Tarifliche Leistungen nur für Gewerkschaftsmitglieder? | Däubler

Professor Dr. Wolfgang Däubler, Bremen*

Tarifliche Leistungen nur für Gewerkschaftsmitglieder?

es ist umstritten, ob die Tarifparteien bestimmte Arbeitgebereistungen den Mitgliedern der tarifschließenden Gewerkschaft vorbehalten dürfen. Nach eingehender Analyse der Grundsatzentscheidung des Großen Senats des BAG (BB 1968, 993) sommt der Verfasser zu dem Ergebnis, dass ein finanzieller Ausgleich für Gewerkschaftsmitglieder grundsätzlich möglich ist. Folgt man den Kritikern des BAG, kann der "Sondervorteil" sogar das Doppelte des Gewerkschaftsbeitrags ausmachen.

Die Problematik

. Ausgangssituation

) Beschränkung der Tarifbindung auf die "Organisierten" nach dem TVG

lach § 3 Abs. 1 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG wirken arifnormen grundsätzlich nur zwischen den Mitgliedern der tarif-hließenden Parteien. Dies gilt jedenfalls für Inhalts-, Abschlussnd Beendigungsnormen. Bei Bestimmungen über betriebliche nd betriebsverfassungsrechtliche Fragen genügt demgegenüber ach § 3 Abs. 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 Satz 2 TVG die Tarifndung des Arbeitgebers.

ei den in der Praxis dominierenden Inhaltsnormen hat der Arbeiteber unter diesen Umständen die Möglichkeit, mit Arbeitnehern, die nicht der tarifschließenden Gewerkschaft angehören, ntertarifliche Bedingungen zu vereinbaren. Gehört er seinerseits im Verband nicht an und hat er auch keinen Firmentarif gehlossen, kann er in den Arbeitsverträgen das Tarifniveau generell nterschreiten. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn der Tarifrirag – was in der Praxis relativ selten vorkommt – für allgemeinrbindlich erklärt wurde.

"Verallgemeinerung" der Tarifbindung durch Erstreckung der Tarifregelungen auf die Außenseiter

jenen Fällen, in denen der Arbeitgeber tarifgebunden ist, werden tariflich festgeschriebenen Bedingungen fast immer auf alle beebsangehörigen Arbeitnehmer ausgedehnt. Von den "Unterbiengsmöglichkeiten" wird kein Gebrauch gemacht; vielmehr wird den Arbeitsverträgen pauschal auf die jeweils geltenden Tarifverge verwiesen. 1 Dies erklärt sich letztlich damit, dass eine alechterstellung der Nichtorganisierten einen erheblichen Anz zum Gewerkschaftsbeitritt darstellen würde; ihn zu schaffen, gt im Regelfall nicht im Interesse des Arbeitgebers. Auch wenn seinerseits nicht an den Tarifvertrag gebunden ist, wird er häufig ifliche Bedingungen zugrunde legen, da andernfalls die Abwanung von Leistungsträgern zu besser bezahlenden Konkurrenten hen kann. Allerdings ist in solchen Fällen auch eine eigenstäne Entgeltpolitik des Unternehmens denkbar, die – verglichen t dem Tarifvertrag - eine größere Lohnspreizung und häufig h zahlreiche ertragsabhängige Entgeltbestandteile vorsieht.

Folge der Tariferstreckung: mangelnder Anreiz zum Eintritt in die Gewerkschaft

noch immer in den allermeisten Betrieben dominierende Ereckung der Tarifverträge auf Nichtorganisierte hat zur Folge, dass diese die tariflichen Leistungen erhalten, ohne dass sie durch Zahlung von Mitgliedsbeiträgen und durch Tätigkeit in der Organisation zum Erreichen des tariflich Festgeschriebenen beigetragen hätten. Dies erscheint ungerecht und hat darüber hinaus die Konsequenz, dass aus der Perspektive des einzelnen Gewerkschaftsmitglieds oder eines Beitrittswilligen kein wirtschaftlicher Grund mehr für die Organisationszugehörigkeit spricht: Dasselbe Entgelt und dieselben Arbeitsbedingungen lassen sich auch ohne Beitragszahlungen und persönliches Engagement erreichen. Hierin wird ein wesentlicher Grund für den Mitgliederrückgang der Gewerkschaften gesehen.²

Tarifliche Gegenstrategien durch Festlegung sog. Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag

Da es dem Arbeitgeber grundsätzlich freisteht, Nichtorganisierte zu untertariflichen Bedingungen zu beschäftigen, stellt sich die Frage, ob sich ein derartiges Verhalten nicht auch durch Tarifvertrag festschreiben lässt. Dies würde bedeuten, dass man bestimmte tarifliche Leistungen zwingend den Organisierten vorbehält. Da in diesen Fällen notwendigerweise zwischen Gewerkschaftsmitgliedern und Nichtorganisierten unterschieden werden muss, ist von einer "Differenzierungsklausel" die Rede. Seit Mitte der 60er Jahre werden entsprechende tarifliche Gestaltungen erörtert, wobei zwischen einfachen und qualifizierten Differenzierungsklauseln unterschieden wird.³

a) Einfache Differenzierungsklauseln

Eine sog. einfache Differenzierungsklausel liegt dann vor, wenn die Organisationszugehörigkeit zur Anspruchsvoraussetzung gemacht wird. Dies kann lediglich deklaratorische Bedeutung in dem Sinne haben, dass die gesetzliche Regelung des § 3 Abs. 1 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG in Erinnerung gerufen wird. Eine Erstreckung auf Nichtorganisierte (sog. Außenseiter) bleibt in solchen Fällen problemlos möglich. In Betracht kommt weiter aber auch eine Klausel mit konstitutivem Charakter, wonach der Anspruch nur entsteht, wenn die betreffende Person der Gewerkschaft angehört. In diesem Fall ist es dem Arbeitgeber zwar nicht verboten, Außenseiter nach Tarif zu behandeln, doch würde eine Allgemeinverbindlicherklärung ins Leere laufen, da sie die fehlende Eigenschaft als Gewerkschaftsmitglied nicht ersetzen könnte.

1 Zur rechtlichen Bedeutung der Bezugnahmeklausel s. zuletzt BAG, BB 2002, 1264 m. BB-Komm. Lambrich = DB 2002, 1005 mit zutreffender krit. Anm. Bayreuther.

Die Zahl der in den DGB-Gewerkschaften organisierten Arbeitnehmer und Beamten fiel von 11 800 412 im Jahr 1991 über 10 290 192 im Jahr 1993 auf 8 972 672 im Jahr 1996 und 8 310 783 im Jahre 1998 (Angaben nach: Statistisches Jahrbuch, 1994, S. 762; Statistisches Jahrbuch, 2002, S. 732).

3 Dazu im Einzelnen Dorndorf, AuR 1988, 1.

Der Autor ist Lehrstuhlinhaber für deutsches und europäisches Arbeitsrecht, Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht an der Universität Bremen. Der Beitrag beruht auf einem Rechtsgutachten, das der Gewerkschaft ver.di erstattet wurde. Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. XII.

Däubler | Tarifliche Leistungen nur für Gewerkschaftsmitglieder?

b) Qualifizierte Differenzierungsklauseln, insbesondere "Spannenklauseln"

Von der einfachen ist die sog. qualifizierte Differenzierungsklausel zu unterscheiden, die das Verhalten des Arbeitgebers gegenüber Außenseitern in den Blick nimmt. Zwei Erscheinungsformen sind Gegenstand der Diskussion.

Zum einen geht es um die sog. Tarifausschlussklausel. Sie verbietet dem Arbeitgeber, eine bestimmte tarifliche Leistung (z. B. ein zusätzliches Urlaubsgeld oder einen Beitrag zur sog. Riester-Rente) auch an Nichtorganisierte zu erbringen. Diese sollen insoweit von den tariflichen Leistungen "ausgeschlossen" sein.

Zum Zweiten gibt es sog. Spannenklauseln. Sie sehen vor, dass der Arbeitgeber zwar beliebige Leistungen auch an Außenseiter gewähren darf, dass die Organisierten jedoch automatisch um einen bestimmten Betrag darüber liegen müssen. Dies kann man in der Weise tun, dass man eine bestimmte Sozialleistung ausschließlich für Organisierte vorsieht und jede weitere freiwillige Zahlung, die (auch) an Außenseiter erbracht wird, automatisch auf die Organisierten erstreckt. Ein Beispiel hierfür stellt die von der Gewerkschaft Textil-Bekleidung (GTB) erkämpfte Tarifklausel dar, die in der Entscheidung des BAG vom 29. 11. 1967⁴ wiedergegeben wur-

"Wenn und soweit in der Firma beschäftigte, aber nicht in der GTB organisierte Arbeitnehmer des Betriebes Geld oder sonstige Leistungen erhalten, die über die in dieser Vereinbarung festgelegten Ansprüche hinaus gehen, so muss jeder in der Firma beschäftigte und der GTB angehörende Arbeitnehmer zusätzlich zu den sich aus dieser Vereinbarung ergebenden Leistungen die gleichen Geld- und sonstigen Zuwendungen erhalten, wie es bei den nicht organisierten Arbeitnehmern der Fall ist."

In der Gegenwart ist lediglich die zuletzt genannte Spannenklausel von Interesse. Die einfache Differenzierungsklausel lässt die Möglichkeit des Arbeitgebers unberührt, durch arbeitsvertragliche Bezugnahmen das Tarifniveau auf alle auszudehnen. Die Tarifausschlussklausel verhindert zwar ein solches Vorgehen, kann aber leicht als zu starr empfunden werden. Außerdem ergibt sich ggf. die schwierige Frage, wie eine dem Außenseiter gewährte Leistung zu qualifizieren ist; ihre Natur würde darüber entscheiden, ob sie unter die Bestimmung fällt oder nicht. Sinnvoll erscheint deshalb allein die Spannenklausel, die den betrieblichen Möglichkeiten Rechnung trägt und zugleich sicherstellt, dass die Organisierten einen gewissen Vorsprung behalten.

3. Rechtsfragen

Die Spannenklausel war Gegenstand einer Entscheidung des Großen Senats des BAG.5 Dieser Beschluss wird in der Regel so interpretiert, als wäre damit jede Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit ausgeschlossen. Dies erscheint bei näherem Hinsehen keineswegs ausgemacht (s. unten II). Selbst wenn man aber davon ausgeht, ist zu berücksichtigen, dass die Entscheidung 35 Jahre zurückliegt und mittlerweile ein rechtskräftiges Urteil des LAG Hamm vorhanden ist, das eine Beschränkung tariflicher Leistungen auf Organisierte für legal erklärte.6 Muss nicht deshalb die Frage neu überdacht werden (s. unten III)?

II. Die Rechtslage auf der Grundlage der Entscheidung des Großen Senats vom 29. 11. 1967

1. Zustandekommen und Bindungswirkung der Entscheidung des Großen Senats

Im Jahr 1965 verlangte die Gewerkschaft Textil-Bekleidung Tarifverträge über ein zusätzliches Urlaubsgeld. Dieses sollte in der Weise finanziert werden, dass alle tarifgebundenen Arbeitgeber 2 % der Bruttolohnsumme an eine gemeinsame Einrichtung bezahlten. Als Mindestsumme des Urlaubsgelds waren 60,00 DM vorgesehen. Ansprüche auf höhere Beträge sollten von der Dauer der Betriebs- wie auch der Gewerkschaftszugehörigkeit abhängen. Ein Organisierter hätte demnach 40,00 - 60,00 DM pro Jahr mehr erhalten als ein Nichtorganisierter. Um dies abzusichern, wurde gleichzeitig die oben (unter I 2) wiedergegebene Spannenklausel in den Tarifvertrag aufgenommen.7

Als ein Unternehmer diese Vorschläge nicht akzeptieren wollte, wurde er bestreikt; als Antwort ließ er die Arbeitsniederlegung durch einstweilige Verfügung verbieten und verklagte die Gewerkschaft auf Schadensersatz. Die zuständigen Instanzgerichte gaben der Klage statt. Der Erste Senat des BAG rief den Großen Senat an, um die Grundsatzfrage klären zu lassen, ob im Tarifvertrag bestimmte Leistungen zwingend den Organisierten vorbehalten werden dürfen. Der Große Senat erklärte die fragliche Spannenklausel für unzulässig und berief sich dabei auf das Grundrecht der negativen Koalitionsfreiheit, auf die (angebliche) Überschreitung der Grenzen der Tarifautonomie, die in der Regelung der Arbeitsverhältnisse von Außenseitern liege, und auf den Grundsatz der Unzumutbarkeit, der die Förderung des Gegenspielers verbiete.8

Die dagegen von der Gewerkschaft eingelegte Verfassungsbeschwerde wurde vom BVerfG als unzulässig verworfen, da der Beschluss des Großen Senats nur eine abstrakte Rechtsfrage geklärt habe, ein Eingriff in Rechte der Gewerkschaften aber erst vorliege, wenn sie vom zuständigen Senat zu Schadensersatz verurteilt werde.9 Angesichts dieser Umstände musste man nunmehr vor dem (zuständigen) Ersten Senat des BAG weiter prozessieren. Nach einiger Zeit kam eine außergerichtliche Einigung zwischen Gewerkschaft und Unternehmer zustande, über deren Inhalt nichts Präzises in Erfahrung zu bringen ist; im Prozess selbst stellten beide Parteien übereinstimmend den Antrag auf Ruhen des Verfahrens, dem das Gericht nach § 251 ZPO stattgeben musste. 10

Ob der Beschluss des Großen Senats unter diesen Umständen überhaupt "existent" war, ließ sich mit guten Gründen in Frage stellen. In einem Parallelfall (ein weiterer Unternehmer war bestreikt worden und hatte geklagt) traf der Erste Senat jedoch am 31, 3, 1978 eine endgültige Entscheidung und stellte dabei klar, dass das Ruhen des anderen Verfahrens ohne Bedeutung sei: Der Beschluss des Großen Senats habe bindende Wirkung, eine erneute Vorlage komme trotz der in der Literatur geäußerten Kritik nicht in Betracht. 11

2. Die abweichende Entscheidung des LAG Hamm

Eine definitive Klärung anzunehmen, erscheint gleichwohl angreifbar. Am 11. 1. 1994 entschied das LAG Hamm¹² in gegenteiligem Sinne.

Im konkreten Fall hatte ein Firmentarif einen "Urlaubskassenverein" ins Leben gerufen, in dem nur in der Gewerkschaft HBV organisierte Arbeitnehmer Mitglied werden konnten. Er gewährte ein "Erholungshilfe" genanntes zusätzliches Urlaubsgeld in Höhe von maximal ca. 1200,00 DM pro Jahr. Das LAG Hamm erklärte die Beschränkung auf Organisierte für rechtmäßig und führte aus¹³:

- BAG, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG = BB 1968, 993.
- BAG, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG = BB 1968, 993.
- LAG Hamm, 11. 1. 1994, LAGE § 4 TVG Nr. 4.
- Darstellung des Sachverhalts auch bei Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. I, 1997, § 7 III 8 a (2), S. 357.
- BAG, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG = BB 1968, 993. BVerfG, NJW 1971, 1212.
- Mitgeteilt auch bei Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, 6. Aufl. 1999, Einl. Rn. 301.
- 11 BAG, AP Nr. 62 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = BB 1978, 1466.
- LAGE § 4 TVG Nr. 4
- 13 LAGE § 4 TVG Nr. 4.

Tarifliche Leistungen nur für Gewerkschaftsmitglieder? | Däubler

"Ist . . . bereits nirgends im Gesetz gesagt, dass von Rechtsnormen dieser Gruppe (gemeint: über gemeinsame Einrichtungen) die Arbeitsverhältnisse der sog. Außenseiter erfasst würden, so können die Tarifparteien aber auch ausdrücklich die Anwendung auf tarifgebundene Mitarbeiter beschrän-

Die Klage zweier nicht organisierter Arbeitnehmer auf Gewährung der "Erholungshilfe" wurde infolge dessen abgewiesen. Auf Grund einer Nichtzulassungsbeschwerde der Kläger wurde jedoch die Revision vom BAG zugelassen, da das LAG Hamm von der Entscheidung des Großen Senats abgewichen sei. 14 Zu einer Sachentscheidung kam es allerdings nicht, da sich die Parteien offensichtlich verglichen hatten.15

Bemerkenswert ist, dass die Arbeitgeberseite nicht auf einer Sachentscheidung bestand, obwohl die ausdrückliche Zulassung der Revision gewichtige Anhaltspunkte dafür gab, dass die bisherige Rechtsprechung bestätigt werden würde. Eindeutige Rückschlüsse auf die zugrunde liegenden Erwägungen sind jedoch nicht möglich. So kann die Einschätzung bestanden haben, der Erste Senat würde erneut den Großen Senat anrufen und die bisherige Rechtsprechung ändern wollen. Auch war nicht auszuschließen, dass bei einer Bestätigung des bisherigen Rechtszustands eine Überprüfung durch das BVerfG angestrebt worden wäre. Schließlich ist - fern von allen Grundsatzerwägungen - auch daran zu denken, dass die Arbeitgeberseite schlicht die Kosten scheute, die eine Ausdehnung der Erholungshilfe auf alle Betriebsangehörigen mit sich gebracht hätte.

3. Die von der Entscheidung des Großen Senats gelassenen Spielräume

Legt man mit Rücksicht auf die geschilderte Rechtsentwicklung die Ausführungen des Großen Senats vom 29. 11. 1967 zugrunde, so bleiben gleichwohl eine Reihe von Spielräumen. Dies wird aus dem Argumentationsgang des (sehr umfangreichen) Beschlusses deutlich.

a) Außenseiter und Tarifmacht

Zunächst stellt der Große Senat zutreffend fest, dass Arbeitsverhältnisse von Außenseitern zwar nicht normativ geregelt werden können, dass es jedoch keine Bedenken dagegen gibt, in den obligatorischen Teil des Tarifvertrags oder in die Satzung einer gemeinsamen Einrichtung auch Regelungen für Außenseiter aufzunehmen.16

Damit ist eine Beschränkung auf die eigenen Mitglieder ausgeschlossen; je nach inhaltlicher Gestaltung ist zu fragen, ob eine die Außenseiter betreffende tarifliche Bestimmung rechtmäßig oder rechtswidrig ist.

b) Schutzbereich der negativen Koalitionsfreiheit

Bei der Beurteilung dieser Frage stellt das BAG entscheidend auf die negative Koalitionsfreiheit ab, die es in gleicher Weise wie die positive Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 GG verankert sieht¹⁷. Diese Auffassung ist später vom BVerfG bestätigt worden. 18

Die verfassungsrechtlich garantierte negative Koalitionsfreiheit schützt nun den Einzelnen nicht vor jedem Druck zum Beitritt; insoweit verweist das BAG¹⁹ ausdrücklich auf die Entscheidung des BVerfG zu den Handwerksinnungen. In jener Entscheidung des BVerfG war es darum gegangen, dass das Recht, einer Handwerksinnung fernzubleiben, mit einem Verzicht auf die Vorteile einer öffentlich-rechtlichen Berufsorganisation verbunden war. Dies sei so das BVerfG - trotz der durchaus erheblichen Bedeutung dieses Tatbestands hinzunehmen.20

Auch später hat das BVerfG dies bestätigt und etwa im Zusammenhang mit der Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags über eine gemeinsame Einrichtung ausgeführt, ein "gewisser Druck" zum Beitritt - um so in der gemeinsamen Einrichtung mitentscheiden zu können - verletze die negative Koalitionsfreiheit nicht.21

c) Schutz lediglich vor sozial inadäguatem Druck

Nach Auffassung des Großen Senats ist der Einzelne allein gegen "sozial inadäquaten" Druck geschützt. 22 Ein solcher wurde im Falle des der Entscheidung zugrunde liegenden zusätzlichen Urlaubsgeldes bejaht, wofür jedoch nicht die Intensität des Drucks, sondern seine Qualität maßgebend sei. 23 Es verletze das Gerechtigkeitsempfinden gröblich, wenn die Gewährung urlaubsbezogener Leistungen von Fragen der Organisationszugehörigkeit abhängig gemacht werde. 24 Dabei wird auf Ausführungen im selben Beschluss verwiesen, wo betont wurde, dass nicht auf den Gedanken des Ausgleichs für das vom Gewerkschaftsmitglied erbrachte Opfer abgestellt und deshalb eine undurchsichtige Regelung geschaffen worden sei. Im Einzelnen ist an der fraglichen Stelle²⁵ ausgeführt:

"Ausgleichsforderungen [der Autor: die einen Ausgleich für die vom Gewerkschaftsmitglied erbrachten Leistungen darstellen] müssten ihrem Wesen nach den davon betroffenen Außenseitern verständlich machen, dass sie nach Unkostengesichtspunkten für die mit ihnen abgegoltenen Gegenleistungen berechnet werden. Sie müssten sich daher nach den für das Arbeitsleben geltenden Redlichkeitsmaßstäben auch als Beiträge oder Ausgleichsbelastungen bezeichnen. Solche "Beiträge" oder "Ausgleichsbelastungen' dürfen daher in keinem Fall mittels einer undurchsichtigen Differenzierung bei der Gewährung von Urlaubsgeld oder bei der Bemessung sonstiger tariflicher Leistungen erhoben werden. Eine solche Differenzierung verletzt das Gerechtigkeitsempfinden nachhaltig. Es ist ein wesentlicher Unterschied, ob einem Arbeitnehmer gesagt wird, er müsse an einen anderen soundsoviel als Ausgleich dafür erbringen, weil der andere für ihn etwas getan habe. Das wird er, wenn es ihm klargemacht wird, vielleicht einsehen. Ihm aber zu sagen, er bekomme soundsoviel Urlaubsgeld weniger, weil er nicht organisiert sei, und der andere bekomme soundsoviel Urlaubsgeld mehr, weil er organisiert sei, muss bei dem Außenseiter zwangsläufig das Gerechtigkeitsempfinden verletzen. Denn dieses geht überwiegend dahin, Urlaub, Urlaubsentgelt und auch zusätzliches Urlaubsgeld seien nach der Art der geleisteten Tätigkeit, nach dem Grad der Erholungsbedürftigkeit, nach dem Alter, Familienstand, nach der Kinderzahl und sonstigen sozialen Merkmalen, aber nicht nach der Organisationszugehörigkeit zu bemessen. Die Gewerkschaften machen dagegen geltend, im Urlaub fehle den Organisierten wegen der Zahlung der Gewerkschaftsbeiträge gerade der Betrag, den sie kraft der Differenzierungsklausel jetzt mehr erhalten sollen als die Außenseiter. Dieses Argument schlägt deshalb nicht durch, weil die Ausgleichsforderung berechnungsmäßig undurchsichtig ist und nicht kostengerecht klar dargelegt wird. Gerade deshalb wirkt die Differenzierung auf dem Gebiete des Urlaubsgeldes sehr sachfremd und drückend."

- BAG, 30. 8. 1991 1 AZN 273/94; n. v.; mitgeteilt bei Zachert, DB 1995, 322,
- Mitgeteilt bei Zachert, DB 1995, 322, 324. 15
- BAG, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG, Bl. 10 R = BB 1968, 993.
- BAG, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG, Bl. 18 = BB 1968, 993. 17
- BVerfGE 50, 290, 367 = BB 1979, Beil. 2 zu H. 7; BVerfGE 55, 7, 21 = BB 1980, 18 1690
- BAG, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG, Bl. 20 = BB 1968, 993. 19
- 20 BVerfGE 20, 312, 322 = BB 1966, 1267.
- BVerfGE 55, 7, 21 = BB 1980, 1690. 21
- BAG, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG, Bl. 23 R = BB 1968, 993. 22
 - BAG, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG, Bl. 24 R = BB 1968, 993. 23
- BAG, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG, Bl. 25 = BB 1968, 993. 24
- 25 BAG, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG, Bl. 21 R = BB 1968, 993.

Däubler | Tarifliche Leistungen nur für Gewerkschaftsmitglieder?

d) Ausgleichsleistungen als sozial adäquater Druck

Wie immer man diese Argumentation beurteilen mag – sie macht deutlich, dass eine Anknüpfung an den Gewerkschaftsbeiträgen nicht als sozial inadäquat qualifiziert würde. Hier wäre die vom Großen Senat eingeforderte Transparenz zu bejahen, die Verletzung des "Gerechtigkeitsempfindens" jedenfalls nicht so stark, dass sich daraus rechtliche Konsequenzen ergeben würden. Bemerkenswert ist weiter, dass in den Schlussausführungen des Gerichts auch deshalb auf die Sozialadäquanz und damit auf die qualitative Betrachtung abgestellt wird, weil sich die Auswirkungen auf die Höhe des Urlaubsgeldes nach den zur Entscheidung stehenden Tarifwerken nicht bestimmen lassen. ²⁶

Eine tarifliche Regelung, die ausdrücklich einen gewissen Ausgleich für den Gewerkschaftsbeitrag darstellt, erscheint unter diesen Umständen durchaus "sozial adäquat" zu sein.

e) Überschreitung der Grenzen der Tarifmacht?

Die weiteren rechtlichen Bedenken des Großen Senats gegen die damals zur Entscheidung stehende Differenzierungsklausel stützen sich auf dieselben Erwägungen. Was die Überschreitung der Grenzen der Tarifmacht angeht, so wurde zunächst ausgeführt, dass die Differenzierungsklausel im Ergebnis auf eine Beitragserhebung hinauslaufe. Die gewerkschaftliche Tätigkeit würde gewissermaßen kommerzialisiert, eine Beteiligung an ihren Früchten sei nur gegen Entgelt möglich. Derartiges sei an sich nur dem Gesetzgeber, nicht aber den Tarifparteien möglich.²⁷

Im Folgenden wird dann jedoch ausgeführt, es sei zu erwägen, im Wege der Rechtsfortbildung die Tarifautonomie so zu erweitern, dass auch die "Vorteilsausgleichung" mittels tariflicher Gestaltungsmittel zugelassen werde. Ein solcher Schritt scheide jedoch angesichts der Intransparenz der Regelungen und der darin liegenden Verletzung des Gerechtigkeitsgefühls der Außenseiter aus; hier finden sich genau die Ausführungen, auf die im Zusammenhang mit der Frage eines sozial inadäquaten Drucks zum Beitritt verwiesen wurde. ²⁸

Der Schluss liegt zumindest nahe, dass das BAG die aus seiner Sicht notwendige richterliche Rechtsfortbildung vorgenommen hätte, wenn eine klar sichtbare Ausgleichsleistung vorgelegen hätte.

f) Unzumutbare Regelung?

Auch der Einwand, die vorgesehene Differenzierungsklausel sei für die Arbeitgeberseite unzumutbar und überschreite deshalb die Grenzen der Tarifmacht, wird primär deshalb geteilt, weil es sich um eine intransparente Regelung handle. Die Arbeitgeberseite habe ein berechtigtes Interesse an einheitlicher Entlohnung von Organisierten und Nichtorganisierten. Man könne zwar einen Beitrag der Außenseiter für die Inanspruchnahme der gewerkschaftlich errungenen tariflichen Leistungen in Erwägung ziehen, aber es sei "keinem Arbeitgeber zuzumuten, diesen Beitrag ohne gesetzliche Ermächtigung in der undurchsichtigen Verpackung einer Differenzierung des Urlaubsgeldes oder ähnlicher tariflicher Leistungen zu erheben." Der Arbeitgeber, der auf diese Weise zu differenzieren versuche, werde "das allgemeine Gerechtigkeitsempfinden besonders verletzen und in vielen Fällen Gefahr laufen, dass der Betriebsfrieden und der unternehmerische Erfolg Schaden nehmen."²⁹

g) Konsequenzen: keine grundsätzlichen Bedenken gegen transparente Ausgleichsleistung zu Gunsten von Gewerkschaftsmitgliedern

Betrachtet man diese – nicht immer leicht nachvollziehbaren – Ausführungen im Zusammenhang, so wird deutlich, dass der Große Senat zumindest dazu neigt, eine als solche bezeichnete, effektive Ausgleichsleistung zuzulassen, weil sie weder einen sozial inadäquaten Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit noch eine Überschreitung der Tarifmacht darstellt. Eine solche Ausgleichsleistung könnte tariflich in der Weise festgeschrieben werden, dass den Arbeitnehmern im Wege einer Spannenklausel ein Teil des Gewerkschaftsbeitrags erstattet wird. Beträgt dieser etwa 1 % der Monatsvergütung, so könnte man eine "Ausgleichszulage" oder eine "Tarifzulage" für Gewerkschaftsmitglieder in Höhe von 1/2 % vorsehen und weiter bestimmen, dass alle übrigen an Nichtorganisierte bezahlten Leistungen auch den Organisierten zugute kommen müssen.

In der Literatur wurde dieser Teil der Argumentation des Beschlusses bislang kaum wahrgenommen. Verschiedene Autoren vertreten allerdings die Auffassung, eine "geringfügige", die Entscheidungsfreiheit über den Gewerkschaftsbeitritt nicht beeinträchtigende Sonderleistung für Organisierte sei auch auf der Basis der Entscheidung des Großen Senats zulässig.³⁰

Eine Tarifzulage in Höhe des halben Gewerkschaftsbeitrags würde nur einen "geringfügigen" Druck darstellen, da die Nichtorganisierten wirtschaftlich weiterhin erheblich besser als die Organisierten stehen würden. Dafür spricht auch die in anderen Zusammenhängen entwickelte Praxis. So ist etwa die Vorenthaltung der Vorteile einer öffentlich-rechtlichen Berufsorganisation wie der Handwerksinnungen ein ggf. sehr viel weiter reichender Nachteil; gleichwohl hat ihn das BVerfG für hinnehmbar erklärt³¹, worauf der Große Senat des BAG in seinem Beschluss zustimmend verwies.

Die Grenze zum sozial inadäquaten Druck ist demgegenüber nach der Rechtsprechung des BAG überschritten, wenn der Abschluss einer Vorruhestandsvereinbarung dadurch faktisch unmöglich gemacht wird, dass der tariflich vorgesehene Prozentsatz ausschließlich auf Organisierte bezogen wird. Der Nachteil, der darin liegt, dass man durch Verzicht auf einen Beitritt nur noch den halben Gewerkschaftsbeitrag spart, ist ersichtlich sehr viel geringer als der faktische Entzug der Möglichkeit, zu einer Vorruhestandsvereinbarung zu kommen.

Man könnte sich unter diesen Umständen die Frage stellen, ob nicht auch eine Tarifzulage in Höhe des vollen Gewerkschaftsbeitrags bei entsprechend transparenter Regelung mit den Grundsätzen des Großen Senats zu vereinbaren wäre. Dafür könnte immerhin sprechen, dass in diesem Fall die Entscheidungsfreiheit des Außenseiters von wirtschaftlichen Erwägungen völlig frei wäre, da der Beitritt im Ergebnis keine wirtschaftliche Schlechterstellung mit sich bringen würde. Maßgebend könnten daher ausschließlich immaterielle Kriterien wie eine gewollte oder nicht gewollte Unterstützung einer bestimmten gewerkschaftlichen Politik sein.

Nach der Logik des Beschlusses des Großen Senats müsste eine solche Tarifnorm zulässig sein. Dennoch wäre nicht zu empfehlen, in der Tarifpraxis als erstes einen solchen Schritt zu wagen: Die Entscheidung des Großen Senats ist in der Literatur bislang immer "quantitativ" in dem Sinne interpretiert worden, dass es auf den Umfang der den Organisierten vorbehaltenen Leistungen ankommt. Realistischerweise muss man daher damit rechnen, dass

- 26 BAG, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG, Bl. 24 R = BB 1968, 993.
- 27 BAG, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG, Bl. 20 R, 21 = BB 1968, 993.
- 28 BAG, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG, Bl. 21 R = BB 1968, 993.
- 29 BAG, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG, Bl. 22 R, 23 = BB 1968, 993.
- So insbesondere Wiedemann (Fn. 10), Einl. Rn. 304. Lediglich einen "mehr als geringfügigen Druck" sehen Jarras/Pieroth (GG, 5. Aufl. 2000, Art. 9 Rn. 39) als nicht mehr gerechtfertigt an. Bei Löwer (in: von Münch/Kunig, GG, Bd. 1, 5. Aufl. 2000, Art. 9 Rn. 87) ist davon die Rede, die Differenzierungsklausel sei "regelmäßig" eine Form unzulässiger Druckausübung.
- BVerfGE 20, 312, 322 = BB 1966, 1267.
- 32 BAG, AP Nr. 46 und 47 zu Art. 9 GG = BB 1987, 615.

Tarifliche Leistungen nur für Gewerkschaftsmitglieder? | Däubler

dies in einer aktuellen Auseinandersetzung von den Arbeitsgerichten gleichfalls zugrunde gelegt wird.

Was die praktische Umsetzung angeht, so wäre es den bisherigen Vorbildern entsprechend sinnvoll, die "Tarifzulage" durch eine gemeinsame Einrichtung ausbezahlen zu lassen.³³

Im Übrigen sei darauf verwiesen, dass jedenfalls noch etliche Jahre nach der Entscheidung des Großen Senats Differenzierungsklauseln praktiziert wurden³⁴ und dass dies ersichtlich auch in dem vom LAG Hamm³⁵ entschiedenen Fall so ist.

h) Notwendiger Schutz der Anders-Organisierten

Soweit in einem bestimmten Bereich mehrere Gewerkschaften existieren, stellt sich die Situation insofern anders dar, als die Mitglieder der anderen Gewerkschaft für ihre Organisation Beiträge bezahlen und ggf. nach ihren eigenen Tarifverträgen behandelt werden. In diesen Fällen, die wohl keine große Rolle spielen, müssten die anderweitig bezahlten Beiträge auch dann Berücksichtigung finden, wenn die andere Organisation keine eigenständigen, sondern nur Anschlusstarifverträge abschließt. Würde man dies nicht tun, wäre nicht auszuschließen, dass der "Druck" auf anders Organisierte als "sozial inadäquat" qualifiziert würde.

III. Gestaltungsmöglichkeiten in Abweichung von der BAG-Rechtsprechung

1. Kritik in der Literatur

Die Entscheidung des Großen Senats hat schon Ende der 60er/Anfang der 70er Jahre ein erhebliches Maß an Kritik erfahren³⁶. Auch in späteren Jahren ist diese nicht verstummt.³⁷ Auf der anderen Seite hat ein beträchtlicher Teil der Literatur – meist ohne nähere Analyse – den Großen Senat so verstanden, als sei jede Differenzierungsklausel unzulässig, und sich dem im Ergebnis angeschlossen.³⁸ Gleichwohl überwiegen die Gegenargumente.³⁹

Zur negativen Koalitionsfreiheit: Zulässigkeit einer Differenzierung in Höhe des doppelten Gewerkschaftsbeitrags

Eine kurze Zusammenfassung im Hinblick auf die negative Koalitionsfreiheit mag genügen.

Die negative Koalitionsfreiheit ist nicht verletzt, wenn dem Außenseiter ein zusätzliches Urlaubsgeld in Höhe von 40,00 – 60,00 DM der Kaufkraft des Jahres 1965 vorenthalten wird. Das ihm dadurch abverlangte "Opfer" ist erheblich geringer als das "Opfer", das ein organisierter Arbeitnehmer durch die Zahlung von einem Prozent Gewerkschaftsbeitrag erbringt. Dabei spielt es keine Rolle, ob man die negative Koalitionsfreiheit auf Art. 9 Abs. 3 GG, auf Art. 9 Abs. 1 GG oder auf Art. 2 Abs. 1 GG stützt.⁴⁰

Auch wenn man Art. 9 Abs. 3 GG mit der herrschenden Rechtsprechung anwendet, kann die negative Koalitionsfreiheit nicht stärker als die positive abgesichert sein. Dies betont ausdrücklich auch der Große Senat des BAG, der darauf verweist, die Streichung einer besonderen Garantie der negativen Koalitionsfreiheit im Parlamentarischen Rat habe den Sinn gehabt, eine Bevorzugung der Nichtorganisierten gegenüber den Organisierten zu vermeiden. 41

Mutet man für die Ausübung der positiven Koalitionsfreiheit dem Einzelnen ein "Opfer" in Höhe von einem Prozent des Monatseinkommens zu, so ist auch eine Zusatzleistung für Organisierte in Höhe des doppelten Gewerkschaftsbeitrags zulässig: Die Schlechterstellung der Außenseiter ginge in einem solchen Fall nicht weiter, als sie heute für Organisierte regelmäßig eintritt. Der Rückgriff des BAG auf den Gedanken der Sozialinadäguanz stellt demgegenüber - so die Kritik - keinen ernsthaften Begründungsversuch, sondern den Gebrauch einer Leerformel dar, die beliebig einsetzbar ist. Im Bereich des Arbeitskampfrechts wurde sie vom Großen Senat im Jahr 1971 ohne nähere Begründung verabschiedet, 42 im vorliegenden Zusammenhang kann nichts anderes gelten. Zwar mag man auch ohne Rückgriff auf diesen Gesichtspunkt - in einer intransparenten Regelung einen unzulässigen Druck zum Beitritt sehen, doch ist in keiner Weise einsehbar, weshalb die Gewährung eines zusätzlichen Urlaubsgeldes an Organisierte "intransparent" sein sollte. Für die Betroffenen wird hinreichend deutlich, dass es sich hierbei um einen Ausgleich jedenfalls für die materiellen Aufwendungen handelt, die einem Organisierten auf Grund seiner Gewerkschaftsmitgliedschaft entstehen. Maßstab für einen möglicherweise unzulässigen Eingriff kann daher allein die Intensität des Drucks sein. Insoweit wäre eine Differenzierung in Höhe des doppelten Gewerkschaftsbeitrags zulässig.

Zur Überschreitung der Tarifmacht: Differenzierung nach der Mitgliedschaft ist ein allgemein anerkanntes Kriterium

Durch die Vereinbarung einer Differenzierungsklausel wird auch nicht das Arbeitsverhältnis der Außenseiter gestaltet, was nach § 4 Abs. 1 TVG in der Tat außerhalb betrieblicher und betriebsverfassungsrechtlicher Normen nicht möglich ist. Die rechtliche Wirkung einer Differenzierungsklausel beschränkt sich vielmehr darauf, den Arbeitgeber zu verpflichten, bestimmte Leistungen an Außenseiter nicht zu erbringen, oder eine entsprechende Vorgabe für die Leistungen einer gemeinsamen Einrichtung vorzusehen. Im Grundsatz wird dies auch vom BAG als zulässig anerkannt, jedoch aus den erwähnten Sozialinadäquanzgesichtspunkten abgelehnt. Auch die Überlegung, Tarifverträge dürften nicht kommerzialisiert werden, lässt sich schwerlich halten: Vom Außenseiter wird kein "Beitrag" erhoben; vielmehr sieht er sich in einer Situation, wie sie auch Nichtmitgliedern anderer Vereine widerfahren kann: Niemand hat dagegen Bedenken, wenn es bei der Pannenhilfe des ADAC einen billigeren Tarif für Mitglieder und einen teureren für Nichtmitglieder gibt. Entgegen dem BAG bedarf es deshalb auch keiner "Rechtsfortbildung", um eine solche "Privilegierung" der Mitgliedschaft zu legitimieren: Sie ist selbstverständlicher Bestandteil einer auch die Vereinigungsfreiheit anerkennenden Rechtsordnung.

- 33 Zu einzelnen praktizierten Regelungen s. die Übersicht bei Seitenzahl/Zachert/ P\u00fctz, Vorteilsregelungen f\u00fcr Gewerkschaftsmitglieder, 1976, S. 3 ff.
- 34 Überblick bei Seitenzahl/Zachert/Pütz (Fn. 33), S. 184.
- 35 LAGE § 4 TVG Nr. 4.
- S. etwa Dietlein, AuR 1970, 200.; Gitter, Juristische Analysen 1970, 148; Hanau,
 JuS 1969, 213; Herschel, AuR 1970, 193; Radke, AuR 1971, 4; Reuβ, AuR 1970,
 33; Ritter, JZ 1969, 111; Rüthers, Arbeitsrecht und politisches System, 1973,
 S. 117; Weller, AuR 1970, 161.
- 37 Ablehnend etwa Dorndorf, AuR 1988, 1; Kittner/Schiek, in: GG Alternativkommentar, 3. Aufl. 2001, Art. 9 Abs. 3 Rn. 110; Gamillscheg (Fn. 7), § 7 III 8, S. 355 ff.; Kempen/Zachert, TVG, 3. Aufl. 1997, Grundl. Rn. 129 ff.; A. Stein, Tarifvertragsrecht, 1997 Rn. 363 f.; Zachert, DB 1995, 322; Däubler, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl. 1993 Rn. 1176 ff.
- 38 S. im arbeitsrechtlichen Schrifttum etwa Brox/Rüthers, Arbeitsrecht, 14. Aufl. 1999, Rn. 242; Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, Kommentar, 1992, § 1 Rn. 528 ff.; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 9. Aufl. 2000, § 188 Rn. 10; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 5. Aufl. 1998, § 38 II 2; aus dem verfassungsrechtlichen Schrifttum Höfling, in: Sachs, GG, 2. Aufl. 1999 Art. 9 Rn. 125; Jarras/Pieroth (Fn. 30), Art. 9 Rn. 35; Kemper, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 4. Aufl. 1999, Art. 9 Rn. 289.
- 39 Eingehendste Darstellung bei Gamillscheg (Fn. 7), § 7 III 8 b, S. 358 ff.
- 40 Überblick über die verschiedenen Positionen bei Däubler, Das Arbeitsrecht 1, 15. Aufl. 1998, Rn. 134 ff.
- 41 BAG, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG, Bl. 19 = BB 1968, 993.
- 42 BAG, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = BB 1971, 701.

Arbeitsvertragsrecht

Zur Tarifgrenze der Unzumutbarkeit: Gefahr der "Tarifzensur"

Was schließlich den vom BAG herangezogenen Grundsatz der Unzumutbarkeit betrifft, so erstaunt, dass diese "Tarifgrenze" ausschließlich im Zusammenhang mit den sog. Anerkennungsforderungen der Gewerkschaften (Differenzierungsklauseln, Solidaritätsbeiträge, Absicherung von Vertrauensleuten) entwickelt wurde; bei anderen Fragen hat sie zunächst keine Rolle gespielt.⁴³

Gegen die Begrenzung tariflicher Abmachungen durch den allgemeinen Gesichtspunkt der "Unzumutbarkeit" spricht sein außerordentlich pauschaler Charakter. Was "zumutbar" und was "unzumutbar" ist, lässt sich sehr verschieden beurteilen, so dass es letztlich den Wertungen des einzelnen Arbeitsrichters überlassen bliebe, ob ein Tarifvertrag Bestand hat oder nicht. Damit würde aber das grundgesetzlich garantierte Tarifsystem ohne jede Rechts-

grundlage einem allgemeinen Vorbehalt unterworfen, der auf eine Tarifzensur hinauslaufen könnte. Arbeitgeber und Gewerkschaften könnten nicht mehr frei entscheiden, was sie sich zumuten wollen; im Ergebnis wären sie vom Jawort eines Richters abhängig.⁴⁴

IV. Ergebnis

Festzuhalten ist, dass die Rechtsprechung des BAG eine "Tarif- oder Ausgleichszulage" an Organisierte in Höhe des halben Gewerkschaftsbeitrags zulässt. Soweit man sich der berechtigten Kritik am BAG anschließt, ist eine Differenzierung jedenfalls bis zum Doppelten des Gewerkschaftsbeitrags zulässig.

43 Vgl. Gitter, AuR 1970, 129.

44 Eingehender Däubler, Das Grundrecht auf Mitbestimmung, 3. Aufl. 1976, S. 244 ff.

ARBEITSVERTRAGSRECHT

Kein Wiedereinstellungsanspruch nach Ablauf der Befristung

BAG, Urteil vom 20. 2. 2002 - 7 AZR 600/00

LEITSATZ:

Nach Ablauf eines wirksam befristeten Arbeitsvertrags besteht, sofern nicht tarifvertraglich oder einzelvertraglich etwas anderes vereinbart ist, grundsätzlich kein Anspruch des Arbeitnehmers auf Wiedereinstellung.

§ 620 BGB; 17 TzBfG

SACHVERHALT: Die Parteien streiten darüber, ob ihr Arbeitsverhältnis auf Grund Befristung am 30. April 2000 geendet hat. Hilfsweise begehrt der Kläger die Wiedereinstellung.

Der 1952 geborene Kläger war beim beklagten Land als studentische Hilfskraft in der Universität Hannover vom 1. November 1984 bis zum 22. Mai 1985 in der Bibliothek sowie vom 1. November 1985 bis zum 7. November 1988 in der Studienberatung tätig. Ab 8. November 1988 war er auf Grund sechs befristeter Arbeitsverträge als Studienberater zunächst in Vollzeit sowie ab 1993 in Teilzeit beschäftigt. Der letzte, am 23. April 1996 geschlossene Arbeitsvertrag war für die Zeit vom 1. Mai 1996 bis 30. April 2000 befristet. Der Kläger vertrat während seiner gesamten Tätigkeit als Studienberater die planmäßige Stelleninhaberin Frau B. Diese gehörte seit Jahren dem Personalrat und dem Gesamtpersonalrat an. Sie war ab 1984 vollständig sowie ab 1993 zur Hälfte ihrer Arbeitszeit von der Arbeit freigestellt. Die Dauer der Befristungen und die mit dem Kläger vereinbarte Arbeitszeit orientierten sich an den Amtsperioden des Personalrats und am Umfang der Freistellung der Frau B. Im Frühjahr 2000 wurde Frau B erneut in den Personalrat gewählt und freigestellt. Das beklagte Land lehnte eine Weiterbeschäftigung des Klägers über den 30. April 2000 hinaus ab und stellte zur Vertretung für Frau B eine jüngere Angestellte ein.

Mit seiner am 11. August 1999 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat der Kläger die Auffassung vertreten, die Befristung des letzten Arbeitsvertrags sei sachlich nicht gerechtfertigt. Das beklagte Land habe bei Abschluss des letzten Arbeitsvertrags berücksichtigen müssen, dass Frau B mit hoher Wahrscheinlichkeit als Personalratsmitglied wiedergewählt und erneut freigestellt werden würde. Außerdem habe sich das beklagte Land bei Frau B nach deren Zukunftsplänen erkundigen müssen. Zumindest stehe dem Kläger ein Anspruch auf Wiedereinstellung zu.

Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger die Klageanträge weiter. Das beklagte Land beantragt die Zurückweisung der Revision.

AUS DEN GRÜNDEN: Die Revision ist unbegründet. Die Vorinstanzen haben die Klage zu Recht abgewiesen. Das Arbeitsverhältnis der Parteien hat auf Grund wirksamer Befristung am 30. April 2000 geendet. Der Kläger hat gegen das beklagte Land keinen Anspruch auf Wiedereinstellung.

A. Die Vorinstanzen haben den Hauptantrag, mit welchem der Kläger die in § 1 Abs. 5 Satz 1 BeschFG (in der vom 1. Oktober 1996 bis 31. Dezember 2000 geltenden Fassung; seitdem § 17 Satz 1 TzBfG) vorgesehene gerichtliche Feststellung begehrt, sein Arbeitsverhältnis habe nicht auf Grund Befristung am 30. April 2000 geendet, zu Recht als unbegründet abgewiesen. Die Befristung des letzten Arbeitsvertrags war durch den Sachgrund der Vertretung gerechtfertigt.

Zulässiger Sachgrund für befristete Einstellung: Vertretung einer zeitweilig ausfallenden Stammkraft

I. 1. Die Einstellung eines Arbeitnehmers zur Vertretung eines zeitweilig ausfallenden Mitarbeiters ist nach der ständigen Rechtsprechung des Senats als Befristungsgrund anerkannt. Der sachliche Rechtfertigungsgrund einer solchen Befristungsabrede liegt darin, dass der Arbeitgeber bereits zu einem vorübergehend ausfallenden Mitarbeiter in einem Rechtsverhältnis steht und mit der Rückkehr dieses Mitarbeiters rechnet. Damit besteht für die Wahrnehmung der an sich dem ausfallenden Mitarbeiter obliegenden Arbeitsaufgaben durch eine Vertretungskraft von vornherein nur ein zeitlich begrenztes Bedürfnis (BAG 21. Februar 2001 – 7 AZR 200/00 – AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 226 = EzA BGB § 620 Nr. 174, zu II 1 der Gründe = BB 2001, 1479 m. w. N.). Teil des Sachgrunds der Vertretung ist eine Prognose des Arbeitgebers über den voraussichtlichen Wegfall des Vertretungsbedarfs. Diese Prognose hat sich darauf zu beziehen, ob der zu vertretende Mitarbeiter seinen Dienst wieder antreten wird. Dagegen braucht bei der Prognoseentscheidung grundsätzlich keine Rücksicht darauf genommen zu werden, zu welchem Zeitpunkt mit der Rückkehr des zu