitglieder²² oder um "Ungleichmenen"²⁴. Dies mag ungewöhnlich klingen, bezeichnet aber durchaus kein singuläres Phänomen. Muss etwa der ADAC Pannenhilfe für jedermann leisten, so ist es sein gutes Recht, seinen Mitgliedern einen deutlich billigeren Sondertarif einzuräumen – auch dies nichts anderes als ein Mittel, um für die

III. Die einfache Differenzierungsklausel

1. Deklaratorische oder konstitutive Regelung?

Die Mitgliedschaft in der Gewerkschaft zur ausdrücklichen Ausspruchsvoraussetzung zu machen, kommt mittlerweile in zahlreichen Tarifverträgen vor. Dabei ist es allerdings ein vorweg zu klarendes Interpretationsproblem, ob lediglich deklaratorisch darauf verwiesen wird, dass Inhalts-, Abschluss- und Benutzungsregeln nur für die Mitglieder der tariflichen Gewerkschaft gelten, oder ob es sich wirklich um eine Differenzierungsklausel handelt²⁵. Die Rechtsprechung fragt zu Recht danach, ob die sonstigen tariflichen Ansprüche in der Gewerkschaft gelten, oder ob es Vor-schriften darüber gibt, zu welchem Zeitpunkt die Gewerkschaftsmitgliedschaft vorzulegen haben muss und in welchem Verfahren sie zu ergreifen ist²⁶. In der Literatur wird der Recht der Standpunkt vertreten, wenn die Gewerkschaftsmitgliedschaft im Tarifvertrag ausdrücklich erwähnt werde, spreche eine Vermutung dafür, dass nicht nur die Rechtslage wiederholt werden solle²⁷.

2. Praktisches Vorkommen

Die einfache Differenzierungsklausel findet sich insbesondere in Sanierungsartikeln²⁸. Diese haben eine weite Verbreitung erfahren, nachdem das BAG im *Bund-Fall* die in einer Grauzone angesiedelten "Bündnisse für Arbeit" mit dem Betriebsrat für unzulässig erklärt und die Gewerkschaft zudem in die Lage versetzt hatte, dagegen gerichtlich vorzugehen²⁹. Dies hat dazu geführt, dass die – in der Regel durchaus kooperationsbereite – Gewerkschaft zum Verhandlungspartner wurde, was im Übrigen auch den Ruf nach einer gesetzlichen Veränderung des § 77 Abs. 3 BetrVG verstärken ließ³⁰. Für die Gewerkschaft ist es allerdings oft schwierig, das "Spardiktat" ihren Mitgliedern zu vermitteln, die typischerweise für einige Zeit auf einen Teil ihrer Vergütung verzichten (oder länger arbeiten) müssen, um das Unternehmen über eine "Durststrecke" hinwegzubringen³¹. Wie schlecht ist die Lage (17) Vgl. Ehrh/Dierich, 12. Aufl. 2012, Art. 9 GG, Rn. 34; "Die Gleichstellung ist an sich üblich, belastet aber die Gewerkschaften organisatorisch nicht un erheblich, weil 'Trittbrettfahrer' dadurch betätigt werden können, die die gleiche Rechtsstellung erreichen wie ihre gewerkschaftlich organisierten Kollegen".
(18) BVerfG v. 19. 10. 1993 – 1 BvR 567/89, BVerfGE 89, 214 ff. = ZIP 1993, 1775.
(19) BAG v. 19. 2. 1975 – 1 ABR 55/73, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 9, S. 4; näher dazu mit weiteren Nachweisen aus der Literatur Daubler, in: Festschrift Wibrmann (2005), S. 275, 279 ff.
(20) BAG v. 19. 6. 2001 – 1 AZR 463/00, NZA 2002, 397 – Mannheimer Morgen.
(21) BAG v. 23. 4. 2009 – 6 AZR 263/08, NZA 2009, 915 = DB 2009, 1995.
(22) So eine verbreitete Terminologie. S. statt aller *Sitzenzahl/Zachert/Putz*, Vortragsgelegenheiten für Gewerkschaftsmitglieder, 1976.
(23) Hanau, in: Festschrift Hromadka (2008), S. 115 ff.
(24) Richtig Gamlitscheg, NZA 2005, 146; "Tarifbonus" in Wahrheit "Nachteilsausgleich".
(25) Zur Terminologie s. oben I.
(26) BAG v. 18. 3. 2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028, Rn. 25.
(27) Thüsing/Braun/Mengel/Burg, Handbuch des Tarifrechts, 2011, Kap. 5, Stichwort: Differenzierungsklauseln, Rn. 4; ähnlich Neumann (Fn. 12), S. 29.
(28) Neumann (Fn. 12), S. 22.
(29) Bepier, ArbStR 2010, 234 m.w.N.
(30) Zu dieser Problematik Droschel, Vereinbarkeit gesetzlicher Öffnungsklauseln mit der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG, 2010.
(31) Kamnabrou, Anm. zu BAG AP TVG § 3 Nr. 41, S. 21.

wirklich? Wird die Sanierung gelingen oder bleibt das Opfer ohne Wirkung? Wird es gar dazu führen, dass sich im schlimmsten Fall das Arbeitslosengeld mindert? Bedenken dieser Art lassen sich leichter hintanstellen, wenn die „Verluste“ für Gewerkschaftsmitglieder geringer ausfallen als für die übrigen Angehörigen der Belegschaft. Außerdem wäre die wirtschaftliche Zwangslage des Arbeitgebers widerlegt, würde er freiwillig die für Organisierte vorgesehenen Leistungen auf alle Übrigen übertragen³². Inhaltlich reichen die Zusagen an die Organisierten von Einmalzahlungen bis hin zu einem befristeten Verzicht auf die betriebsbedingte Kündigung³³.

Im Einzelfall mag es einfache Differenzierungsklauseln auch außerhalb der Sanierungssituation geben. Die Vermutung *Richardis*³⁴, bei Tarifverträgen mit Spartengewerkschaften könnte die Arbeitgeberseite zur Begrenzung ihrer Aufwendungen gleichfalls zu diesem Mittel greifen, hat sich nach Kenntnis der Verfasser allerdings bisher nicht bewahrheitet.

3. Grundsätzliche Anerkennung durch das BAG

Mit Entscheidung vom 18. 3. 2009 hat das BAG die einfache Differenzierungsklausel für grundsätzlich zulässig erklärt³⁵. In der Tat betrifft sie den Gegenstand „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ und bewegt sich deshalb im Rahmen des Art. 9 Abs. 3 GG. In der Literatur hat das BAG insoweit – soweit ersichtlich – weitestgehend Zustimmung gefunden³⁶. Auch die negative Koalitionsfreiheit ist nicht verletzt; nicht organisierte Arbeitnehmer behalten das privatautonome Recht, die für die Organisierten vorgesehenen Bedingungen auch für sich zu vereinbaren³⁷. Dass sie insbesondere im Sanierungsfall wenig Aussicht haben, ihren Arbeitgeber von einem solchen Anliegen zu überzeugen, liegt in der Natur der Sache. Wer auf den Gewerkschaftsbeitritt und damit auf die Partizipation an der kollektiven Interessenvertretung verzichtet, kann sich nicht darüber beklagen, dass er als „Einzelkämpfer“ nicht zum Ziel kommt³⁸. Die Differenzierungsklausel mag einen wichtigen Anreiz für einen Gewerkschaftsbeitritt darstellen – sie entfaltet nicht mehr „Druck“ als dies die gesetzliche Regelung von sich aus tut³⁹.

4. Das Problem der Bezugnahmeklausel

Fraglich ist, ob die übliche Bezugnahmeklausel dazu führt, dass Außenseiter wie Gewerkschaftsmitglieder behandelt werden. Dies wird vom BAG⁴⁰ und von der ganz überwiegenden Meinung in der Literatur abgelehnt; die Bezugnahme mache lediglich den Tarif anwendbar, ändere jedoch nichts an den Tatbestandsmerkmalen, von denen einzelne Ansprüche abhängig seien⁴¹. Wird beispielsweise eine tarifliche Sonderzuwendung für alle diejenigen eingeführt, die dem Unternehmen seit mehr als zehn Jahren angehören, so gilt dies trotz Bezugnahmeklausel in gleicher Weise für die Außenseiter, die gleichfalls die Zehn-Jahres-Frist erfüllen müssen⁴². Dies stellt auch keine überraschende Bestimmung dar, die nach § 305 c Abs. 1 BGB nicht von der Bezugnahmeklausel erfasst wäre⁴³. Würde man das gleichwohl annehmen, hätte dies im Übrigen zur Folge, dass der Anspruch dem Nichtorganisierten gleichfalls nicht zugute käme; die Verweisung kann sich immer nur auf bestehende Tarifnormen, nicht auf unterstellte beziehen. Auch ist die Klausel keineswegs unklar, sodass § 305 c Abs. 2 BGB nicht angewandt werden kann⁴⁴. Denkbar ist allenfalls, dass die Bezugnahmeklausel lückenhaft geworden ist, weil die Differenzierungsklausel eine neuartige Regelung darstellt, die die Beteiligten nicht in ihre Vorstellungen aufgenommen hatten: In diesem Fall müsste eine ergänzende Vertragsauslegung stattfinden, doch kann man gerade bei den Sanierungstarifverträgen nicht unterstellen, dass der Arbeitgeber die von ihm mitgetragene Beschränkung auf die Organisierten in der Folgezeit konterkarieren und sich so zusätzliche Kosten aufbürden will⁴⁵. Dies schließt selbstredend nicht aus, dass der Arbeitgeber mit Nichtorganisierten Arbeitsverträge schließt, in denen aus-

drücklich festgelegt wird, sie seien „wie Gewerkschaftsmitglieder“ zu behandeln⁴⁶. Dies auszuschließen würde bedeuten, den Unterschied zwischen einfacher Differenzierungsklausel und Spartenklausel zu nivellieren, denn eine Gleichstellung mit den Organisierten wäre in einem solchen Fall nicht mehr möglich.

5. Schranken nach der Rechtsprechung

a) Umfassendes sozialpolitisches Mandat als Rechtsprinzip?

Das BAG hat gleichwohl Schranken für die einfache Differenzierungsklausel entwickelt, die allerdings im konkreten Fall nur teilweise zur Anwendung kamen⁴⁷. Möglicherweise müssten Tarifverträge grundsätzlich geeignet sein, alle Arbeitsverhältnisse in ihrem Geltungsbereich zu regeln. Ein Indiz für eine solche umfassende Regelungsaufgabe sei die Vorschrift über die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG, ein anderes § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB, wonach in Bezug genommene Tarifverträge keiner AGB-Kontrolle unterworfen werden, also auch dort „privilegiert“ bleiben, wo sie nicht mit normativer Wirkung gelten. Weiter wurde an tarifdispositive Gesetzesvorschriften wie § 622 BGB erinnert. Insoweit existiere aber kein grundsätzlicher Widerspruch; es bestehe ein legitimes Interesse, einer weiteren Schwächung der Gewerkschaften entgegen zu wirken und ihre Mitwirkung an Sanierungen nicht zu behindern. Allerdings könne sich die Differenzierungsklausel nicht auf die Hauptleistungen beziehen, die Grundlage des laufenden Lebensunterhalts seien; auch Sonderleistungen dürften nur insoweit einbezogen werden, als sie sich nicht als „Verlagerung“ eines Teils des Entgelts darstellen⁴⁸.

32) *Beppler* (ArbuR 2010, 234, 241) spricht insoweit treffend von einem „Lackmustest“.

33) *Leydecker*, ArbuR 2009, 338.

34) *Richardi*, NZA 2010, 417, 419.

35) BAG v. 18. 3. 2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028 = AP TVG § 3 Nr. 41.

36) *Bauer/Arnold*, NZA 2009, 1169, 1171; *Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen*, Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht. Kompaktcommentar, 3. Aufl. 2010, § 3 Rn. 187 ff.; *Däubler/Hensche/Heuschmid* (Fn. 2), § 1 Rn. 1008; *Kamanabrou*, Anm. zu BAG AP TVG § 3 Nr. 41; *Leydecker*, ArbuR 2009, 338, 340; *Jacobs*, in: *Festschrift Bauer* (2010), S. 488 ff.; ebenso schon vor der Entscheidung *Deinert*, Anm. zu LAG Niedersachsen EzA GG Art. 9 Nr. 15 a; *Kocher*, NZA 2009, 119; *Ulber/Strauß*, DB 2008, 1970, 1971. Die Bedenken konzentrieren sich auf die Handhabung der Bezugnahmeklausel – dazu etwa *Lobinger/Hartmann*, RdA 2010, 235 ff.

37) *Jacobs*, in: *Festschrift Bauer* (2010), S. 488.

38) *Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen* (Fn. 36), § 3 Rn. 223; *Leydecker*, ArbuR 2006, 11, 14; *Ulber/Strauß*, DB 2008, 1970, 1974. Ebenso *Kamanabrou*, Anm. zu BAG AP TVG § 3 Nr. 41, S. 22: „Wer die kollektive Interessenvertretung nicht nutzt, um für sich günstige Arbeitsbedingungen zu erstreiten, hat eben nur die Möglichkeiten, die die individuell genutzte Privatautonomie und Vertragsfreiheit ihm eröffnen“.

39) *Zachert*, DB 1995, 322, 323.

40) BAG v. 18. 3. 2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028, Rn. 54; ebenso BAG v. 22. 9. 2010 – 4 AZR 117/09, AP GG Art. 9 Nr. 144.

41) *Beppler*, ArbuR 2010, 234, 241; *Brecht-Heitzmann/Gröls*, NZA-RR 2011, 506; *Deinert*, Anm. zu LAG Niedersachsen EzA GG Art. 9 Nr. 15 a, S. 10, 12; *Kamanabrou*, Anm. zu BAG AP TVG § 3 Nr. 41, S. 19; *Kocher*, NZA 2009, 119, 123; *Leydecker*, ArbuR 2009, 338, 340; *Thüsing/Braun/Mengel/Burg* (Fn. 27), Kap. 5, Stichwort: Differenzierungsklauseln, Rn. 4; *Ulber/Strauß*, Anm. zu BAG EzA GG Art. 9 Nr. 104, S. 32 ff.

42) Ebenso *Thüsing/Braun/Mengel/Burg* (Fn. 27), Kap. 5, Stichwort: Differenzierungsklauseln, Rn. 4, die das Beispiel der Jubiläumszuwendung wählen.

43) So aber *Richardi*, NZA 2010, 419.

44) *Anders Erk/Franzen* (Fn. 17), § 1 TVG, Rn. 62; *Lobinger/Hartmann*, RdA 2010, 235 ff.

45) Richtig *Kamanabrou*, Anm. zu BAG AP TVG § 3 Nr. 41, S. 19; r. ebenso *Ulber/Strauß*, Anm. zu BAG EzA GG Art. 9 Nr. 104, S. 34.

46) *Brecht-Heitzmann/Gröls*, NZA-RR 2011, 506; *Thüsing/Braun/Mengel/Burg* (Fn. 27), Kap. 5, Stichwort: Differenzierungsklauseln, Rn. 5; *Ulber/Strauß*, Anm. zu BAG EzA GG Art. 9 Nr. 104, S. 34 f. *Anders Kocher*, NZA 2009, 119, 123.

47) BAG v. 18. 3. 2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028, Rn. 60 ff.

48) BAG v. 18. 3. 2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028, Rn. 79 ff.

Die unmassende sozialpolitische Aufgabe der Tarifparteien entbehrt einer klaren Rechtsgrundlage. Die angeführten Einzelbestimmungen behalten auch dann ihren Sinn, wenn man den Satzungen der größten Einzelgewerkschaften entsprechend die Aufgabe der Gewerkschaften ausschliesslich in der Wahrung der Interessen ihrer Mitglieder sieht. Andere Arbeitnehmer haben im Regelfall keine abweichenden, sondern übereinstimmende Interessen, sodass sich keine Friktionen ergeben. Ist dies im Einzelfall anders – die Teilzeitarbeitskräfte werden beispielsweise sehr stichtützlich im Tarifvertrag behandelt – müssen andere Mittel (wie z. B. das Benachteiligungsverbot des § 4 Abs. 1 TzBfG) gefunden werden. Wollte man die Berücksichtigung aller spezifischen Interessen bestimmter Arbeitnehmergruppen im Tarifvertrag veranlassen, würde dieser einer umfassenden Inhaltskontrolle durch die Gerichte unterworfen, was man unter dem Stichwort „Tarifzensur“ gemeinhin als indiskutabel ablehnt. Insoweit war das BAG gut beraten, entsprechende Überlegungen nur eventuellicher anzustellen. Dennoch sollen zwei Fragen nicht übergangen werden.

b) Keine Behinderung der Allgemeinverbindlichkeitserklärung?

Zum einen wird behauptet, Tarifnormen müssten geeignet sein, für allgemeinverbindlich erklärt zu werden, dies sei aber bei der Differenzierungsklausel nicht der Fall⁴⁹. Richtig daran ist, dass auch die Allgemeinverbindlichkeitserklärung die fehlende Gewerkschaftsmittelbeschaffung nicht besetztigt, also die Außenleistung nicht in die Situation bringt, die tariflichen Ansprüche geltend machen zu können⁵⁰. Dies bedeutet aber nicht, dass die Allgemeinverbindlichkeitserklärung insoweit wegen Bedingungslosigkeit unterbleiben müsste⁵¹. Erfolgt sie, tritt insoweit eine Veränderung der Rechtslage ein, als Beschäftigte bei nicht organisierten Arbeitgebern die Möglichkeit erhalten, durch Gewerkschaftsbeiträge die tariflichen Ansprüche zu erwerben, nicht anders als wenn eine Regelung, die an eine zehnjährige Betriebszugehörigkeit anknüpft, auf einen Betrieb erstreckt wird, bei dem erst in zwei Jahren die ersten Fälle dieser Art auftreten werden. Doch davon ganz abgesehen: Es gibt keinen Rechtsgrundsatz, wonach die Tarifparteien nur solche Normen vereinbaren dürfen, die für allgemeinverbindlich erklärt werden können⁵². Wollte man dies annehmen, würde man ihren Autonomiebereich wesentlich einengen und sich über ihren Autonomiebereich hinaus in die Angelegenheiten der Tarifparteien frei einschneiden können, ob sie bestimmte Gegenstände im normativen oder im schuldrechtlichen Teil regeln wollen⁵³ und dass ihnen überdies die Möglichkeit offen steht, einen sonstigen Kollektivvertrag zu schließen, der mangels Rechtsgrundlage einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung nicht zugänglich ist⁵⁴.

c) Beschränkung auf Sonderzahlungen?

Die zweite Frage betrifft die vom BAG vorgenommene Begrenzung auf Sonderzahlungen, die außerhalb des Synallagmas stehen und ihrerseits keinen wesentlichen Einkommensbestandteil ausmachen. Selbst wenn man von einem unmassenden sozialpolitischen Mandat der Gewerkschaften ausgehen würde, wäre es schon von Gesetzes wegen zulässig, (einigen) Ausserstern nicht eingetraumt werden. Dies wäre hohe Gehälter tariflich festzuschreiben, die möglicherweise rechtlich völlig unproblematisch, die Nichtorganisierten können sich nicht etwa auf den Gleichbehandlungsgrundsatz berufen⁵⁵. Warum bei einer einfachen Differenzierungsklausel anderes gelten soll, ist nicht ersichtlich. So kann es keinen Unterschied machen, ob 10 Euro des Monatsgehalts von der Gewerkschaftszugehörigkeit abhängig gemacht werden, oder ob dies mit 120 Euro bei der jährlich gewährten „Beitragspalette“ geschieht⁵⁶. Auch ist der Ausserstern in seinem Rechtsstatus nicht gemindert, weil er ja durch eine entsprechende formulierte Bezugnahmeklausel in den Genuss des

7. Sanierung allein auf Kosten der Außenleistung?

Bepfl⁵⁴ hat die Frage gestellt, ob in Sanierungsstarfen auch eine Regelung der Art zulässig ist, dass die Gewerkschaftsmittelglieder einen Bonus erhalten, der ein volles Äquivalent für das vorher erbrachte Opfer darstellt. Im Ergebnis hätten damit ausschliesslich die Außenleistung die Sanierungsstarfen zu tragen⁵⁵.

49) Vgl. *Lewisch/Rieble*, Kommentar zum TVG, 3. Aufl. 2012, § 1 Rn. 1859.

50) *Ertk/Franzen* (Fn. 17), § 1 TVG, Rn. 62.

51) Dies verkennen *Lewisch/Rieble* (Fn. 49), § 1 Rn. 1859.

52) Das BAG (v. 23. 3. 2005 – 4 AZR 203/04, NZA 2005, 1003) vertritt lediglich den Standpunkt, die Tarifparteien können wegen § 5 TVG nicht einen ganzen Tarifvertrag der Allgemeinverbindlichkeit entnehmen. Das besagt nichts für einzelne Klauseln; s. *Kannabrou*, Anm. zu BAG AP TVG § 3 Nr. 41.

53) S. statt aller *Wiedemann/Thüsing*, TVG, 7. Aufl. 2007, § 1 Rn. 865.

54) *Däubler*, in: *Däubler* (Fn. 2), Eini. Rn. 867.

55) So schon BAG v. 20. 7. 1960 – 4 AZR 199/59, AP TVG § 4 Nr. 7.

56) *Libber/Strang*, Anm. zu BAG EZA GG Art. 9 Nr. 104, S. 31.

57) Abnehmend auch *Jacobs*, in: *Festschrift Bauer* (2010), S. 490, *Leydecker*, *ArbUR* 2009, 338, 340; *Neumann* (Fn. 12), S. 158.

58) *Libber/Strang*, DB 2008, 1970, 1973.

59) *Jacobs*, in: *Festschrift Bauer* (2010), S. 488; *Libber/Strang*, Anm. zu BAG EZA GG Art. 9 Nr. 104, S. 27.

60) BAG v. 9. 5. 2007 – 4 AZR 275/06, NZA 2007, 1439, Rn. 33 ff.

61) BAG v. 18. 3. 2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028.

62) Auf den Widerspruch zur Entscheidung von 2007 verweist auch *Kannabrou*, Anm. zu BAG AP TVG § 3 Nr. 41, S. 25.

63) So im Grundsatz auch *Kannabrou*, in: *Festschrift Kreuz* (2010), S. 198 f.

64) *Bepfl*, *ArbUR* 2010, 234, 241.

65) Keine grundsätzlichen Bedenken bei *Thüsing/Braun/Mengel/Bug* (Fn. 27), Kap. 5, Stichwort: Differenzierungsklausel, Rn. 9.

Eine solche Konstellation fällt völlig aus den informellen Verhaltensregeln heraus, die die Tarifpolitik in Deutschland prägen. Gerade beim Firmentarif bedarf die Gewerkschaft immer auch der Unterstützung durch die Nichtmitglieder, weshalb eine solche Regelung in der Praxis schwer vorstellbar ist. Will man den Fall gewissermaßen „auf Vorrat“ lösen, so müsste man wohl die negative Koalitionsfreiheit als verletzt ansehen, weil nicht mehr ein bloßer „Anreiz“ zum Gewerkschaftsbeitritt vorläge, sondern von einem entsprechenden „Zwang“ die Rede sein müsste. Wäre die Regelung so beschaffen, dass allein auf die in der Vergangenheit liegende Mitgliedschaft abgestellt würde, ginge es in der Sache um ein bisher kaum diskutiertes Verteilungsproblem: Es ausschließlich zu Lasten der Außenseiter zu lösen, würde mit hinreichender Sicherheit nicht die Zustimmung der Arbeitsgerichte finden. Ähnliches gilt für den Fall, dass ausschließlich die Organisierten von notwendig werdenden Kündigungen ausgeschlossen werden; dies läuft in gewisser Weise auf einen „union shop“ hinaus, der als unvereinbar mit unserem Respekt vor dem „Fernbleiberecht“ angesehen wird⁶⁶.

8. Anschlussstarife

Kann eine andere Gewerkschaft einen Anschlussstarif schließen, in dem sie ihren Mitgliedern dieselben Rechte verschafft, wie sie im ursprünglichen Tarif für die Mitglieder der dortigen Tarifpartei vorgesehen sind? Die Frage ähnelt der nach den Bezugnahmeklauseln. Der pauschale Verweis auf den andern Tarifvertrag genügt nicht, da dadurch das fehlende Tatbestandsmerkmal „Mitgliedschaft in der Gewerkschaft X“ nicht ersetzt wird⁶⁷. Eine ausdrückliche Gleichstellung auch in diesem Punkt ist allerdings möglich, da man der anderen Gewerkschaft schwerlich verbieten kann, entsprechende Rechte für ihre Mitglieder zu vereinbaren und dies auch durch eine entsprechende Formulierung im Anschlussstarif möglich sein muss. Wer zuerst und damit aus eigener Kraft die Regelung erreicht hat, wird dies als wichtiges Argument im Rahmen des Gewerkschaftswettbewerbs verwenden, zumal sich die zweite Organisation nicht etwa rühmen darf, die Regelung selbst erreicht zu haben⁶⁸.

IV. Die Spannen- oder Abstandsklausel

1. Die aktuelle Rechtsprechung des BAG

Am 23. 3. 2011 hatte das BAG über die Zulässigkeit der sog. Spannenklausel zu entscheiden⁶⁹. Es ging um einen Firmentarif mit der Gewerkschaft *ver.di*, der eine „Erholungsbeihilfe“ über 260 Euro pro Jahr ausschließlich für Gewerkschaftsmitglieder vorsah. Um den Arbeitgeber daran zu hindern, diese Regelung durch Zahlungen an Nicht- oder Andersorganisierte zu unterlaufen, waren in einem solchen Fall die zusätzlichen Leistungen auch an *ver.di*-Mitglieder zu erbringen, wobei der mit ihnen verfolgte Zweck keine Rolle spielen sollte⁷⁰. Auf diese Weise wäre der Abstand Mitglieder – Un- oder Andersorganisierte wiederhergestellt gewesen. Das BAG erklärte die Klausel für unzulässig, weil die Tarifmacht überschritten sei. Das Arbeitsverhältnis zwischen dem Arbeitgeber und den Nichtmitgliedern werde inhaltlich gestaltet, da eine vertragliche Gleichstellung mit den Organisierten „rechtlich-logisch“ unmöglich gemacht werde⁷¹. Dies stelle einen Eingriff in die Vertragsfreiheit dar. Würde im Arbeitsvertrag in vollem Umfang auf den Tarif verwiesen, ergäbe sich zudem eine unendliche Schraube nach oben, da in jeder neuen logischen Sekunde eine erneute Erhöhung erfolgen müsse⁷². Auf den Umfang der Sonderleistung für Gewerkschaftsmitglieder komme es nicht an; auch stelle sich das Problem eines Eingriffs in die negative Koalitionsfreiheit nicht⁷³. Der Beschluss des Großen Senats vom 29. 11. 1967⁷⁴ wurde deshalb mit keinem Wort erwähnt; angesichts des identischen Ergebnisses und der völlig

anderen Begründung schien eine Vorlage auch nicht geboten zu sein.

2. Kritik

a) Keine normative Wirkung

Die Entscheidung überzeugt nur auf den ersten Blick. Richtig ist, dass eine Gleichstellungsabrede im Grundsatz nicht mehr möglich ist, doch beruht dies nicht auf einer normativen Gestaltung des Arbeitsverhältnisses und damit auf einer Überschreitung der Tarifmacht⁷⁵. Vielmehr werden nur Rahmenbedingungen geschaffen, wie sie an vielen Stellen in der Rechtsordnung anzutreffen sind. Dies veranschaulicht schon die Vorschrift des § 137 Satz 2 BGB, die ausdrücklich Verpflichtungen zulässt, über einen Gegenstand nicht oder nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen zu verfügen und die damit Bindungen in Bezug auf Dritte schafft⁷⁶. Im Einzelnen sprechen gegen das BAG insbesondere zwei Erwägungen.

b) Vertragsfreiheit wird nicht tangiert

Zunächst lässt sich einwenden, dass die Vertragsfreiheit von Arbeitgeber und Außenseiter in Wahrheit gar nicht berührt ist.

Was den Außenseiter betrifft, so geht auch das BAG davon aus, dass eine bloße Individualabrede den von ihm beschriebenen Anhebungsmechanismus nicht auslöse⁷⁷. Vielmehr müsse es sich um eine kollektive Regelung nach Art einer Gesamtzusage, einer betrieblichen Übung oder einer einheitsvertraglichen Regelung handeln. Auch die Literatur ist dieser Auffassung⁷⁸. Dem einzelnen nichtorganisierten Arbeitnehmer bleibt somit die Möglichkeit, mit einem Gleichstellungswunsch an den Arbeitgeber heranzutreten; dieser geht seinerseits kein Risiko ein, wenn er eine entsprechende Abmachung aushandelt⁷⁹. Auf kollektive Regelungen hat der Einzelne jedoch sowieso keinen Einfluss. Sie kommen normalerweise auf Initiative des Arbeitgebers zustande; insoweit fehlt es an einem Eingriff in die Vertragsfreiheit⁸⁰.

Was die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers angeht, so hat er bei Abschluss des (im vorliegenden Zusammenhang typischen) Firmentarifs von seiner Privatautonomie Gebrauch gemacht und sich in der Weise gebunden, dass er Außenseiter nicht gleichstellen will. Dies darf man nicht in der Weise undefinieren, dass man einen Eingriff in seine Vertragsfreiheit daraus macht⁸¹. Seine Entscheidung ist einem in § 137 Satz 2 BGB erwähnten Vertrag vergleichbar, in Zukunft über einen bestimmten Gegenstand keine Verfügung zu treffen. Dies ist als seine Entscheidung zu respektieren. Auch hat er keinerlei Veranlassung, eine qualifizierte Verweisung auf den Tarif zu vereinbaren und auf diese Weise eine „Kettenreaktion nach oben“

66) Vgl. Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen (Fn. 36), § 3 Rn. 240; ErfK/Dieterich (Fn. 17), Art. 9 GG, Rn. 34; Gamillscheg, NZA 2005, 146, 150; Leydecker, ArbuR 2009, 338, 340; Neumann (Fn. 12), S. 171.

67) Ebenso Kocher, NZA 2009, 119, 122; Leydecker, ArbuR 2009, 338, 341; Ulber/Strauß, DB 2008, 1970, 1972.

68) Vgl. BAG v. 31. 5. 2005 – 1 AZR 141/04, AP GG Art. 9 Nr. 124, Bl. 4.

69) BAG v. 23. 3. 2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920.

70) BAG v. 23. 3. 2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920, Rn. 27, 30.

71) BAG v. 23. 3. 2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920, Rn. 43, 48.

72) BAG v. 23. 3. 2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920, Rn. 53.

73) BAG v. 23. 3. 2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920, Rn. 57.

74) BAG v. 29. 11. 1967 – GS 1/67, AP GG Art. 9 Nr. 13.

75) Schmalz, AiB 2011, 438, 440; Däubler/Hensche/Heuschmid (Fn. 2), § 1 Rn. 998.

76) Däubler/Hensche/Heuschmid (Fn. 2), § 1 Rn. 1011.

77) BAG v. 23. 3. 2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920, Rn. 31 ff.

78) Neumann (Fn. 12), S. 63 ff., 159; Leydecker, Der Tarifvertrag als exklusives Gut, 2005, S. 171 mit eingehenden Nachweisen in Fn. 427.

79) Leydecker (Fn. 78), S. 172.

80) Neumann (Fn. 12), S. 159.

81) Zutreffend Ulber/Strauß, Anm. zu BAG EzA GG Art. 9 Nr. 104, S. 36 ff.

in Gang zu setzen. Warum sollte man ihn gegen derartige Unvernunft in besonderer Weise schützen?

(c) *Hilfsweise: Kein Vorrang der Individualvertragsfreiheit*

Betrachtet man die „kollektiven“ Regelungen entgegen dem hier Gesagten mit dem BAG als Ausdruck der Vertragsfreiheit, so stellt sich automatisch die Frage, weshalb den Tarifparteien insoweit jeder faktische „Eingriff“ versagt sein soll. Womit rechtfertigt es sich, der Vertragsfreiheit absoluten Vorrang einzuräumen⁸²? Dies läuft darauf hinaus, dass normale zivil- oder arbeitsrechtliche Verträge, die nicht den Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG genießen, eine weitergehende Wirkung als ein Tarifvertrag entfalten können. Nach § 60 HGB unterliegen Beschäftigte beispielsweise einem Wettbewerbsverbot, das ersichtlich von niemandem in Frage gestellt wird. Möchte ein Dritter gerne mit einem Arbeitnehmer kontrahieren, weil er beispielsweise dessen Spezialkenntnisse schätzt, so wird er faktisch an einem solchen Vertragsabschluss durch § 60 HGB und die Bindung des Beschäftigten an den bisherigen Arbeitgeber gehindert⁸³. Auch in anderen Zusammenhängen kann es dem Arbeitnehmer faktisch unmöglich sein, seine Arbeitskraft zu ihrem „Marktwert“ zu verkaufen, weil beispielsweise ein Arbeitgeber Wert legt oder weil er sich seiner Bank gegenüber verpflichtet hat, bei den Personalkosten Einsparungen vorzunehmen. Auch Zuwendungsgeber verlangen häufig, dass die Beschäftigung zu bestimmten Bedingungen erfolgen muss. Entgegen Hartmann/Lobinger⁸⁴ gibt es nirgendwo einen verbindlichen Rechrsatz, dass die Chance, einen Vertrag abzuschließen, der den eigenen „Marktwert“ wiedergibt, nicht beeinträchtigt werden darf. Weder die Gütermärkte noch erst recht der Arbeitsmarkt sind rechtlich verbindlich nach dem Modell des vollständigen Wettbewerbs strukturiert. Wie weit faktische Einschränkungen gehen dürfen, ist deshalb letztlich eine Frage des Grundrechtsschutzes.

3. *Spannenklausel als Selbstverteidigungsmaßnahme*
a) *Verankerung in Art. 9 Abs. 3 GG*

Nach welchen Gesichtspunkten bestimmt sich nun aber die Zulässigkeit einer Spannen- oder Abstandsklausel? Ausgangspunkt muss zunächst die Tatsache sein, dass es sich um eine Regelung handelt, die von ihrem Gegenstand her den „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ zuzurechnen ist, weil es um arbeitsbezogene Leistungen des Arbeitgebers geht. Auch hat die spezifische Ausgestaltung der Erholungsbeihilfe den Sinn, für die Gewerkschaft zu werben, d. h. einen Anreiz zu schaffen, ihr beizutreten oder jedenfalls in ihr zu verbleiben. Damit handelt es sich um eine konditionsspezifische Tätigkeit im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG⁸⁵. Inhaltlich geht es darum, eine gewisse Kraft Gesetzes, d. h. nach §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG bestehende Rechtslage gegen eine Unterlaufen durch Bezugsnahmeklauseln abzusichern. Es geht also um eine typische „Selbstverteidigungsmaßnahme“⁸⁶, die ihre Rechtfertigung ausschließlich in Art. 9 Abs. 3 GG findet. Sie hat schonenden Charakter gegenüber den Grundrechten Dritter, da der Arbeitgeber nur etwas verspricht, was er in völlig legaler Weise auch aus eigenem Antrieb tun könnte⁸⁷. Dies ist beim Firmentarif evident, gilt jedoch in gleicher Weise auch beim Verbandstarif.

b) *Schranken aus der negativen Koalitionsfreiheit*

Nun dürfen auch Selbstverteidigungsmaßnahmen nicht beliebig weit gehen, sondern müssen die Grundrechte Dritter achten. Dass die in Art. 2 Abs. 1 GG mitgeratene Vertragsfreiheit des Arbeitgebers wie die des Außenseiters nicht verletzt sind, ist bereits dargelegt worden. Denkbar ist jedoch, dass im Einzelfall in die negative Koalitionsfreiheit eingegriffen wird. Ohne dass es letztlich darauf ankäme, ob sie in Art. 9 Abs. 3,

in Art. 9 Abs. 1 oder in Art. 2 Abs. 1 GG verankert ist⁸⁸, ist man sich einig, dass sie auch gegen tatsächliche Zwänge schützt⁸⁹. Unproblematisch ist ein bloßer „Anreiz“ zum Gewerkschaftsbeitritt, ebenso ein „leiser“, milder⁹⁰ „Druck“. Ebenso klar ist, dass ein „Zwang“, der den freien Willen beeinträchtigt, wenngleich solche Situationen schwer vorstellbar sind und auch in der Literatur bisher nicht benannt wurden. Am einleuchtendsten ist die Formulierung, die „schlechtesterstellung“ gegenüber den Gewerkschaftsmitgliedern dürfte nicht so weit gehen, dass auch angesichts politischer Bedenken kein vernünftiger Mensch auf einen Gewerkschaftsbeitritt verzichten⁹². Unbedenklich ist es deshalb, wenn die Differenz des Gewerkschaftsbeitrags ausmacht⁹³; die Außenseiter sind dann so gestellt wie bisher die Gewerkschaftsmitglieder, da sie effektiv mit einem Prozent belastet werden⁹⁴. Auch wenn man diesen Betrag noch einmal verdoppelt, ist die geschilderte Situation eines „Beitrittszwangs für jeden Vernünftigen“ noch lange nicht erreicht⁹⁵. Davon könnte jedoch die Rede sein, wenn die Gewerkschaftsmitglieder ein Drittel mehr als die übrigen verdienen würden – eine Situation, die in absehbarer Zeit allenfalls eine Lehrbuchexistenz fristen wird.

(c) *Schranken aus der positiven Koalitionsfreiheit Andersorganisterei*

Es bleibt die Frage, wie sich eine Abstandsklausel gegenüber der positiven Koalitionsfreiheit einer konkurrierenden gewerkschaftlichen Organisation verhält. Gelingt es einer Gewerkschaft, besondere Rechte ausschließlich für ihre Mitglieder zu erreichen, so liegt darin kein Eingriff in die Berufungsfreiheit einer konkurrierenden Koalition, auch wenn diese keine vergleichbare Abmachung erreichen kann⁹⁶. Kann sich der Arbeitgeber aber hinaus verpflichten, einen Abstand zu halten, also beispielsweise nicht dieselbe Lohnhöhe zu vereinbaren und – wenn ihm dies misslingt – die Tarifhöhe entsprechend zu erhöhen? Ob sich der Arbeitgeber entschließt, bestimmte Abmachungen „unter keinen Umständen“ zu treffen, ist allein seiner freien Entscheidung überlassen; dies ist Ende der 1970er Jahre unter dem Stichwort des „Tabukatalogs“⁹⁷ erörtert worden. Niemand kann ihm deshalb verbieten, sich zu einem solchen Verhalten auch zu verpflichten. Allerdings geht er dabei in der Tat das Risiko ein, dass er sich nicht in vollem Umfang durchsetzen kann, sodass tatsächlich eine Erhöhung

82) Rückzug Ulber/Strauß, Aam. zu BAG EZA Art. 9 Nr. 104, S. 44.
83) Vgl. Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen (Fn. 36), § 3 Rn. 212.
84) Hartmann/Lobinger, NZA 2010, 421, 423.
85) Ebbens Jacobs, in: Festschrift Bauer (2010), S. 479, 486; Neumann (Fn. 12), S. 63ff.; Ulber/Strauß, DB 2008, 1971 und Aam. zu BAG EZA Art. 9 Nr. 104, S. 44.
86) Dazu oben II.
87) Thüsing/Braun/Mengel/Burg (Fn. 27), Kap. 5, Sachwort: Differenzierungsklauseln, Rn. 17; Ulber/Strauß, DB 2008, 1970, 1973 und Aam. zu BAG EZA Art. 9 Nr. 104, S. 38f.; s. auch Däubler/Hensche/Henschmid (Fn. 2), § 1 Rn. 1011.
88) Zur Kontroverse um die normative Verankerung s. Borchard, Verfassungserrechtliche und eintragungserrechtliche Grenzen tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln, 2009, S. 34ff. Zu früheren Diskussionen s. Däubler, in: Däubler/Mayer-Maly, Negative Koalitionsfreiheit, 1971.
89) S. statt aller Kocher, NZA 2009, 119, 121.
90) So die Formulierung bei Gamillscheg, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, 1966, Zur aktuellen Diskussion s. Kempen/Zachert/Wendling-Schneider (Fn. 6), § 3 Rn. 250.
91) Jacobs, in: Festschrift Bauer (2010), S. 488.
92) Kocher, NZA 2009, 119, 121; Ulber/Strauß, DB 2008, 1970, 1974.
93) Borch-Hetzmann/Crisis, NZA-RR 2011, 505, 507; Däubler/Henschmid/Hensche/Henschmid (Fn. 2), § 1 Rn. 1010; Kamannabrou, in: Festschrift Kreuz (Fn. 12), S. 166.
94) Borch-Hetzmann/Crisis, NZA-RR 2011, 505, 507.
95) Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen (Fn. 36), § 3 Rn. 238) waren zu Recht davor, durch die Anknüpfung an den Gewerkschaftsbeitritt über symbolische Beträge nicht hinauszukommen.
96) LAG Köln v. 17. 1. 2008 – 6 Sa 1354/07, DB 2008, 1979.

eintritt, doch ist dies letztlich seine Entscheidung und verletzt keine Grundrechte Dritter. In gewisser Weise vergleichbar ist eine solche Abmachung mit einer „Meistbegünstigungsklausel“, mit der sich der Arbeitgeber verpflichtet, im Falle des Abschlusses eines günstigeren Tarifvertrages mit einer anderen Gewerkschaft die dort vorgesehenen Bedingungen auch der Gewerkschaft anzubieten, die den ersten Tarifvertrag abgeschlossen hat⁹⁷. Dass in beiden Fällen die Verhandlungsposition des Arbeitgebers in Tarifverhandlungen mit Dritten beeinflusst wird, ist eine selbstverständliche Begleiterscheinung jedes Vertragssystems. Der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG wäre erst dann erreicht, wenn sich der Arbeitgeber verpflichten würde, mit einer anderen Gewerkschaft keinen Tarifvertrag abzuschließen⁹⁸, doch könnte man auch insoweit zweifeln, da es allein im freien Belieben des Arbeitgebers liegt, ob und mit wem er Tarifverhandlungen führen will⁹⁹.

V. Die Tarifausschlussklausel

Denkbar ist weiter eine Tarifklausel, die dem Arbeitgeber verbietet, eine bestimmte Leistung an andere Arbeitnehmer als an Gewerkschaftsmitglieder zu gewähren. Sie hat in der Praxis – soweit ersichtlich – zu keiner Zeit wesentliche Bedeutung erlangt, was damit zusammenhängen mag, dass sich leicht eine „Ersatzleistung“ finden lässt, die den Exklusivitätsanspruch unterläuft.

Nach ganz herrschender Auffassung ist die Tarifausschlussklausel nur als schuldrechtliche möglich¹⁰⁰. Eine „negative Inhaltsnorm“, die den Arbeitgeber verpflichtet, bestimmte Leistungen nicht an Dritte zu gewähren, soll angeblich wegen fehlenden Bezugs auf das geregelte Arbeitsverhältnis unzulässig sein¹⁰¹. Anders als die Spannen- oder Abstandsklausel erfasst sie nicht nur kollektive Regelungen, sondern auch individuelle Abmachungen mit Außenseitern¹⁰²; sodass diese in stärkerem Maße betroffen sind. Auf der anderen Seite sind Arbeitsverträge, die sich über die Bindung hinwegsetzen, als solche gültig¹⁰³. Da ein Schadensersatzanspruch in vieler Hinsicht problematisch erscheint, müsste man für Fälle der Zuwiderhandlung eine Vertragsstrafe zugunsten einer gemeinnützigen Organisation vereinbaren¹⁰⁴.

Die inhaltliche Zulässigkeit bestimmt sich nach denselben Grundsätzen, die oben für die Spannen- oder Abstandsklauseln entwickelt wurden. Es entfällt lediglich das Argument, wegen der Möglichkeit von Individualvereinbarungen sei die Vertragsfreiheit nicht betroffen. Auf der anderen Seite hat das BAG zu erkennen gegeben, schuldrechtliche Außenseiterklauseln ggf. für zulässig zu erklären, weil sie keine normative Wirkung auf Außenseiter entfalten würden¹⁰⁵. Dies ist nur von seinem spezifischen Ausgangspunkt her verständlich, wonach die Spannenklausel zu einer unmittelbaren Gestaltung des Arbeitsverhältnisses von Außenseitern führt.

VI. Alternative Gestaltungsmöglichkeiten

Scheuen die Beteiligten die rechtlichen Risiken, die mit einer Spannenklausel und in gewissem Umfang auch mit einer einfachen Differenzierungsklausel verbunden sind, so kommt eine Vereinbarung in Betracht, die den Arbeitgeber zur Zahlung einer bestimmten Summe an eine Einrichtung verpflichtet, die das Geld dann ausschließlich an Gewerkschaftsmitglieder weiterleitet. Dies kann die Gewerkschaft selbst sein, die insoweit als „Zahlstelle“ fungiert, aber auch ein ihr nahe stehender gemeinnütziger Verein oder eine Stiftung. Eine entsprechende Abmachung wurde bei der *Telekom AG* getroffen¹⁰⁶; in der Praxis soll verstärkt von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht werden¹⁰⁷. Eine solche Gestaltung hat den Vorzug, dass die Mitgliedschaft in der Gewerkschaft dem Arbeitgeber gegenüber nicht aufgedeckt werden muss, was in vielen Fällen nicht oder ungern geschehen würde¹⁰⁸.

Die rechtliche Zulässigkeit wird im Allgemeinen bejaht¹⁰⁹. Da die Gewerkschaft die Mittel nicht zu ihrer freien Verfügung bekommt, sondern sie an ihre Mitglieder weiterleiten muss, ist ihre Gegnerunabhängigkeit nicht gefährdet¹¹⁰. Das Betätigungsrecht einer weniger erfolgreichen Konkurrenzgewerkschaft ist nicht beeinträchtigt¹¹¹, ebenso wenig können sich die Außenseiter beklagen, dass sie nicht wie Gewerkschaftsmitglieder behandelt werden. Ein Bezug zum Arbeitsverhältnis ist nur mittelbar gegeben, sodass auch ein „Übergreifen“ auf das Arbeitsverhältnis von Außenseitern im Sinne der neueren Rechtsprechung des BAG nicht in Betracht kommt. Die Grundsätze des Großen Senats von 1967 anzuwenden¹¹², erscheint angesichts ihrer Nichtberücksichtigung bzw. Nichterwähnung in den neueren Entscheidungen eher fernliegend. Auch wird man der üblichen arbeitsvertraglichen Bezugnahme keine höhere Bedeutung als bei der einfachen Differenzierungsklausel beimessen können¹¹³.

Einen weiteren Weg bietet die Gemeinsame Einrichtung nach § 4 Abs. 2 TVG¹¹⁴. Von den auf sie bezogenen Tarifnormen werden nur die Organisierten erfasst; insoweit bestehen keine Besonderheiten im Vergleich zu Inhalts-, Abschluss- oder Beendigungsnormen. Eine Besonderheit existiert jedoch insoweit, als arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln nicht zu einer Leistungspflicht der Gemeinsamen Einrichtung gegenüber Außenseitern führen können, da dies auf einen Vertrag zu Lasten Dritter hinauslaufen würde¹¹⁵. Möglich ist daher, z. B. einen eingetragenen Verein zur Gemeinsamen Einrichtung zu machen und die Mitgliedschaft auf die in der tarifschließenden Gewerkschaft Organisierten zu beschränken¹¹⁶. Die Leistungen würden dann gleichfalls nur die Mitglieder erhalten¹¹⁷. Eine Kollision mit den Grundsätzen der neueren BAG-Rechtsprechung würde nicht entstehen, doch besteht ein „Restrisiko“.

97) Zur Zulässigkeit der Meistbegünstigungsklausel bejahend ArbG Berlin v. 4. 1. 2008 – 91 Ca 7826/07 – BeckRS 2008, 56291; *Hanau*, ZTR 2008, 234; *Däubler/Reim/Ahrendt* (Fn. 2), § 1 Rn. 1073; *Wäas*, ZTR 2000, 341, 346; a. A. *Franzen*, RdA 2008, 193, 199; *Löwisch/Rieble* (Fn. 49), § 1 Rn. 77.

98) *Däubler/Reim/Ahrendt* (Fn. 2), § 1 Rn. 1073.

99) BAG v. 2. 8. 1963 – 1 AZR 9/63, AP GG Art. 9 Nr. 5 = NJW 1963, 2289.

100) *Däubler/Hensch/Huschmid* (Fn. 2), § 1 Rn. 986; *Kamanabrou*, in: *Festschrift Kreuz* (2010), S. 200; *Thüsing/Braun/Mengel/Burg* (Fn. 27), Kap. 5, Stichwort: Differenzierungsklauseln, Rn. 6; *Neumann* (Fn. 12), S. 93.

101) *Neumann* (Fn. 12), S. 93 f.

102) *Neumann* (Fn. 12), S. 160.

103) *Brecht-Heitzmann/Gröls*, NZA-RR 2011, 505, 508; *Kamanabrou*, in: *Festschrift Kreuz* (2010), S. 201; *Kocher*, NZA 2009, 117, 123.

104) So der Vorschlag von *Brecht-Heitzmann/Gröls*, NZA-RR 2011, 505, 508.

105) BAG v. 23. 3. 2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920, Rn. 42: „Außenseiterklauseln, d. h. tarifliche Regelungen, die nicht tarifunterworfenen Arbeitnehmer betreffen, sind daher – außerhalb von § 3 Abs. 2 TVG – allenfalls als schuldrechtliche Vereinbarungen zulässig, weil sich die Normsetzungsmacht nur auf die Gewerkschaftsmitglieder beschränkt“.

106) S. den Sachverhalt in LAG Köln v. 17. 1. 2008 – 6 Sa 1354/07, DB 2008, 1979.

107) *Kocher*, NZA 2009, 120.

108) *Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen* (Fn. 36), § 3 Rn. 244.

109) *Franzen*, RdA 2006, 1, 7; *Gamillscheg*, NZA 2005, 146, 150; *Däubler/Hensch/Huschmid* (Fn. 2), § 1 Rn. 1012 ff.; *Thüsing/Braun/Mengel/Burg* (Fn. 27), Kap. 5, Stichwort: Differenzierungsklauseln, Rn. 19.

110) *Franzen*, RdA 2006, 1, 7.

111) LAG Köln v. 17. 1. 2008 – 6 Sa 1354/07, DB 2008, 1979.

112) Erwogen von LAG Köln v. 17. 1. 2008 – 6 Sa 1354/07, DB 2008, 1979, 1980.

113) Dazu oben III. 4.

114) *Bauer/Arnold*, NZA 2011, 945, 949; *Gamillscheg* (Fn. 4), S. 356 f. (mit Beispielen aus der Praxis); *Däubler/Hensch/Huschmid* (Fn. 2), § 1 Rn. 1015.

115) *Thüsing/v. Hoff*, ZfA 2008, 77, 98.

116) So der Fall LAG Hamm v. 11. 1. 1994 – 11 Sa 979/93, LAGE TVG § 4 Nr. 4.

117) Zur Frage der Allgemeinverbindlichkeit s. *Däubler/Hensch/Huschmid* (Fn. 2), § 1 Rn. 1016.

das ein den Tarifparteien wenig wohl gesonnener Richter auf die Grundsätze des Großen Senats zurückgreift, die am Beispiel einer als Gemeinsame Einrichtung geschaffenen Urnabstimmungsklauseln ist Bewegung gekommen. Auslöser waren Samierungsklauseln, bei denen Gewerkschaftsmitgliedern ein geringeres Opfer als den übrigen zugemutet wurde. Das BAG ist etwas aufgeschlossener als vor 45 Jahren. Den Gewerkschaften werden tarifpolitische Mittel gestattet, die einen Beitrag attraktiver machen und so der Mitgliedererosion entgegenwirken können. Freilich hat die Aufgeschlossenseinheit ihre schnell erreichten Grenzen; der Außensteher wird weiter gepflegt, als müsste er unter Artenschutz gestellt werden. Seine Arbeitsvertragsfreiheit wird von Rechtsprechung und Lehre mit großem Ernüchterungsreichtum hoch gehalten, obwohl sie so gut wie nie Realitätsgehalt gewinnt, also Einfluss auf den Inhalt der Vereinbarung eröffnet. Man stelle sich einen Aufsichtsratsbeschluss vor, der festlegt, der jeweilige Vorstandsvorsitzende müsse im Jahr 100 000 Euro mehr verdienen als ein einfaches Vorstandsmitglied. Würde es wirklich Leute geben, die sich wegen einer solchen „Spannenklausel“ erregen? Bisweilen gewinnt man den Eindruck, hinter vielen Gedankengebäuden verberge sich eine heimliche Freude an schwachen Gewerkschaften. Es wäre schön, könnte dieser Verdacht in absehbarer Zeit ausgeräumt werden.

VII. Fazit

In die Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Differenzierungsklauseln ist Bewegung gekommen. Auslöser waren Samierungsklauseln, bei denen Gewerkschaftsmitgliedern ein geringeres Opfer als den übrigen zugemutet wurde. Das BAG ist etwas aufgeschlossener als vor 45 Jahren. Den Gewerkschaften werden tarifpolitische Mittel gestattet, die einen Beitrag attraktiver machen und so der Mitgliedererosion entgegenwirken können. Freilich hat die Aufgeschlossenseinheit ihre schnell erreichten Grenzen; der Außensteher wird weiter gepflegt, als müsste er unter Artenschutz gestellt werden. Seine Arbeitsvertragsfreiheit wird von Rechtsprechung und Lehre mit großem Ernüchterungsreichtum hoch gehalten, obwohl sie so gut wie nie Realitätsgehalt gewinnt, also Einfluss auf den Inhalt der Vereinbarung eröffnet. Man stelle sich einen Aufsichtsratsbeschluss vor, der festlegt, der jeweilige Vorstandsvorsitzende müsse im Jahr 100 000 Euro mehr verdienen als ein einfaches Vorstandsmitglied. Würde es wirklich Leute geben, die sich wegen einer solchen „Spannenklausel“ erregen? Bisweilen gewinnt man den Eindruck, hinter vielen Gedankengebäuden verberge sich eine heimliche Freude an schwachen Gewerkschaften. Es wäre schön, könnte dieser Verdacht in absehbarer Zeit ausgeräumt werden.

I. Einleitung

Auf ein bemerkenswert vielschichtiges Problemgeflecht im Grenzgebiet zwischen allgemeinem Leistungsstrafrecht und Arbeitsrecht stößt man, wenn man die Auswirkungen einer partiiellen oder vollständigen Leistungshinderung des Arbeitnehmers auf Direktionsrecht und Vergütungsanspruch in den Blick nimmt. Den damit angesprochenen Konstellationen ist gemeinsam, dass der Arbeitnehmer zumindest einen Teil der arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeiten entweder nicht mehr erbringen kann (Unmöglichkeit, § 275 Abs. 1 BGB) oder in wirksamer Weise von einem ihm zustehenden Leistungsanspruch Gebrauch gemacht hat (ideelle Unzumutbarkeit¹, insbes. § 275 Abs. 3 BGB). Die praktisch häufigste Situation ist die krankheitsbedingte Leistungsstörung; hier wird die Problematik unter dem Stichwort der „Zuweisung eines leidensgerechten Arbeitsplatzes“² diskutiert. Parallel Probleme stellen sich beispielsweise, wenn das Gewissen dem Arbeitnehmer einen Teil der vertraglich geschuldeten Leistung verbietet³ oder einem Lkw-Fahrer der Führerschein entzogen wird⁴. In der Rechtsprechung werden diese Konstellationen nicht immer hinreichend harmonisiert gelöst (s. u. II.). Zwischen

Direktionsrecht und Direktionspflicht, Schadensersatz und Annahmeverzug bei Leistungshinderung des Arbeitnehmers

Professor Dr. Stefan Greiner, Bonn

118) *Bauer/Arnold*, NZA 2011, 945f.

unterschiedlichen Fällen der Leistungshinderung bestehen deutliche Konstruktionsunterschiede. Ebenso werden gleiche Rechtsfragen aus kündigung- und leistungsstrafrechtlichen Blickwinkeln divergent gelöst. Insofern ist eine übergreifende Gesamtschau auf die Problematik erforderlich. In anderer Hinsicht ist – jedenfalls im Ausgangspunkt – deutlich zu differenzieren: So scheint sich die rechtliche Beurteilung gravierend zu ändern, wenn der Arbeitgeber in Reaktion auf die Leistungsstörung eine Kündigung ausgesprochen hat. Im gekündigten Arbeitsverhältnis kommen speziell kündigungstechnische Prinzipien zur Anwendung: So folgt die Pflicht zur Weiterbeschäftigung auf einem leidensgerechten – oder allenfalls gemeinsamen – mit dem Leistungshindernden kompatiblen Arbeitsplatz aus der speziell kündigungstechnischen Kategorie der Verhältnismäßigkeit, des *Ultima-Ratio-Prinzips*, das insofern in § 1 Abs. 2 Sätze 2, 3 KSchG Niederschlag gefunden hat⁵.

Ob auch im ungekündigten Arbeitsverhältnis eine Pflicht zur Zuweisung der Alternativmöglichkeit besteht, ist eine davon zu trennende Frage, der nachzugehen sein wird. Bereits hier sei darauf hingewiesen, dass sich die im Ansatz gebotene Unterscheidung von leistungsstrafrechtlicher und kündigungstechnischer Betrachtungsweise nicht sauber durchhalten lässt, da die Pflichtensstruktur auch im ungekündigten Arbeitsverhältnis immer „vom Ende her“ gedacht werden muss. Insbesondere die Reichweite von Nebenpflichten gegenüber dem Vertragspartner wird entscheidend durch die drohende Alternativart einer Vertragsbeendigung beeinflusst. Im ungekündigten Arbeitsverhältnis versagt jedoch zumindest ein unmittelbarer Rückgriff auf kündigungstechnische Kategorien. Ob der Arbeitgeber die Zuweisung eines mit dem Leistungshindernden kompatiblen Arbeitsplatzes schuldet, ist in erster Linie eine Frage der Billigkeitskontrolle des Direktionsrechts nach § 106 Satz 1 GewO und der Pflichtensstruktur im Arbeitsverhältnis. Insbesondere ist dabei zu beantworten, ob der Arbeitgeber zur erneuten Direktionsrechtsausübung unter Rücksichtnahme auf das Leistungshindernis und ggf. sogar zum Abschluss eines Änderungsvertrags verpflichtet ist⁶.

Im Folgenden soll unter II. zunächst dargestellt werden, dass der Meinungsstand in der Rechtsprechung erheblichen Veränderungen unterworfen und nach wie vor überraschend uneinheitlich ist. Namentlich wird dabei auf eine bislang kaum wahrgenommene Kontroverse zwischen dem Zweiten und Fünften Senat eingegangen sein. Im Folgenden wird unter III. strukturiert eine eigene Position erarbeitet. Keine verteilte Berücksichtigung findet im Rahmen des vorliegenden Beitrags die sozialrechtlich überlagerte Situation bei schwerbehinderten Arbeitnehmern⁷.

II. Entwicklungstendenzen in Rechtsprechung und Literatur

1. Teilweise und vollständige Leistungshinderung

Im Ausgangspunkt sind zwei Konstellationen zu unterscheiden: Zum einen kann sich das Leistungshindernis nur auf einen

1) Zur Abgrenzung ggü. der Unmöglichkeit *Greiner*, *Ideelle Unzumutbarkeit*, 2004, S. 364 ff.
 2) *Exemplarisch* BAG v. 19. 5. 2010 – 5 AZR 162/09, NZA 2010, 1119.
 3) Dazu zuletzt BAG v. 24. 2. 2011 – 2 AZR 636/09, AP GG Art. 4 Nr. 9.
 4) BAG v. 18. 12. 1986 – 2 AZR 34/86, AP BGB § 297 Nr. 2.
 5) Grundlegend BAG v. 30. 5. 1978 – 2 AZR 630/76, AP BGB § 626 Nr. 70; vgl. weiterhin *AP/Preis*, 4. Aufl. 2012, Grundlagen H Rn. 55 ff.
 6) *MitnchkommBGB/Hergendler*, 5. Aufl. 2009, § 1 KSchG, Rn. 98.
 7) *Behandlung etwa* BAG v. 27. 8. 2008 – 5 AZR 16/08, AP BGB § 615 Nr. 124.
 8) Dazu BAG v. 4. 10. 2005 – 9 AZR 632/04, AP SGB IX § 81 Nr. 9.